

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXVI • Julio-Agosto 1990 • Núm. 599



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

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
“La insegura seguridad y la seguridad del tráfico jurídico”, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	9
“Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español”, por JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO	31
“Consideraciones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. El recurso de amparo”, por JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD ..	55
“La sociedad anónima ante el Registro de la Propiedad”, por PEDRO ÁVILA NAVARRO	103
DICTAMENES Y NOTAS:	
“La sociedad civil y su conexión registral”, por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS	155
“En tema de anagramas”, por ALBERTO SAENZ DE SANTAMARÍA VIERNA	175
ACTUALIDAD JURIDICA:	
Información legislativa, del Consejo de Redacción y de actividades, por LA REDACCIÓN	187
JURISPRUDENCIA:	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CO- RRAL DUEÑAS	203
II. Resoluciones de la Dirección General, por JOSÉ-SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ SANTIAGO y JOSÉ ANTONIO GARCÍA PASTOR	227

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

b) Obligaciones y contratos, por RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ	281

3. Derecho Procesal, por RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ	345

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

“Estudios de Derecho Hipotecario”, de JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, por JUAN PABLO RUANO BORRELLA	381
“Dictámenes sobre problemas prácticos de Derecho Inmobiliario”, de FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ .	383
“Derecho de obligaciones”, de IvÁN ESCOBAR FORNOS, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	385
“Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo”, de J. GONZÁLEZ SALINAS, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	387
“Il passaggio di reserve a capitale”, de MARIO CERA, por JOSÉ MARÍA PIÑOL AGUADÉ	389
“La nueva adopción”, de MIGUEL-ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	392

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	395

ESTUDIOS

La insegura seguridad y la seguridad del tráfico jurídico

SUMARIO: I CONCEPTOS Y RAZONES QUE MOTIVAN LA INSEGURIDAD:

A) CONCEPTO, CLASES Y DIFERENCIAS CON LA INSEGURIDAD. B) RAZONES QUE MOTIVAN LA INSEGURIDAD: a) *Alteración de los principios de un sistema*; b) *La modificación legislativa*; c) *Los cambios de la estructura social*; d) *El apartamiento del ordenamiento jurídico en su conjunto*; e) *Las deficiencias legislativas*; f) *La teoría de los derechos adquiridos*.—II. LOS VALORES DE PERMANENCIA. A) EL RESPETO A LAS INSTITUCIONES. B) EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA. C) LA VALORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA. D) LOS CRITERIOS DE IGUALDAD Y LIBERTAD.—III. LA SEGURIDAD DEL TRAFICO INMOBILIARIO: A) LA ESTRUCTURACIÓN DE UN SISTEMA PARA EL LOGRO DE LA SEGURIDAD. B) LA NECESIDAD DE UN JUEGO DE PRINCIPIOS PARA SU LOGRO. C) LAS VENTAJAS Y LOS INCONVENIENTES DE TODO ELLO. D) LA BASE FUNDAMENTAL DE LA SEGURIDAD LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

I. CONCEPTOS Y RAZONES QUE MOTIVAN LA INSEGURIDAD

Para tratar de llegar a ciertos conceptos jurídicos en el campo del Derecho, necesariamente debe plantearse la *finalidad* que el mismo persigue y si la *seguridad jurídica* entra en la esfera de la misma o es un concepto paralelo o complementario. A ello hay que añadir una inicial dificultad si se admite la distinción entre lo que RADBRUCH, SCHMIDT y WELZEL (1) denominaron Derecho *justo e injusto*, que pondría interrogantes en la defensa de una seguridad jurídica sobre la base de un Derecho injusto. De otra parte, las alteraciones de sistemas normativos, basados en regímenes políticos diferentes, provocan cambios sustanciales en los orde-

(1) RADBRUCH, G.: "Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes", SCHMIDT, E.: "La Ley y los Jueces"; WELZEL, M.: "El problema de la validez del Derecho", todos ellos en *Derecho justo e injusto*, Aguilar, 1971.

namientos y rompen las estructuras y los derechos anteriores. Quizá este último punto sea de los más importantes en el logro del concepto de la seguridad jurídica, ya que, en cualquier época histórica, el sistema que se instaure dará legalidad a la normativa que se apruebe y no faltarán juristas que avalen, justifiquen y defiendan la justicia de las disposiciones que rigen o han regido en los mismos, con gran detrimento del superior principio de la seguridad jurídica.

Hace ya tiempo me ocupé del tema (2) y observé que la bibliografía sobre el mismo no era muy numerosa en nuestro Derecho, destacando más el aspecto filosófico que sus aplicaciones al campo del Derecho privado (3). Ahora vuelvo con el tema al que doy un título inicial tomado de la obra de ROF CARBALLO, *Signos en el horizonte*, donde se habla de la "insegura seguridad" y donde el autor dice que "el propio desamparo es lo único que nos protege, esto es lo que de verdad nos defiende de la inseguridad", y cita a D'ANNUNZIO en su conocida frase de que "el riesgo es el alma de la vida sublime". En la proyección humana del fenómeno colectivo puede ser que sea cierto "que el hábito de la seguridad colectiva, de la seguridad organizada por instituciones, ha extinguido en ellos uno de los impulsos primigenios del hombre: el de ayudar al prójimo en el desamparo". En el fondo, esto viene a coincidir con aquella manifestación que hiciera el Juez LERGA, en sus grandes deseos de notoriedad, cuando al ser interrogado (4) sobre un problema trascendente dijo que "la seguridad es

(2) CHICO Y ORTIZ, J. M.: "Proyecciones de la seguridad jurídica", *La Ley*, núm. 1020, 1984.

(3) Prescindiendo aquí de las obras de tipo general sobre Filosofía del Derecho y las de aquellos que comentan el principio en la Constitución Española, podemos citar, sin ánimo de agotar materia, estos trabajos: GALLARDO RUEDA, A.: "El Registro de la Propiedad y la doctrina de la seguridad jurídica" (Curso de Conferencias Col. Nac. de Registradores, 1951), y "Fe pública y seguridad jurídica (A.D.C., 1949); ALVAREZ ROBLES, J. M.: "La seguridad en los negocios jurídicos" (Conferencia en el Col. Not. Barcelona, 1950), RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "El documento notarial y la seguridad jurídica" (Conf. de la A. Sevillana del Notariado, 1986); LÓPEZ MEDEL, J.: "Tutela y seguridad jurídica" (Comunicación al Congreso Internacional de D. Registral, Brasil, 1987), "La seguridad jurídica como principio o valor constitucional. su efectividad en las áreas preventiva y creadora de los derechos publicitarios" (XXI Jornadas de Estudios de la D. Gral. del Servicio Jurídico del Estado); LANZAS GALVACHE, J.: "La publicidad como instrumento de la seguridad jurídica" (Conf. Academia Sevillana del Notariado, 1986); GARCÍA HERGUEDAS, M.^a P.: *El Registro de la Propiedad en el sistema de seguridad jurídica de España*, Barcelona, 1988; LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: "La seguridad jurídica del contrato", *R. D. Notarial*, 1982, etc. además de las citas expresas que hago en el texto.

(4) El Juez LERGA, tristemente célebre por los casos en que intervino (RUMASA y PALAZON) declaraba en TVE a Mercedes Milá, el día 8 de mayo de 1986, a las 11,15 de la noche, que "la seguridad es cerrar las puertas a la vida, que el Crucifijo es la esperanza de los pueblos y que prefiere el riesgo a la seguridad"

cerrar las puertas a la vida... y que es preferible el riesgo y la inseguridad a la seguridad”.

Estas dos manifestaciones y aquella que hiciera GONZÁLEZ PALOMINO (5) con afanes de frases lapidarias, no se corresponden con la situación actual de la vida social, donde las personas buscan garantías, superposición de garantías, seguridades y más seguridades, como apunta acertadamente FLORES MICHEO (6). Quizá sea cierto que la “seguridad social” haya eliminado costumbres tradicionales como el “ahorro” familiar, pero sí es cierto que la gente trata de protegerse contra el riesgo en el campo del seguro y contra el fraude a través de instituciones, como el Registro de la Propiedad, que se lo brindan a través de sus principios.

Vamos a intentar un acercamiento al concepto de seguridad jurídica, señalar sus modalidades y diferencias, para luego ir examinando las razones que provocan la inseguridad y las consecuencias que de todo ello se derivan. También examinaremos los remedios que pueden ponerse y el gran logro del principio de la seguridad de tráfico jurídico en el campo de las transmisiones.

A) CONCEPTO. CLASES Y DIFERENCIAS DE LA INSEGURIDAD

Me encuentro un tanto disminuido al afrontar en este momento el concepto de seguridad jurídica, pues recientemente a mí y a otros muchos, MEZQUITA DEL CACHO (7), en su trabajo recopilatorio de opiniones sobre la materia, dice que estoy “perplejo” y que no he superado la “perplejidad”.

(5) GONZÁLEZ PALOMINO, J.: “La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria”, *R. Gral. L. y J.*, 1945. En este mismo sentido podrían citarse las opiniones de JULIÁN MARIAS (“Inseguridad y continuidad”, en *ABC*, 17 febrero 1983), al decir que el afán de seguridad hace imposible la continuidad. La historia es una continuidad de inseguridades y no una sucesión de inmovilidades. Hay que reclamar lo que responde a la condición humana: la inseguridad y la continuidad. También ESSER (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*) apunta cómo solamente el abandono de una idea esquemática de seguridad sobre el camino para estudiar las más profundas garantías del pensamiento jurídico, el autocontrol dogmático y de los principios formados *lege artis*. Se trata de un asunto totalmente realista, si uno no se deja extraviar por lo indefinido del vago concepto de la seguridad jurídica y pone la atención en la manera cómo, bajo los presupuestos efectivos de la elaboración contemporánea del Derecho, puede evitarse una nueva oleada de superficialidad y capricho en la utilización de sentencias previas, ideas directrices, opiniones doctrinales y “teorías”.

(6) FLORES MICHEO, R.: “Formas indirectas y atípicas de garantía”, *Estudios de Derecho Privado*, 1962: “El hombre moderno tiene tal obsesión de seguridad que está continuamente torturado por la que no consigue y por la que consigue, que le parece poca”.

(7) MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Bosch, 1989.

Es decir, me dice que estoy confuso o vacilante ante el concepto. No es así, admito mi perplejidad frente a las opiniones doctrinales que cito y que aportan muy poco, pero no vacilo a la hora de pronunciarme. Más que “perplejo” lo que sí estoy es “circunflejo”, como esos acentos con dos direcciones a modo de tejado protector de la letra; por un lado, está la formulación del principio y, por otro, su proyección. Me explico.

Creo que había quedado clara mi postura en la precisión del concepto de seguridad jurídica e incluso de sus proyecciones, pues recuerdo que, siguiendo un tanto la tesis de HERNÁNDEZ GIL (8), había dicho que la Justicia es un valor y la seguridad jurídica un principio. A diferencia de los valores, los principios desempeñan por sí mismos una función normativa; sus normas, por más que en un grado de enunciación no circunstancialmente desenvuelto, están dotadas de gran generalidad. En razón de ella puede desempeñar el cometido informador del ordenamiento jurídico, así como el de suplir la insuficiencia de las normas que, aun siendo también generales, preconfiguran situaciones y consecuencias jurídicas dentro de unos límites. Por eso es mayor la fuerza expansiva o de irradiación de los principios. Los valores están por encima de todas las normas e incluso de los principios, que presuponen la realización de un valor. La Justicia es un valor y la seguridad jurídica un principio. Un poco más adelante, apoyándome en VALLET DE GOYTISOLO (9), decía que si con este autor el Derecho puede definirse como el arte de lo justo y la Justicia es un valor superior que debe ser logrado por todo Estado de Derecho, la seguridad jurídica supone la cristalización del principio haciendo justo todo lo que tienda a ser seguro o a ofrecer seguridad. Admitida esta premisa, hay que abrir el abanico de sus posibilidades y entonces el principio de seguridad, en su calidad de justo, ofrece en el campo jurídico infinidad de aplicaciones que van desde el principio romano de la “seguridad del derecho” hasta el germánico de la “seguridad del tráfico jurídico” y desde el principio general de la irretroactividad de las leyes hasta esas aplicaciones concretas de la seguridad en el contrato, en el campo fiscal, en el mercantil, etc.

Aparte de esta postura, a la que parece oponerse MEZQUITA DEL CACHO (10), sin adscribirme a mi profesión de “perplejo”, había desmenuzado el concepto de seguridad jurídica examinando si se trataba de un “efecto”, de una “necesidad”, si tenía carácter “finalista”, si era o no inseparable del Derecho o si simplemente se trataba de una consecuencia

(8) HERNÁNDEZ GIL, A.: “El ordenamiento jurídico y la idea de Justicia”, discurso inaugural del Curso 1980-81 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

(9) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *De la virtud de la Justicia a lo justo jurídico*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1966.

(10) *Obra citada*, pág. 77, tomo I.

del orden jurídico, para luego, después de este recorrido sugerido por el trabajo de DELIA FERREIRA (11), proyectar sus aplicaciones en el campo jurídico. En el fondo, es lo que hace MEZQUITA DEL CACHO en su aportación a la materia y, habiendo asistido a la presentación del libro y habiendo superado su difícil lectura, sí podría utilizar algún adjetivo para su calificación, pero teniendo en cuenta que esto no es un campo polémico, debo darle la razón al autor: la lectura de sus dos tomos me han dejado “perplejo”.

Al lado del concepto o de la posición doctrinal o personal sobre lo que es la seguridad jurídica, debemos ensayar un sistema que permita clasificar las esferas en que el principio funciona, lo que significa precisar las clases de seguridad jurídica que se pueden admitir.

Entiendo que es preciso partir de la distinción que VALLET DE GOYTISOLO (12) hace entre seguridad “jurídica” y “económica” de gran trascendencia, pues como luego veremos la económica entra en el concepto de “inseguridad”. Con el autor citado, distinguimos:

Seguridad jurídica.—Es la que atañe al derecho tal cual es, con todo su contenido propio. No se mueve en el campo de los valores, sino en el de las titularidades del derecho.

Seguridad económica o subsidiaria.—Lleva consigo un concepto de indemnización. No asegura la titularidad del derecho, sino el valor que el derecho tiene, convertido en caso de despojo en indemnización. Sus principales manifestaciones son la garantía real en funciones de seguridad, el aval, la fianza, el seguro y esa discutida figura del “seguro de títulos”.

Dentro de la seguridad *jurídica* habría que abrir una brecha clasificatoria para encuadrar las dos grandes vertientes que la misma ofrece en su formulación constitucional. Y para ello es preciso retroceder a la tesis o teoría de EMREMBERG (13), que para justificar un tanto los grandes efectos que la publicidad registral brinda al que adquiere confiando en sus pronunciamientos, distinguía entre la *seguridad del derecho* que es la idea romana basada en que nadie puede transmitir ningún derecho que no sea suyo y que tiene su proyección en el campo judicial, mientras

(11) FERREIRA RUBIO, D. M.: “El poder jurisdiccional frente a los valores jurídicos de seguridad y justicia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre 1980.

(12) VALLET DE GOYTISOLO, J.: “La función del Notariado y la seguridad jurídica”, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1976.

(13) EMREMBERG: *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit*, Iher, Jahrb, 1904, pág. 273.

que la *seguridad del tráfico jurídico* sobrepasa esa idea e impone la situación registral frente a la real, todo sobre la base de un sistema de publicidad institucional asistido de diversos principios. Quizá esta clasificación tenga ciertos contactos conceptuales con la que VALLET DE GOYTISOLO (14) formula al distinguir: la seguridad *estática*, que juega a favor de quien es propietario o titular de otro derecho y del poseedor no propietario y la seguridad *dinámica* a favor del adquirente de la propiedad o derecho limitado sobre la misma.

Creo que esta clasificación tiene una importante proyección en el campo de la seguridad jurídica, puesto que la primera, la del “derecho” o la *estática*, tiene enfrente el gran problema de los derechos adquiridos y la irretroactividad de las leyes, pudiendo ser considerada como *relativa*, mientras que la segunda, la *dinámica* o de la seguridad del tráfico, debe ser entendida con carácter *absoluto*, con las inevitables excepciones perfectamente señalizadas legalmente.

La seguridad en las diferentes ramas del Derecho.—Creo que habría que proceder en este punto a una disección entre el principio general de la “seguridad jurídica” aplicable a todo el ordenamiento español y el que puede tener aplicaciones en las diferentes ramas del Derecho. No suelen ser lo mismo los principios y las estructuras que regulan el *derecho privado* y el *público*, y de ahí que en el primero sea más fácil la formulación del principio, mientras que en el segundo con su derecho administrativo, fiscal, urbanístico, constitucional, etc., se aplica la teoría del poder constituido para variar, alterar y superar legalmente lo que se ha denominado “la lucha contra las inmunidades del poder”. Entiendo, y que me perdone GARCÍA DE ENTERRÍA y los administrativistas de turno, que la mayor parte de los principios que rigen el Derecho administrativo —heredados o no de la Revolución Francesa— son un auténtico atentado al principio de la seguridad jurídica (15).

(14) VALLET DE GOYTISOLO, J.: “La función del Notariado y la seguridad jurídica”, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1976.

(15) En los estrechos límites en que estas notas se mueven solamente cabe apuntar los dos o tres principios que suponen una inseguridad. el *silencio* administrativo (aparte de ser una grosería administrativa, va en contra de la certeza, como medio para conseguir la seguridad); la presunción de *validez* (que provoca, registralmente hablando, la tremenda posibilidad de que se inscriban actos nulos, aunque revestidos de la presunción de validez, pues la calificación no se extiende a esta circunstancia); la obligación de *cumplimiento inmediato* (que puede dar lugar a situaciones que posteriormente han de

La seguridad jurídica en las relaciones entre particulares o frente al Estado.—El campo contractual, el del negocio jurídico, permite hablar de una seguridad jurídica en las relaciones entre particulares, que suele cristalizar en el campo de documento público como una *seguridad preventiva* (16) o como una *seguridad del derecho* a través de la reclamación judicial ante el derecho conculcado. La segunda significa el examen de principios superiores como es la de la función del Derecho o del llamado principio de legalidad frente al poder del Estado y el control de su ejercicio. En el fondo ya hemos hablado antes de este punto al tratar de las ramas del Derecho y la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA (17).

Quizá quepan más clasificaciones, sobre todo, contemplando el texto de la vigente Constitución Española, pero esas seguridades se me antojan ya encuadradas anteriormente, ya que pueden tener su defensa en el campo de la seguridad judicial, como pueden ser la seguridad pública o ciudadana, la seguridad social, la protección de libertades, derechos humanos, intimidad personal, familiar, la propia imagen, pensamiento, expresión, etc.

Por último, la prudencia aconseja intentar la diferenciación entre lo que podría ser la *inseguridad* y determinados casos de su manifestación. Con ello puede completarse el estudio del primer concepto y del derivado que ahora apunto. No creo que sea muy pacífico calificar a la “inseguridad” como concepto derivado de la seguridad, sino más bien conceptos contrapuestos, como los dos lados de la moneda. Podría, por ello, decirse que la seguridad sustituye a la situación de inseguridad y que cuando no hay seguridad la situación que se ofrece es la de inseguridad. Esto debe aceptarse con ciertos condicionamientos, pues no es lo mismo, como hemos apuntado antes, la seguridad económica (que lleva consigo una inseguridad jurídica) que la seguridad jurídica.

La inseguridad lleva consigo conceptos paralelos o consecuencias derivadas de esa situación, tales como la mutabilidad, la variabilidad, el cambio, la alteración, el desequilibrio, la inestabilidad, etc. Estos conceptos o consecuencias deben ser recibidos en tanto en cuanto sirven para configurar la situación de inseguridad, además de causas que produce aquélla.

revocarse y generar una auténtica inseguridad) y, por último, el juego de la *retroactividad* para los actos que se dicten en sustitución de actos anulados... Quizá, por todo ello, GARCÍA DE ENTERRÍA escribió su magnífico estudio sobre *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1974.

(16) En este sentido se pronuncian los trabajos ya citados de LORA TAMAYO, VALLET DE GOYTISOLO, MEZQUITA DEL CACHO, etc.

(17) *Obra citada* en la nota 15.

La evolución jurídica de la norma es compatible con situaciones de “seguridad” si en ella se guardan las debidas medidas que pueden producir las consecuencias apuntadas. Por ello resulta ya procedente abordar las razones o causas de la inseguridad jurídica.

B) RAZONES QUE MOTIVAN LA INSEGURIDAD

Resulta sumamente difícil poder concretar en un breve esquema las razones y motivos de la inseguridad. No obstante, ésta se produce inevitablemente cuando se viola el principio de legalidad, que no sólo vincula al ciudadano, sino a la Administración; igualmente, la concentración de poderes en una sola mano provoca situaciones dictatoriales; la defectuosa elaboración de las normas y la falta de publicidad de las mismas son otras razones poderosas para desembocar en la inseguridad, lo mismo que el juego de los principios de retroactividad o irretroactividad de las mismas y la natural prudencia frente al respeto de los derechos adquiridos. Vamos, en base de una simplificación de materia, a destacar los siguientes puntos:

a) *Alteración de los principios de un sistema.*—Partiendo de la base de un sistema en el que la configuración estatal supone adscribirse a lo que se ha denominado “Estado de Derecho” (y el nuestro, en la Constitución vigente, es “social, democrático y de Derecho”) es preciso reconocer la necesidad del respeto a ese conjunto de principios generales como la Justicia, la libertad y la seguridad. Si desde el punto de vista del Derecho esos tres son los principios fundamentales, desde el social surgen todos aquellos que regulan los derechos de los trabajadores, la salud, la vivienda, la cultura, la seguridad social, etc. Y desde el punto de vista de la democracia es inevitable aceptar la triplete de poderes tradicional: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. EMILIO ROMERO (18) puntualiza que la Constitución Española sólo habla del “Poder Judicial” en el Título VI, sin perjuicio de las competencias que regula del Gobierno y el Parlamento.

Cualquier desviación a estos principios por parte de cualquiera de los tres poderes antes citados supone un atentado al principio de seguridad, al orden político y a la paz social. GARCÍA DE ENTERRÍA (19), en su nueva aportación a la teoría de los principios, apunta, al comentar el artículo 103.1 de nuestra Constitución, que la Administración actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, lo cual supone que existe un Derecho

(18) EMILIO ROMERO: “Replico, con la Constitución en la mano”, diario *Ya*, 24 de abril de 1986.

(19) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Cuadernos Cívitas, 1986.

que tiene otro origen distinto del de la Ley o, dicho de otra manera, que la Ley no es el único origen del Derecho, ya que "ivs" y "lex" no se corresponden y se confunden, según el dogma central del positivismo.

b) *Las modificaciones legislativas.*—En este punto juegan dos ideas fundamentales: la necesidad de atender al principio de seguridad y la de permitir el lógico desenvolvimiento del Derecho. La evolución de los tiempos, los cambios sociales y las necesidades de una nuevas formas de vida exigen una adaptación de la legislación a todo ello. Al significar una alteración de situaciones, la prudencia legislativa aconseja contemplar las dos —vieja y nueva— para lograr el equilibrio y no romper la seguridad sobre la base del necesario desenvolvimiento. Lo había dicho CASTÁN (20) empleando una frase de SIMONCELLI: no es posible que el legislador o el científico se acojan exclusivamente al principio de retroactividad o al inverso de irretroactividad, ya que la absoluta retroactividad sería la muerte de la seguridad y de la confianza jurídica y la absoluta irretroactividad sería la muerte del desenvolvimiento del Derecho.

Según ello, el juego de la retroactividad e irretroactividad de la norma se basa en criterios de "seguridad" jurídica. No es ésta la opinión que sustenta GAYA SICILIA (21), quien, en su estudio monográfico sobre el tema y después de explicar el fenómeno de la retroactividad basado, según ella, en las nociones de vigencia formal y material de la Ley (se llama vigencia formal al lapso de tiempo que transcurre entre la publicación y la derogación de la norma, pudiendo ocurrir que esa vigencia no coincida con la dimensión temporal que dimana de la eficacia de la ley, bien porque ésta proyecte sus efectos a una fecha anterior o posterior a la de su publicación, bien porque sus efectos se prolonguen en el tiempo aun después de haber sido derogada, haciendo posible una discordancia o asincronía entre la vigencia formal y la material), entiende que el principio de irretroactividad es un principio técnico-formal, estrechamente unido, pero distinguible del de seguridad jurídica, a través del cual se concretan y hacen operativas las garantías que el Estado de Derecho comportan.

En esa línea apuntada cabría citar también a RECASENS SICHES (22), quien entiende que "frente al deseo de seguridad actúan el deseo de cambio y el deseo de perfeccionamiento. Así pues, inevitablemente hay y debe haber un margen de incertidumbre y de inseguridad en todo orden jurídico, para que éste pueda irse adaptando a los cambios de la realidad social, y

(20) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil común y foral*, Madrid, 1941.

(21) GAYA SICILIA, R.: *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Montecorvo, Madrid, 1987.

(22) RECASENS SICHES, L.: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Editorial Porrúa, 1973, pág. 297

también para que pueda ir progresando en el sentido de un mayor acercamiento a las exigencias de la justicia". Ello supone —como he apuntado en otra ocasión (23)— que el principio de seguridad no puede predicarse en forma "absoluta", aunque ello puede ser discutido. Si a la seguridad jurídica (que engloba todos y cada uno de los principios a que se refiere el artículo 9.3 de nuestra Constitución) le negamos el carácter de principio general del ordenamiento jurídico, afloramos de nuevo la discusión entre "derecho justo e injusto" y ante una ley de este último carácter que atenta contra los fundamentos de lo justo no puede considerársela como derecho y carece de fuerza de obligar, según SCHMIDT (24).

El Tribunal Constitucional español, en Sentencia de 31 de marzo de 1981, al hablar o calificar a la Constitución como "norma superior", entiende que debe ser admitida una "inconstitucionalidad *sobrevenida*, que afecta a la validez de la norma y que produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación". GAYA SICILIA, en la monografía antes apuntada, estudia con minuciosidad diversas Sentencias de este Alto Tribunal.

De nada sirven en este momento la invocación del artículo 2.3 del Código Civil ("las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario"), pues la Constitución Española, con una fórmula conflictiva, de difícil precisión, señala en el artículo 9.3 el principio de irretroactividad para las disposiciones *no favorables o restrictivas de derechos individuales*, aplicando el principio en el artículo 25.1 a los delitos, faltas o infracciones administrativas y en el 83 porhibiendo a las leyes "de bases" dictar normas con carácter retroactivo.

La imprecisión que todo ello supone ha dado pie a que los diferentes Gobiernos "democrático" españoles dicten leyes como la 20/1982, de 9 de junio, de incompatibilidades en el sector público, agravada posteriormente por la 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Igualmente cabe citar la Ley sobre medidas para la reforma de la función pública, 30/1984 sobre la jubilación anticipada de funcionarios, que es estudiada por FUNES ROBERT (25) y GARRIDO FALLA (26). A ellas podrían añadirse la Ley del Poder Judicial (1 de julio de 1985), etc.

(23) CHICO Y ORTIZ, J. M.: "Proyecciones de la seguridad jurídica", *RCDI*, julio-agosto, 1984, núm. 563.

(24) SCHMIDT, E.: *La Ley y los Jueces*, Aguilar, 1971.

(25) FUNES ROBERT, M.: "La jubilación anticipada en la ley de reforma de la función pública", *ABC*, 14 de mayo de 1986.

(26) GARRIDO FALLA, F.: "Pero... ¿existen derechos adquiridos?", *ABC*, 31 de agosto de 1986.

c) *Los cambios de las estructuras sociales*.—En la introducción de un magnífico libro y bajo el título *El problema del cambio social*, ROBERT NISBET (27) considera que el cambio es una “sucesión de diferencias en el tiempo en una identidad persistente” y el mayor obstáculo a nuestra comprensión científica del cambio radica en que nos negamos a reconocer el verdadero poder del conservadurismo en la vida social: el poder de la costumbre, de la tradición, del hábito y de la simple inercia. La verdad es que para llegar a un concepto del *cambio* y relacionarlo con la *estructura social* apunta esta idea; hay cambio o proceso cuando una sociedad, a consecuencia de alteraciones provocadas por evolución interna o bien por impactos desde fuera, cambia su forma estructural; hay sólo *reajuste* cuando hay cambio dentro de la estructura, pero éste no afecta a la forma estructural de la sociedad.

Partiendo de estas ideas pudiera llegarse a la conclusión de que en los “reajustes” que no alteran la estructura social solamente existe un conato de ataque al principio de seguridad, pero es claro que en los segundos el cambio afecta a la estructura y ello lleva consigo un ataque frontal a la seguridad. Resulta difícil, ante estas ideas, hacer un resumen de la legislación española de los últimos tiempos aprobada por un Parlamento de signo socialista con una finalidad de cambio más que de “reajuste”. Quizá toda esa legislación referida al aspecto personal de la familia (matrimonio, adopción, tutela, mayoría de edad, patria potestad, etc.) y a los aspectos económicos, cual son los regímenes económico-matrimoniales, supongan más un “reajuste” con graves problemas frente a la seguridad jurídica. Mientras que otras normas como la de la nacionalización de las aguas, la Ley de Costas, la Ley del Aborto, etc., suponen un auténtico ataque al principio de seguridad, sin que el cambio que llevan consigo suponga una *identidad persistente*.

Aparte de la cita de MONTESQUIEU, en su *Espíritu de las leyes*: “Si el poder legislativo se une al ejecutivo, no habrá libertad; lo mismo ocurriría si el poder legislativo o el ejecutivo se une al judicial. Todo está perdido si los tres poderes se reúnen en unas mismas manos.” Conviene también citar a MARIAS (28), el cual nos recuerda la famosa legislación nacional-socialista alemana que posteriormente se ha tachado de injusta, pero que se hizo utilizando las instituciones y los recursos de la democracia parlamentaria y, por una concepción falsa de ésta, aceptando su “ilimitación”, es decir, por la convicción de que el poder legislativo se extienda a todo, y que sobre todo tiene jurisdicción y soberanía. En esto consiste el “tota-

(27) ROBERT NISBET, TOMAS S. KUMN, LINN WHITE y otros: *Cambio social*, Alianza Editorial, Madrid, 1979

(28) MARIAS, J.. “La legalidad nacional-socialista”, *ABC* del 6 de marzo de 1983

litarismo”: en la extravasación del poder político a las esferas de la vida personal, moral, religiosa, intelectual y artística.

d) *El apartamiento del ordenamiento jurídico en su conjunto.*—Toda Ley debe pretender ordenar una realidad social, respetar los principios constitucionales y ajustarse en lo posible al conjunto normativo de la nación: su ordenamiento jurídico. Una ley que no cumpla esos dos requisitos provoca un desorden en la realidad que pretende ordenar y una constante fuente de dudas aplicativas en cuanto sus normas se contradicen con el “resto del ordenamiento jurídico”. Ello genera situaciones contrarias al principio de seguridad jurídica y prácticamente no puede decirse —como hace PECES-BARBA MARTÍNEZ (29)— que la obediencia al Derecho sea la solución, pues según él ya se ha “institucionalizado la resistencia” al cumplimiento de una ley injusta, arbitrando mecanismos de protesta sin precedentes en ningún sistema anterior. Digo que esto no puede decirse en un momento en el que el mismo Gobierno, en el año 1987, hablaba de un “control de calidad” de las leyes antes de ser enviadas al Congreso (30), tampoco cabe admitir dicha afirmación cuando al reformarse el capítulo II del título VI de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional, suprime el *recurso previo* de inconstitucionalidad; igualmente cabe citar cómo el Tribunal Constitucional en el año 1986 comenzó a imponer multas “por temeridad en el planteamiento de recursos de amparo”.

Más argumentos podrían alegarse, pero me remito al trabajo de FLORES MICHEO (31), donde —con su humor acostumbrado— enumera una serie de disposiciones de normas “inútiles o imposibles”. No vamos a referirnos al sangrante caso de la expropiación del “HOLDING RUMASA”, que es uno de los mayores atentados al principio de seguridad jurídica que se conocen en la Historia española, con su coletilla de llamada “reprivatización” y no “reversión”. Por ahí debe de andar otra disposición que autoriza a los Letrados de la Comunidad Europea para actuar en todo el territorio español, frente a la necesidad de colegiación de los españoles. Por citar otro caso, se me ocurre traer a colación el de la reforma “urgente” de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 34/1984, de 6 de agosto, que provocó auténticos problemas en orden a la documentación judicial y singularmente en los mandamientos de embargo y la institución del Registro de la Propiedad.

(29) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: “Sobre la obediencia al Derecho”, *ABC*, 28 de noviembre de 1988.

(30) ZAMARRO, J. M., en *ABC* del día 6 de septiembre de 1987.

(31) FLORES MICHEO, R.: “La realidad madrastra y enseñadora de leyes”, *La Ley*, núm. 38, 1980.

e) *Las deficiencias legislativas*.—Antes he apuntado la manifestación que se hizo desde Presidencia del Gobierno sobre la necesidad “de un control de calidad” de las leyes que se envíen al Parlamento, lo cual indica que en los momentos actuales por la “inflación legislativa” que se padece la ley no puede ser buena, puesto que si lo fuera no era preciso legislar tanto. Claro, que este mal se ha presentado en otras etapas históricas, y así CABALLERO MARRIET (32) cita al emperador Maximiliano, que en su corto mandato logró siete volúmenes de textos legislativos, la Ilustración francesa y hasta el mismo Justiniano.

Las deficiencias legislativas en su falta de claridad, certeza y con evidentes contradicciones, provocan un serio ataque al principio de seguridad jurídica. SÁNCHEZ BELLA CARSWELL (33) apuntaba la existencia de inseguridad cuando las leyes en sentido amplio son: a) imperfectas técnicamente, ambiguas, con términos confusos, incoherentes e incompresibles; b) contradictorias; c) numerosas y prolijas; d) con disposiciones que no se aplican en la práctica o con disposiciones que no responde a la realidad social del momento; e) que permiten la arbitrariedad en su aplicación, y f) originan en el ciudadano una inquietud y preocupación de no poder cumplirlas. Entre ellas cita el Reglamento del IVA, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley del Aborto, Ley sobre Infracciones y Sanciones Tributarias, etc. A ellas podría añadirse ahora la Ley de Costas, la Ley de Tasas, el Decreto sobre el juego (Real Decreto-ley 2/1987, de 3 de julio), que facilita la arbitrariedad de la Administración, Ley de Control de Cambios y Estatuto de Radiotelevisión, etc.

Quizá, por todo ello, ALVAREZ ALVAREZ (34) diga que la seguridad jurídica exige dos cosas: 1) que las leyes tengan una cierta estabilidad y racionalidad, que no sean sólo fruto de la mayoría, sino que reflejen otros dos principios constitucionales: la sujeción al ordenamiento jurídico y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; 2) que los órganos de aplicar la ley sean independientes y objetivos.

f) *La teoría de los derechos adquiridos*.—Urge precisar que la teoría de los derechos adquiridos no es motivo o razón que provoque la inseguridad, sino todo lo contrario: el no reconocer el derecho adquirido es una de las causas o motivaciones de esa inseguridad. El principio aceptado en la formulación general de las disposiciones transitorias del Código Civil

(32) CABALLERO MARRIET, F. J.: “La inflación legislativa”, *Diario Vasco*, 20 de abril de 1989

(33) SÁNCHEZ BELLA CARSWELL, A. “Seguridad jurídica”, *ABC* de 17 de octubre de 1985

(34) ALVAREZ ALVAREZ, J. L.: “La seguridad jurídica”, *ABC* de 24 de enero de 1986

queda hoy reducido a esa referencia incorrecta de la irretroactividad que formula el artículo 9.3 de la Constitución Española.

El momento actual español no es propicio a la admisión de esa teoría y así las Sentencias del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1986 y 11 de junio de 1987, sobre el tema de la jubilación anticipada, diferenciaron el derecho adquirido de la expectativa. Trasladada esta idea al campo laboral cabría preguntar si las condiciones por las que se contrata un trabajador suponen o no derechos adquiridos o simples expectativas. GARRIDO FALLA (35) destaca las Sentencias del Tribunal Supremo en Pleno de julio y septiembre de 1987, donde jurisprudencialmente se reconoce la llamada por la doctrina "responsabilidad del Estado legislador", bastando para ello que el perjuicio sufrido sea efectivo aunque la aplicación de la Ley que lo provoca no haya sido declarada anticonstitucional.

El autor anteriormente citado precisaba en torno a la teoría de los derechos adquiridos que se trata de una regla de interpretación para todos aquellos casos en los que la ley nueva no incluye una cláusula expresa de retroactividad (cosa que históricamente solamente ha sucedido en España con la Ley de la Usura de 1908, la derogatoria del divorcio de la Segunda República del año 1939 y la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946) o, que por su propia naturaleza, resultase incompatible con la subsistencia de situaciones surgidas de la derogada, pues ciertamente, si estas circunstancias no se daban, un elemental principio de justicia y de seguridad jurídica abogaba por el respeto de los derechos adquiridos (36). Lo curioso del caso es que esta teoría es aplicada sin un criterio igualitario, pues en la mente de todos está el justo reconocimiento a los sueldos y devengos que se les negó a los combatientes que pelearon en el lado de los que perdieron la guerra.

II. LOS VALORES DE PERMANENCIA

Antes apuntamos la tesis del cambio y su diferencia con el "reajuste", considerando que para que el primero se produzca es preciso una alteración de la forma estructural de la sociedad. El principio de seguridad jurídica exige para ser respetado que esa estructura no se cambie y de ahí que se repiten los valores de permanencia o la llamada "identidad persistente" que a mi entender se plasma en estos puntos:

(35) GARRIDO FALLA, F. "La responsabilidad del Estado legislador", *ABC* del 17 de septiembre de 1988.

(36) Citado en la nota 26.

A) EL RESPETO A LAS INSTITUCIONES

En el discurso que pronunció el Rey en el año 1979, con motivo de la apertura de la nueva legislatura en las Cortes, discurso de la Corona, decía: "Sabemos que los hombres hacen las leyes, pero son las instituciones las que aseguran su vigencia. Ellas prolongan en el tiempo las vidas y los afanes de los individuos, y van más allá incluso de los propios hombres que en un determinado momento histórico las encarnan. Esta es la auténtica garantía de nuestro futuro y en esa esperanza queda abierta la presente legislatura."

Quizá el Rey se estuviera refiriendo más que a las instituciones jurídicas a las políticas, pero de cualquier manera lo que puede ofrecer seguridad jurídica es el mantenimiento de la institución, el respeto a la misma, pues atacadas éstas, se rompe el equilibrio social que hace posible la convivencia y se viene abajo el principio que debe perseguir el Derecho. Kelsen lo había apuntado acertadamente: "En todo Estado de Derecho, las instituciones jurídicas deben siempre ser respetadas por el poder político". Piénsese en la desaparición de instituciones como el contrato, la familia, la propiedad, etc., y la situación creada con ello sería una auténtica inseguridad jurídica.

B) EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Si el Derecho es el arte de lo justo, según la tesis de VALLET DE GOYTISOLO (37), y la Justicia es un valor superior que debe ser logrado por todo Estado de Derecho, la seguridad jurídica supone la cristalización del principio haciendo justo todo lo que tienda a ser seguro, a ofrecer seguridad. Respetar el principio de seguridad jurídica es —dentro del Derecho español— cumplir los principios restantes a que se refiere el artículo 9.3 de la Constitución: legalidad, jerarquía normativa, publicidad, irretroactividad de normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

A ello hay que añadir que toda seguridad jurídica lleva consigo la estabilidad, la certeza, la irretroactividad y —siendo un principio jurídico— puede configurarse como efecto, como necesidad, como finalidad, como concepto inseparable del Derecho y como una consecuencia lógica del orden jurídico. Atentar contra este principio llevaría consigo un caos

(37) VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho civil*, Barcelona, 1963.

jurídico, una arbitrariedad, un abuso de poder, una anarquía y un alejamiento de lo que debe ser un Estado de Derecho, aunque pueda seguir siendo "social y democrático", que son otras cosas distintas.

C) LA VALORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA

Otro punto básico con valor de permanencia es la Justicia y los principios que la estructuran. En el principio de seguridad jurídica, como ya hemos apuntado, hay dos claras vertientes la *seguridad del derecho* y la *seguridad del tráfico jurídico*. La primera representa la tutela jurisdiccional como uno de los derechos inseparables del hombre y del ciudadano que ha logrado a través de siglos sustituir, como apunta GONZÁLEZ PÉREZ (38) la autodefensa, por el proceso, la ley de la selva de la civilización. El derecho a la justicia, y a la seguridad que ella representa, existe con independencia de que figure en las Declaraciones de Derechos Humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombre y le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer.

Suprimir la institución, mediatizarla políticamente y quitar la independencia es negar la nota más esencial de la Justicia. Siguiendo al autor citado, podríamos utilizar la cita que él mismo hace de NICOLÁS PÉREZ SERRANO: "Si prescindimos de la independencia del Poder Judicial hemos matado la vida jurídica del país".

D) LOS CRITERIOS DE IGUALDAD Y LIBERTAD

Entiendo que son dos premisas importantes para el logro de la seguridad jurídica. La "igualdad jurídica", que como dice CRISTÓBAL MONTES (39) se implanta en el siglo XVIII, supone la abolición de privilegios, marginaciones y desigualdades. La seguridad jurídica sería imposible lograrla partiendo de situaciones de excepción. Igual sucede con la libertad que junto con la seguridad son los dos ejes vitales del Derecho, según afirma SÁNCHEZ VENTURA (40), el cual, en el momento actual es más que nunca un sistema de seguridad que garantiza la libertad del hombre.

(38) GONZÁLEZ PÉREZ, J.. "El derecho a la tutela jurisdiccional", *Cuadernos Cívitas*, 1989.

(39) CRISTÓBAL MONTES, A. "El falso igualitarismo", *Ya*, 6 de septiembre de 1985.

(40) SÁNCHEZ VENTURA, J. M. *La seguridad social de la Abogacía*, Madrid, 1974

Ahora bien, conviene precisar con CRISTÓBAL MONTES que la igualdad sólo tiene sentido cuando se sepa distinguir entre lo que es eliminar barreras artificiales y lo que puede implicar un deseo de uniformar a los ciudadanos matando el estímulo de la iniciativa y el triunfo. En el plano de los principios, el valor libertad debe colocarse por delante del de igualdad (así lo hace la Constitución en su artículo-1.º), porque sin duda cuando ambos entren en conflicto ambas nociones deben sacrificarse o, al menos, acomodarse la segunda a la primera. Una sociedad libre podrá avanzar por el camino de la igualdad, pero si es al revés estaremos ante una sociedad en trance de perder la libertad.

III. LA SEGURIDAD DEL TRAFICO INMOBILIARIO

Antes hemos apuntado la doble vertiente del principio de seguridad jurídica, pero para poder profundizar en el tema convendría apartar conceptos que pueden suponer “falsas seguridades”, bien por no ser jurídica o, aun siéndolo, no revisten los caracteres necesarios para el logro de la finalidad que lleva consigo la seguridad del tráfico jurídico. Si conviene apuntar que, en general, todos los sistemas registrales tratan en su finalidad fundamental de lograr esa seguridad, aunque se diferencian entre sí por el grado de lo que consiguen.

Como falsas seguridades o inseguras seguridades, sin ánimo de agotar materia, podríamos señalar las siguientes:

- a) La seguridad económica o el sistema de seguro aplicado al tráfico jurídico. Es un sistema en el que el riesgo de la pérdida de la finca transmitida se compense con el valor del precio de adquisición. Es un invento que no asegura titularidades, sino indemnizaciones. Es lo mismo que la hipoteca, que lo que en el fondo asegura es la consecuencia económica del incumplimiento de la obligación. El precio debe ser el realmente entregado.
- b) La llamada seguridad preventiva del documento público resulta imposible alcanzarla con el documento privado, el cual carece de “autenticidad”, ya que no lo presencia ningún funcionario público y solamente adquiere valor auténtico mediante el reconocimiento judicial, y tampoco es “íntegro”, como se desprende del artículo 1.230 del Código Civil. El documento público, además de ser íntegro y auténtico, ofrece la posibilidad de ser medio de prueba, tener valor ejecutivo y ser el vehículo preciso para lograr por la inscripción registral la seguridad plena del tráfico jurídico.
- c) Otra falsa seguridad es la que ofrecen los llamados por la Cons-

titución Española Registros Administrativos, donde la publicidad que de ellos emana no pasa de ser una publicidad “noticia”, frente a la publicidad “efecto” de los jurídicos. Esta distinción, asentada en el artículo 105 de la Constitución Española, al equiparar los registros administrativos con los archivos, es recogida por alguna otra ley española, como la de Sociedades Anónimas Laborales, pero tiene un realidad histórica en la exposición de motivos de la Ley de 1861, donde, entre otras cosas, se decía: “Sin negar que los Registros de la Propiedad y de las Hipotecas puedan y deban venir en auxilio de la Administración en las arduas tareas que para beneficio público le están encomendadas, cree que esto debe entenderse sin detrimento de los principios de Justicia y sin desnaturalizar los Registros distrayéndolos de su verdadero objeto, que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial y poner coto a fraudulentos engaños. Salir de ese terreno, considerar los Registros como *un censo* de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos a la Administración conduce irremediabilmente a desconocer su carácter social, económico y civil, y a sacrificar lo principal a lo accesorio...”

Dentro de estos Registros administrativos deben incluirse la institución catastral, que no pasa, por ahora, de ser un inventario de la riqueza inmobiliaria. Cabría una enumeración más extensa, pero entiendo que carece de valor. Con ello pasamos a la explicación de la institución que ofrece la protección del tráfico jurídico en forma plena, haciendo “absoluto” el principio de seguridad jurídica.

A) LA ESTRUCTURACIÓN DE UN SISTEMA PARA EL LOGRO DE LA SEGURIDAD

JOSSEF ESSEN, en su conocida obra *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, sentó unas premisas fundamentales del ciclo que toda ciencia y cultura jurídica recorre: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema. Es evidente que la historia de la ciencia hipotecaria demuestra la verdad de esas premisas y la necesidad de la creación del sistema, hoy vigente, se basó en la serie de problemas que planteaban las cargas e hipotecas ocultas, surgiendo como eje fundamental para evitarlos el concepto de publicidad rodeado de un conjunto de principios que sirvieron para articular el sistema que surge con la primitiva legislación hipotecaria de 1861.

Si la base fundamental del sistema radicaba y radica en la publicidad, en hacer notorio y cognoscible la situación jurídica de los inmuebles, era inevitable que a esa publicidad se le rodease de ciertos efectos para que pasase de ser una simple noticia a convertirse en un principio cuyo fin primordial es el asegurar el tráfico jurídico de los inmuebles y los derechos reales constituidos sobre los mismos. Por eso la exposición de motivos de la Ley citada rechazaba la configuración del Registro de la Propiedad como un censo de la riqueza inmobiliaria, desterraba la intervención de la Administración y centraba el carácter jurídico de los mismos como bases fundamentales.

No bastaba ya el hecho de la posesión, sino que era preciso un sistema en el que, partiendo de unos hechos realizados ante un funcionario público, se llegase a una publicidad superior a la que la posesión ofrecía, rodeando la inscripción y los pronunciamientos que de ella se derivan de unas garantías que justifican la entrada en funciones de la seguridad jurídica en su vertiente de seguridad del tráfico jurídico. Por ello, el sistema se apoyó en unos previos principios.

B) LA NECESIDAD DE UN JUEGO DE PRINCIPIOS PARA SU LOGRO

GOLDSCHMIDT dijo con razón que “un derecho sin principios no puede haber existido jamás”, aunque esta frase, como apunte ESSER, debe ser entendida en el sentido de que sólo parece adecuada para ordenar lo ya existente, no para conocer lo que ha de devenir, que esa es la labor de la jurisprudencia.

Aunque no toda la doctrina esté de acuerdo, el sistema español supuso una feliz combinación de elementos tradicionales con otros importados de países europeos. El fundamental principio del sistema fue el de publicidad que venía apoyado por la presunción legal de *veracidad* de los asientos y por la *integridad* de los mismos, provocando que el adquirente que reuniese diversos requisitos se configurase como tercero protegido en su adquisición. La inscripción además de voluntaria era declarativa: el Registro recibía el derecho ya constituido y le concedía a través de la inscripción el valor de ser oponible frente a todos. La adquisición realizada por el tercero era inatacable. Estos drásticos efectos se justificaron por el logro de una finalidad: la seguridad del tráfico jurídico.

Al lado de este eje medular del sistema tuvieron que establecerse otros principios que otorgaban preferencias a la inscripción, como fue la prioridad; el enlace de titularidades impuso el principio de tracto sucesivo y la

presunción de integridad y veracidad de los asientos llevó consigo la necesidad de una especialidad. Al no tratarse de un Registro de titularidades, sino de derechos reales, se adoptó como forma de llevar el mismo la finca, en cuyos folios se reflejaría todo su historial jurídico. Pero con todo, la grandeza del sistema residía en la facultad calificadora que a los Registradores se les concedía, pues sin ella el Registro podía correr el gran riesgo de publicar actos y derechos carentes de validez, con nulidad relativa o absoluta. Todo el entramado jurídico del sistema se vendría abajo si la publicidad registral tenía sus bases en actos y contratos que en la realidad eran nulos. Creo que fue NÚÑEZ LAGOS el que dijo que los actos se inscriben porque son válidos, no son válidos porque se inscriben.

C) VENTAJAS E INCONVENIENTES DE TODO ELLO

La fuerza publicitaria y los drásticos efectos que a la misma se le conceden dentro del sistema tiene la doble vertiente de sus ventajas y sus inconvenientes, sobre todo en un sistema en el que la inscripción al no ser constitutiva se mantiene a ultranza frente al posible y verdadero derecho.

El problema surge cuando la manifestación registral no coincide con la realidad jurídica. Esa situación conflictiva debe ser resuelta en uno u otro sentido, dando solución a la colisión de derechos y haciendo prevalecer o la realidad registral o la realidad jurídica. El legislador pudo optar por conceder preferencia a la realidad jurídica, pero con ello hacía inútil la edificación de todo un sistema. Cuando realidad y Registro coinciden el Registro no hace más que confirmar una realidad. El problema está cuando hay discrepancias. El legislador optó por otros sistemas y en vez de hacer prevalecer la realidad, dio preferencia al Registro. Y EMREMBERG lo justifica: la seguridad del tráfico jurídico. Puede haber un despojo, pero ese es el gran riesgo que en otros sistemas se suple con una especie de compensación económica.

A esa explicación del principio de seguridad no se le pueden exigir otras medidas complementarias, sobre todo en un momento en que la prisa, la urgencia y la rapidez son vitales. El principio de seguridad del tráfico jurídico —que lleva consigo la eliminación de obstáculos en la titularidad del adquirente de buena fe, oneroso que inscribe y que adquiere confiado en el contenido registral— no puede estar mediatizado, subordinado a plazos de otorgamiento de escrituras, cierres registrales u otras medidas similares, pues lo que el mismo protege son derechos nacidos, existentes y que exigen protección, frente a derechos que aún no existen y que necesitan un compás de tiempo para nacer. Visión ésta que puso de

manifiesto M. CRESPO en el II Congreso Internacional de Derecho Registral.

D) LA BASE FUNDAMENTAL DE LA SEGURIDAD: LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

La esencia de la función calificadora que la Ley concede al Registrador ofrece tres facetas: 1) la observancia del principio de legalidad o, dicho de otra forma, la exigencia de que el acto que debe inscribirse reúna todos los requisitos legales; 2) el establecimiento de las consecuencias jurídicas en orden a su posible acceso al Registro, y 3) la construcción jurídica del asiento a practicar, reflejando en él solamente lo que tenga trascendencia real. Estos tres aspectos de la actividad registral son básicos y decisivos para que pueda entrar en juego una publicidad creíble que provoque el gran efecto de dar preferencia sustantiva a los pronunciamientos registrales frente a la realidad.

En esa labor, que HERNÁNDEZ GIL (41) denomina “proceso discursivo”, existen tres fases sucesivas: interpretación, calificación y establecimiento de consecuencias jurídicas, aunque a ellas, en el campo de la Abogacía les precede la actuación de la investigación de los “hechos”. Al Registrador los hechos se los ofrecen los documentos judiciales, administrativos y los notariales. El ya actúa sobre hechos consumados, que carecen de la eficacia que les concede la inscripción. La actividad notarial discurre en el ámbito de la creación de actos y contratos que llevan consigo la garantía que les concede el haber sido intervenidos por funcionarios públicos, pero que se circunscriben al ámbito de la prueba. Para su eficacia frente a terceros es necesaria la inscripción y para que ésta puede verificarse se exige la calificación registral.

Lo que sucede es que mientras la calificación registral es muy amplia en la documentación notarial, se estrecha y concreta en los actos judiciales y administrativos, lo cual, cuando de estos últimos se trata, puede provocar —por su presunción de validez— una inscripción de actos nulos o anulables, lo cual es un gran riesgo para el principio de seguridad jurídica. Antes apuntemos estos inconvenientes.

Han quedado marginados —y por eso casi ni conviene aflorarlos— los ataques que parte de la doctrina hizo a la intervención de dos funcionarios, pues al Estado lo que le interesa o debe interesarle es que se haga realidad la seguridad jurídica y cuantas más garantías ponga para ello mejores resultados obtendrá. Aparte de que —aun y a pesar de la opinión de

(41) HERNÁNDEZ GIL, A.. *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid.

J. COSTA— reuniéndose en un solo funcionario las dos categorías de fedatario y calificador, dada la idiosincrasia española ocurriría siempre lo mismo que en el recurso de reposición, donde se hace casi imposible el “derecho al arrepentimiento”. La independencia que se atribuye a los Jueces es también la misma de la que gozan los Registradores. Solamente de esa forma puede lograrse una objetividad y lograr la seguridad jurídica, finalidad primordial del sistema hipotecario español.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

Registrador de la Propiedad

RESUMEN

El trabajo se estructura en tres partes diferenciadas, pero con la inevitable conexión del tema sustancial de la seguridad jurídica.

I. En la primera parte se estudia el concepto genérico de la seguridad jurídica, configurándola como un *principio* y rechazando la tesis de que es un valor. Se estructuran las diferentes clases de seguridad jurídica y se precisan las diferencias entre esta figura y otras, singularmente la de la inseguridad y de la falsa seguridad.

Igualmente se enumeran y estudian las diversas causas o motivos que pueden dar lugar a la inseguridad jurídica y que residen en el ataque a los principales principios del sistema, las alteraciones legislativas con efectos retroactivos, los cambios estructurales de la vida social, el alejamiento del conjunto del ordenamiento jurídico, las deficiencias en la elaboración de las leyes y la falta de respeto a los derechos adquiridos.

II. Para el logro de la seguridad jurídica se sientan como premisas fundamentales —sin perjuicio de que existan otras— el respeto a las instituciones, la proyección de la seguridad jurídica en todos los campos del Derecho, la valoración de la Justicia y los criterios de igualdad y libertad.

III. Esta tercera parte se circunscribe a la precisión de aquellos casos en los que solamente existe una falsa seguridad y a la precisión de una de las vertientes de la seguridad jurídica: la del tráfico inmobiliario. El estudio se hace sobre la base del sistema registral español y sobre los dos grandes ejes del mismo: la publicidad y la calificación registral.

Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español *

SUMARIO: I. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES COMO EXPRESION DE LA CONCENTRACION EMPRESARIAL: SUS ELEMENTOS.—II. LA REGULACION JURIDICA DE LOS GRUPOS: 1. FINALIDADES DE LA REGULACION JURIDICA DE LOS GRUPOS. SU RÉGIMEN JURÍDICO. 2. LOS MODELOS DE REGULACION LEGAL DE LOS GRUPOS. 3. EVOLUCIÓN RECIENTE DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS GRUPOS: a) *Integración en los grupos de otras formas jurídico-sociales distintas de la anónima;* b) *Preocupación creciente por las cuestiones relativas a la formación y organización del grupo;* c) *Protagonismo relevante de la jurisprudencia en la conformación del moderno derecho de grupos.*—III. LA SITUACIÓN DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. EN EL DERECHO COMÚN DE SOCIEDADES. 2. LA REGULACIÓN DE LOS GRUPOS FUERA DEL DERECHO COMÚN DE SOCIEDADES. 3. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN LA JURISPRUDENCIA, EN PARTICULAR EL PROBLEMA DE LAS SOCIEDADES TOTAL O PARCIALMENTE DOMINADAS.

ABREVIATURAS EMPLEADAS

CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio.
Die AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift).
DJ	Documentación Jurídica
DL	Documentación Laboral.
JD	Jueces para la Democracia (revista)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
RCASV	Revista del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

* Texto de la conferencia pronunciada el día 13 de junio de 1989 en el Instituto de Derecho Privado Comunitario (Madrid).

I. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES COMO EXPRESION DE LA CONCENTRACION EMPRESARIAL. SUS ELEMENTOS

En los últimos tiempos, cabe percibir un aumento destacado de los procesos de *concentración empresarial*. Este fenómeno, que acompaña con oscilaciones a la evolución del sistema de economía de mercado, se expresa a través de diferentes formas de organización, entre las que los grupos de sociedades aparecen como una de las preferidas por los operadores económicos. Frente a la técnica tradicional de la *fusión*, que trae consigo inevitablemente la extinción de las sociedades que se fusionan como personas jurídicas independientes, el *grupo de sociedades* se caracteriza por lograr la concentración empresarial sin perjuicio del mantenimiento de la autonomía jurídica de las sociedades integradas en él. Puede hablarse así de una forma de concentración en la "pluralidad", que da lugar al surgimiento de una *nueva empresa* articulada mediante la agrupación de varias sociedades mercantiles.

Desde una perspectiva económica, en todo grupo pueden identificarse dos elementos esenciales: el *control*, directo o indirecto, de una sociedad sobre otra u otras, y la *dirección económica unificada* que ejerce la sociedad dominante sobre todas las sociedades dominadas.

Las técnicas adecuadas para lograr esa posición de control en la estructura interna de la sociedad son, ciertamente, múltiples: desde la adquisición sucesiva de títulos en el mercado, si se trata de sociedades cotizadas en Bolsa, a la suscripción de un aumento de capital, etc. Desde hace algún tiempo existe en el Derecho español la posibilidad de adquirir en un solo acto el control de una sociedad mediante la técnica de la oferta pública de adquisición de acciones (OPA), regulada en el Decreto de 25 de enero de 1984. Los principios inspiradores de tal texto reglamentario son dos: el de igualdad de trato entre todos los accionistas de la sociedad afectada por la OPA, y el de amplia información, en beneficio no sólo de los mencionados accionistas, sino del mercado de valores en general. No se dispone en el Derecho español de normas sobre la llamada cesión de control —regulada en otros ordenamientos— que permite dominar a la sociedad como consecuencia de la transmisión de los títulos del socio o socios de control (1).

(1) Sobre la OPA, en general, ZURITA, J.: *La oferta pública de adquisición de acciones (OPA)*, Madrid, 1980. Tiene interés el volumen *La OPA del Banco de Bilbao. Documentos y dictámenes jurídicos*, Madrid, 1987. Vid., asimismo, mi trabajo *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, 1987, págs. 37-69. En lo que se refiere, específicamente, al régimen legal de las OPA cabe esperar alguna modificación importante como consecuencia de la promulgación reciente de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. En el artículo 60 de esta Ley se contienen ciertos principios de regulación de las OPA que deberán ser desarrolladas por vía reglamentaria.

Junto a la dominación o control de una sociedad sobre otra u otras, con la que aquélla penetra dentro de la estructura organizativa de la persona jurídica, hay otro elemento, más bien de carácter empresarial, que define a los grupos de sociedades. Se trata, como ya se ha advertido, de la dirección económica unificada que ejerce sobre todas las sociedades del grupo la sociedad dominante. Este elemento caracteriza típicamente a los grupos y permite distinguirlos de otras uniones de sociedades. Y ello es así porque si la sociedad que ha adquirido el control se limitara únicamente a ejercer las prerrogativas derivadas de su participación mayoritaria en el capital nos encontraríamos todavía en el marco clásico del Derecho de sociedades. A lo más, convendría reforzar algunas técnicas de este último para evitar la alteración de los presupuestos de funcionamiento de la sociedad mercantil con arreglo al Derecho vigente.

Frente a la posesión del mero control societario, que no permite hablar de una integración empresarial de la sociedad dominante con la dependiente, el ejercicio de la dirección económica unificada revela el propósito de constituir una nueva unidad empresarial por debajo de la diversidad de las formas jurídicas. Aunque no ha nacido un nuevo sujeto de Derecho, ya que el grupo no tiene personalidad jurídica, sí ha surgido una entidad económica nueva, con su propio *interés* —interés del grupo— que no tiene por qué coincidir necesariamente con el interés social particular de las sociedades integradas en él. Ello obliga a replantear la vigencia de las normas del Derecho de sociedades, que se inspiran en la necesidad de defender y promover el interés social de la sociedad, en su aplicación al supuesto del grupo. En su seno cabe pensar razonablemente en la subordinación funcional del interés social particular de las sociedades integradas en el grupo al interés de este último como unidad (2).

La dirección económica única, o dirección unitaria, es, esencialmente, un *proceso de naturaleza empresarial* que tiene como presupuesto la pérdida de la independencia económica de las sociedades que forman parte del grupo. Ello significa que una serie de competencias necesarias para decidir sobre los sectores o ámbitos integrantes de la actividad de la empresa —expresión de su independencia económica— han sido transferidos a la sociedad dominante del grupo. Conviene determinar entonces el *contenido mínimo* de competencias empresariales cuya transferencia permite establecer el concepto de dirección unitaria. Suele haber acuerdo en entender que la competencia en materia de *financiación* y de *personal* en manos de la sociedad dominante integra el contenido mínimo de la dirección unitaria. Y ello sin perjuicio de que la sociedad dominante

(2) Cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: "Los problemas generales planteados por los grupos, con especial referencia al Derecho mercantil", en *Grupos de sociedades. Su adaptación a las normas de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1987, págs. 20-21.

pueda asumir competencia en otras áreas de la actividad empresarial, como ventas, comercialización, producción, etc. En este último caso nos encontraremos en presencia de un *grupo centralizado*, en el que la autonomía jurídica de las sociedades dependientes no pasa de ser un esquema formal, sin contenido económico alguno. Si, en cambio, la dirección unitaria se limita a las materias de financiación y personal estaremos ante un *grupo descentralizado*, en el que cabe imaginar una cierta esfera de comportamiento empresarial autónomo por parte de las sociedades dependientes. Hoy por hoy, la distinción entre grupos centralizados y descentralizados no tiene consecuencias jurídicas específicas en los países que posean normas en materia de grupos, circunstancia que, tal vez, debiera ser reconsiderada (3).

II. LA REGULACION JURIDICA DE LOS GRUPOS

1. FINALIDADES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS GRUPOS SU RÉGIMEN JURÍDICO

La intensidad de los problemas planteados por los grupos, así como su significativa presencia en la estructura económica de nuestro tiempo aconsejan claramente su regulación por el Derecho, atendiendo los diferentes sectores del ordenamiento que son afectados por su actuación.

Históricamente, ha sido el *Derecho tributario* el sector del ordenamiento jurídico que primero ha dictado normas sobre el tema que nos ocupa. La finalidad de estos preceptos es, esencialmente, recaudatoria y, al mismo tiempo, de favorecimiento de la formación de los grupos. A través de la fijación de una *base imponible única*, mediante la técnica de la consolidación contable, se convierte al grupo en cuanto tal en sujeto pasivo de la imposición. Se evitan, así, problemas derivados de la doble tributación de los beneficios en el seno del grupo. Entre nosotros, hay que atender en este plano a la Ley de 26 de mayo de 1982, sobre agrupaciones y uniones temporales de empresas y sociedades de desarrollo regional, en cuya disposición adicional tercera se establece el concepto de grupo a efectos de la *tributación del beneficio consolidado*. Esta disposición se remite, en el desarrollo del procedimiento de imposición de los grupos, a otros textos legales (Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 y Decreto de 17 de junio de 1977) (4). Otras referencias jurídicas al grupo se encuentran, además, en sectores del ordenamiento con el *Derecho del Trabajo*, si bien, al menos, por lo que se refiere al Derecho español, el

(3) EMBID IRUJO, J. M.: *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, cit., págs. 157-158; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.. "Los problemas generales", cit., págs. 42-44.

(4) Al respecto, CALVO ORTEGA, R. "Aspectos tributarios de las operaciones vinculadas y de los grupos de sociedades", en *Grupos de sociedades. Su adaptación a las normas*, cit., págs. 99 y sigs.

tratamiento jurídico-laboral del grupo es más consecuencia de la *doctrina de los tribunales* que de la intervención del legislador (5).

Al margen del Derecho tributario o del Derecho del Trabajo, son muy escasas las referencias legislativas en torno a los grupos. Ello es especialmente cierto en el sector del Derecho de sociedades, que constituye, teóricamente, la sede “natural” de tipificación de los grupos, a la vista de la repercusión que su formación y funcionamiento producen en la aplicación de las normas de aquél.

Es el *Derecho alemán*, mediante la Ley de sociedades por acciones de 6 de septiembre de 1965, el primero que establece una regulación orgánica de los grupos, cuyas normas han constituido durante muchos años —y siguen constituyendo, en buena medida— el centro de atención de los estudiosos de la materia. Este texto legal, además, ha sido la fuente inspiradora de los restantes ordenamientos que han intentado, consiguiéndolo o no, regular los grupos desde la perspectiva societaria. Entre los que sí han triunfado en este propósito hay que referirse al *Derecho brasileño*, con su Ley de sociedades anónimas de 15 de diciembre de 1976, y, finalmente, al *Derecho portugués*, mediante el reciente Código de sociedades mercantiles, aprobado por Decreto-ley de 2 de septiembre de 1986 (6).

Al margen de los países que disponen de normas vigentes sobre la materia, debemos prestar atención especialmente al proceso de *regulación de los grupos* que se está llevando a cabo en la *Comunidad Económica Europea*. Tal proceso ha tenido éxito en lo que se refiere estrictamente a los aspectos contables, gracias a la aprobación de la Directiva 83/349/CEE, de 13 de junio, que regula el proceso de consolidación contable. En lo que afecta a los temas “sustantivos” de los grupos, se encuentra en tramitación la futura novena Directiva, habiéndose divulgado varias versiones del proyecto. La última de ellas lleva la nomenclatura III/1639/84 (7).

Desde el punto de vista del *Derecho de sociedades*, en particular, el criterio de política jurídica sobre los grupos se centra en el *conflicto entre interés del grupo e interés de la o las sociedades dominadas*. La resolución de este conflicto en beneficio, presumiblemente, del interés del grupo puede acarrear perjuicios para todos aquellos cuya posición jurídica se

(5) CAMPS RUIZ, L.: *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*. Madrid, 1986; VÁZQUEZ MATEO, F.: “Jurisprudencia sobre los grupos de empresas”. *DL*, 23, 1987, págs. 227 y sigs.

(6) Al respecto, PIRAS, A.: “I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano”, en PAVONE LA ROSA, A. (a cura di) *I gruppi di società. Ricerche per un studio critico*. Bologna, 1982, págs. 254 y sigs.

(7) EMBID IRUJO, J. M. “Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (El proyecto de novena Directiva)”, *CDC*, 5, 1989, págs. 359-417.

conecta a la defensa del interés social de la sociedad dependiente; esto es, los socios minoritarios, los acreedores y los trabajadores de la misma.

Cabría imaginar dos actitudes extremas a la hora de resolver el conflicto expuesto anteriormente: negar la legitimidad de la estructura del grupo, como consecuencia de los posibles perjuicios producidos a los socios, acreedores y trabajadores, o, al contrario, afirmar la necesidad del grupo, como estructura empresarial resultante de los procesos de concentración económica existentes en el mercado.

Los ordenamientos jurídicos que contienen normas, de tipo societario, sobre los grupos establecen un tratamiento de los mismos que pudiéramos denominar *mixto*: se reconoce, como punto de partida, la *legitimidad de la estructura del grupo* y, consiguientemente, la defensa y promoción del interés del mismo. Pero, en contrapartida, se arbitran *medidas de protección* para los socios minoritarios, acreedores y trabajadores de las sociedades dependientes, en cuanto puedan ser perjudicados por la primacía del interés del grupo. Finalmente, y para mejorar la información económica sobre el grupo, se impone la formulación de *estados financieros relativos al grupo* en su conjunto, sin perjuicio de la necesidad de mantener las cuentas individuales de todas las sociedades integradas en él (8).

Se parte, por lo tanto, de un *criterio de transacción* que reconoce el papel relevante de los grupos en la estructura empresarial de nuestro tiempo, pero que, a la vez, impone una serie de “cargas” a cambio de la supremacía del interés del grupo. Admitir incondicionadamente la legitimidad de la estructura del grupo conduciría a postergar otros intereses dignos de protección y a “abaratarse”, sin fundamento alguno, los procesos de concentración empresarial.

No sería acertado, como a veces se ha hecho entre nosotros, partir de una actitud excesivamente recelosa hacia la formación de grupos, presumiendo en ella una intención de elusión de responsabilidades o incluso fraudulenta. Conviene destacar, a este respecto, la Sentencia de 27 de marzo de 1987, de la Magistratura de Trabajo número 5 de Vizcaya, en la que se distinguen “aquellos grupos que surgen ‘como consecuencia y exigencia de las modernas estructuras de la sociedad, extensión de mercados territoriales, avances tecnológicos, imperativos de productividad y eliminación de competencias’ (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 15 de abril de 1986), es decir, producto del desarrollo económico, de

(8) En torno al régimen jurídico-material de los grupos, vid. mi trabajo *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, cit., pág. 28. Sobre la consolidación contable, FONT RIBAS, A.: “La consolidación de las cuentas”, en ROJO, A. (director): *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1987, págs. 293 y sigs.; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: “Las condiciones de la consolidación de las cuentas anuales”, en AA.VV., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, págs. 737 y sigs.

aquellos otros grupos de sociedades en los que la finalidad no es otra que la de evitar hacer frente a las responsabilidades propias de una gestión empresarial en una única sociedad, y para ello unas sociedades ostentan el patrimonio o los principales activos, sin apenas cargas y otras, en cambio, son las que detentan los gravámenes de la gestión, pues, en estos casos, estaríamos ante supuestos evidentemente fraudulentos, que tienen su adecuada sanción por vía de lo dispuesto en los artículos 6-4.º y 7-2.º del Código Civil, con la consiguiente responsabilidad solidaria de todas ellas.”

A grandes rasgos, las medidas de protección en favor de los socios minoritarios, acreedores y trabajadores, recogidas en los ordenamientos que regulan los grupos de sociedades, pueden sintetizarse como sigue. En favor de los primeros —también llamados *socios externos*— se establece la opción de permanecer en la sociedad dependiente, una vez formado el grupo, percibiendo por ello una compensación anual en metálico, o de separarse de ella, recibiendo como *indemnización* una determinada suma en metálico o en títulos (acciones, obligaciones simples o convertibles, preferentemente emitidas por la sociedad dominante). Con respecto a los *acreedores*, los sistemas de protección oscilan entre la asunción por la sociedad dominante de las pérdidas del ejercicio de la sociedad dependiente —como en el Derecho alemán—, la responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante por las deudas de la dependiente —como en el proyecto de Directiva comunitaria— o, finalmente, un sistema mixto que incluye las dos modalidades reseñadas —como en el Código de sociedades portugués—. Finalmente, en favor de los *trabajadores* se pretende el mantenimiento del contrato de trabajo y de las ventajas adquiridas en el marco de éste y/o de los convenios colectivos, así como la representación laboral en un comité de empresa del grupo creado al efecto (9).

2. LOS MODELOS DE REGULACIÓN LEGAL DE LOS GRUPOS

No hay diferencias fundamentales entre los ordenamientos jurídicos que regulan los grupos a la hora de fijar las medidas de protección de socios o acreedores o de establecer las condiciones de consolidación de las cuentas. La única diferencia importante reside en la forma de delimitar el *supuesto de hecho* del grupo, a efectos de la aplicación del régimen jurídico-determinado. En este punto se contraponen dos sistemas o modelos de regulación: el llamado modelo *orgánico* y el *contractual*. Para el primero

(9) EMBID IRUJO, J. M. “Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica”, *RCASV*, 9, 1983, págs. 19-20.

de ellos, la aplicación del régimen del grupo se conecta meramente a la constatación de la existencia del *grupo en sentido económico*, esto es, a la concurrencia del control societario junto con el ejercicio de la dirección económica única. Para el modelo contractual, en cambio, la aplicación del régimen jurídico del grupo viene condicionada no por la existencia sola del grupo, en sentido económico, sino por la conclusión entre las sociedades de un negocio jurídico, que en las fuentes legislativas recibe el nombre de *contrato de dominación*. Este especial negocio jurídico —de naturaleza organizativa— permite establecer las bases de funcionamiento de la agrupación empresarial formada y, a pesar de su denominación de “contrato” nada tiene que ver con los típicos contratos de cambio.

El modelo orgánico no ha encontrado hasta la fecha aplicación, siendo recogido en proyectos legislativos hoy desechados, como, por ejemplo, el del reglamento de *sociedad anónima europea*, de 1975, cuyas normas sobre grupos encontraban aplicación sólo en aquellos casos en los que formase parte del grupo, como sociedad dominante o dependiente, una anónima europea. Tal modelo de regulación ha sido objeto de críticas sobre la base del “automatismo” de aplicación del régimen fijado, que, según sus detractores, encorseta en exceso la libertad de la actividad económica, a pesar de la indiscutible conexión que establece entre la realidad económica del grupo y su disciplina jurídica.

Por su parte, el modelo contractual ha sido recogido en el ordenamiento alemán y, a imitación de éste, en las leyes brasileña y portuguesa antes citadas. Si bien puede decirse, en teoría, que es más respetuoso con la voluntad de los operadores económicos, al facilitar la constitución “autónoma” del grupo, la aplicación práctica de las normas alemanas y, en medida menos indicativa, de las brasileñas, ha demostrado la escasa utilización de los mecanismos previstos en las normas y, consiguientemente, el alejamiento de los grupos económicos de las vías que, para su constitución regular y para la tutela de los intereses afectados por la misma, había previsto el legislador (10).

Hay, pues, en la actualidad una situación de cierta perplejidad en torno al problema crucial de la delimitación del supuesto de hecho (normativo) del grupo. No queda claro el camino que debe recorrer el legislador al respecto, si bien en las últimas versiones del proyecto de Directiva comunitaria —texto decisivo para los países miembros de la CEE— parece acentuarse la *importancia del modelo contractual*, complementado, eso sí, con normas destinadas a prever el tratamiento de los grupos “fácticos”, esto es, los constituidos al margen del mecanismo contractual establecido.

(10) Al respecto, DUQUE DOMÍNGUEZ, J.. “Los problemas generales”, cit., págs. 47 y sigs

Hay que advertir, no obstante, que la delimitación del grupo efectuada por la Directiva con arreglo al modelo contractual, no expresa en su totalidad el contenido del texto comunitario al respecto. El artículo 38 del proyecto (III/1639/84) establece expresamente que “sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 13 a 37 bis, los Estados miembros pueden introducir en sus legislaciones otras disposiciones relativas a la constitución del grupo, siempre que se concedan garantías idénticas a las contenidas en los artículos 14 a 32”. De acuerdo con ello, por lo tanto, los Estados miembros están obligados —caso de que la Directiva se apruebe en su versión actual— a introducir en sus ordenamientos respectivos las normas basadas en el modelo contractual contenidas en la Directiva. Pero pueden, también, regular el grupo de sociedades desde otra perspectiva (el modelo orgánico, por ejemplo), con tal de que se establezcan garantías equiparables a las que propone el texto comunitario. Tal circunstancia, aparentemente irrelevante, podría producir consecuencias insospechadas en la aplicación de las normas e incluso alterar los presupuestos armonizadores que pretende el proyecto de Directiva. En efecto, si se tiene en cuenta que la aplicación de las normas basadas en el modelo orgánico se conecta exclusivamente a la constatación de la existencia del grupo, en sentido económico, las normas basadas en el modelo contractual (que impone expresamente la Directiva) no recibirían aplicación prácticamente nunca si el Estado hiciera uso de la facultad que le concede el artículo 38 e introdujera en su ordenamiento la regulación del grupo basada en el modelo orgánico. Y ello es lógico: no hace falta esperar a la conclusión del contrato de dominación para la aplicación del régimen, por cuanto antes de la misma existe ya grupo (en sentido jurídico) desde la perspectiva del modelo orgánico.

Los argumentos anteriormente expuestos —un tanto enrevesados, si se quiere— ponen de manifiesto un error, a nuestro juicio, de concepción general por parte del legislador comunitario en un punto tan esencial como el que se comenta. No es en absoluto irrelevante que el *supuesto de hecho normativo* del grupo coincida con el *supuesto de hecho económico* del mismo (como sucede en el modelo orgánico), o al contrario (como sucede en el modelo contractual), pues de ello se deriva, respectivamente, el carácter automático u optativo de la aplicación del régimen jurídico del grupo. Como es obvio, la resolución de este dilema es de extrema trascendencia para los operadores económicos, tanto comunitarios como extracomunitarios, y de su resolución dependerá el éxito o el fracaso de la aplicación de la normativa sobre grupos (11).

3. EVOLUCIÓN RECIENTE DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS GRUPOS

Las reflexiones anteriores expresan el estado que pudiéramos llamar *clásico* dentro de la regulación jurídica de los grupos en el terreno del

(11) Cfr. mi trabajo “Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea”, cit., págs. 371-373

Derecho de sociedades. No obstante, este marco conceptual resulta en la actualidad insuficiente para acoger los múltiples problemas que la evolución más reciente de los grupos plantea al ordenamiento jurídico. Todos estos problemas se contemplan desde un hecho de experiencia importante, cual es el del fracaso de la aplicación práctica de las normas alemanas sobre la materia, las cuales, como es bien sabido, constituyen el punto de referencia obligado de todo estudio en torno a los grupos. Los problemas a los que nos venimos refiriendo pueden concretarse en los tres siguientes:

a) *Integración en los grupos de otras formas jurídico-societarias distintas de la anónima*

Si bien la mayor parte de las normas legales y una buena dosis de la reflexión doctrinal habían tomado a la sociedad anónima como la forma "natural" de las sociedades integradas en el grupo, los últimos años han puesto de relieve la frecuencia con que se pueden identificar grupos compuestos por *sociedades de responsabilidad limitada*, y, en medida ciertamente menor, por *sociedades personalistas*. Ante la inexistencia de normas legales, el régimen jurídico de tales grupos tiene que componerse, o bien por analogía del establecido para los grupos integrados por sociedades anónimas, o bien, en los casos en los que no proceda tal analogía, por adaptación de ciertos principios propios del tipo específico a la nueva realidad que supone el grupo.

b) *Preocupación creciente por las cuestiones relativas a la formación y organización del grupo*

Como se ha puesto de relieve en numerosas ocasiones, el Derecho alemán de grupos se limitó a regular exclusivamente las cuestiones planteadas una vez que el grupo se hubiera constituido. Este *planteamiento estático* desconocía el relieve de las fases anteriores al grupo que constituían parte del proceso tendente a su formación. Modernamente, sin embargo, se ha acentuado la conveniencia de atender al momento de la *obtención del control*, como "punto arquimédico" de la formación del grupo (12). De la regulación de las técnicas y procesos que lo hacen posible

(12) La expresión corresponde a WIEDEMANN H. ("Das Abfindungsrecht ein gesellschaftsrechtlicher Interessenausgleich", *ZGR*, 7, 1978, pág. 487), quien enfáticamente advierte que una vez adquirido el control "imperla (en la sociedad dependiente) la paz del cementerio".

se espera conseguir no sólo facilidades para la concentración empresarial, sino también la tutela de los múltiples intereses afectados.

Algunos rastros de esta tendencia pueden percibirse en el ámbito del Derecho comunitario. En este sentido, la Directiva 88/627/CEE, de 12 de diciembre de 1988, sobre las informaciones que se deben publicar con motivo de la adquisición y enajenación de participaciones significativas en sociedades que cotizan en Bolsa, constituye un ejemplo de lo que venimos diciendo. En la misma línea se encuentra el proyecto de Directiva sobre ofertas públicas de adquisición de acciones (OPA), publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades* de 14 de marzo de 1989.

c) *Protagonismo relevante de la jurisprudencia en la conformación del moderno Derecho de grupos*

La ausencia de normas legales en relación a los nuevos problemas esbozados en materia de grupos ha dado lugar, básicamente, a la intervención decisiva de los tribunales, configurando progresivamente un nuevo Derecho de grupos. El fenómeno es especialmente perceptible en Alemania, país en el que se está produciendo una interesante polémica no sólo sobre el contenido específico de los fallos dictados, sino también en relación a las características y posibles límites de esta creación judicial del Derecho (*richterliche Rechtsfortbildung*). No obstante, la calidad técnico-jurídica de muchas de las sentencias y la congruencia de las soluciones establecidas con los supuestos de hecho enjuiciados, parece conveniente no renunciar en el Derecho de grupos a la *seguridad jurídica* derivada de la regulación legislativa, en favor de la hipotética *justicia material* conseguida con el protagonismo jurisprudencial aludido (13).

III. LA SITUACION DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DERECHO ESPAÑOL

I. EN EL DERECHO COMÚN DE SOCIEDADES

Tradicionalmente, el Derecho español de sociedades ha ignorado las repercusiones jurídicas de la constitución y del funcionamiento de los grupos. Por regla general, las normas básicas de este sector del ordena-

(13) Sobre los problemas de la evolución del derecho de grupos, cfr. EMMERICH, V.; SONNENSCHN, J.: *Konzernrecht. Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH und Personengesellschaften*, 3.ª ed., Munchen, 1989, *passim*

miento —singularmente, la Ley de Sociedades Anónimas— se han conectado al supuesto de la sociedad-isla, independiente, en teoría, desde el punto de vista económico y desvinculada, en apariencia, de otros fines que no sean la defensa y promoción de su propio *interés social*. Ello no quiere decir que el legislador español haya ignorado por completo la existencia de procesos de agregación societaria ajenos, cuando menos parcialmente, al modelo establecido por la ley. De ello es prueba el originario artículo 149 de la Ley de Sociedades Anónimas, que reconocía expresamente la posibilidad de uniones de sociedades que no traían consigo “alteración de su personalidad jurídica”. Bien es verdad que este reconocimiento se hacía a los solos efectos de excluir la aplicación de las normas sobre fusión de sociedades a tales uniones, sin prever el necesario régimen jurídico al respecto

No todas las formas de uniones de sociedades permanecen al margen de las previsiones del legislador español. En particular, nuestro ordenamiento presta atención al fenómeno de la *cooperación intersocietaria* mediante las *leyes de asociaciones y uniones de empresas y de régimen fiscal de las agrupaciones y uniones temporales de empresas*, de 28 de diciembre de 1963 y de 26 de mayo de 1982, respectivamente. Una y otra ley se preocupan más de los aspectos fiscales de la cuestión que de su ordenación jurídico-societaria. A la hora de caracterizar jurídicamente la naturaleza de los diversos entes creados en las leyes citadas, se ha acudido a la figura del *grupo por coordinación* (14). Este planteamiento, no obstante su buena orientación, origina algunos problemas a la vista de la indefinición del régimen de tal grupo, perceptible tanto en el Derecho alemán, donde son primeramente aludidos, como en los proyectos comunitarios de regulación de los grupos. En este plano de cooperación intersocietaria hay que aludir, últimamente, a la llamada *agrupación europea de interés económico*, cuya regulación legal es, entre nosotros inexcusable una vez entrado en vigor el Reglamento comunitario que la crea. Una vez concluido el reciente proceso electoral, deberá tramitarse ante el Parlamento el correspondiente proyecto de ley que, en principio, no tiene por qué apartarse de las líneas generales del que, en su día, se envió al Congreso de los Diputados y que, con motivo de su disolución, caducó (15).

De las uniones de sociedades se ocupa, en fin, la reciente *Ley General*

(14) En este sentido, SACRISTÁN, M. “El grupo de estructura paritaria: Caracterización y problemas”, *RDM*, 165-166, 1982, pág. 378.

(15) Sobre la agrupación, *vid.* entre nosotros, SACRISTÁN, M.: “La agrupación europea de interés económico (antecedentes y caracterización)”, en AA.VV., *La reforma del Derecho español*, cit., págs. 811 y sigs.; PAU, A.: “La agrupación europea de interés económico: Naturaleza, función y régimen”, *RCDI*, 587, 1988, págs. 1181 y sigs., MASSAGUER, J.: “La agrupación europea de interés económico (AEIE) Notas en torno al Reglamento (CEE) núm. 2137/85”, *Noticias CEE*, 43-44, 1988, págs. 23 y sigs., con abundante bibliografía en todos estos trabajos.

de Cooperativas de 2 de abril de 1987. Sus artículos 148 y 149 regulan, respectivamente, "las cooperativas de segundo y ulterior grado" y "otras formas de colaboración económica". En ellos se establecen algunos criterios sobre las uniones de cooperativas entre sí, y también de estas últimas con sociedades o personas jurídicas no mutualistas. La propia ley deja abiertos, no obstante, numerosos problemas e interrogantes que deberán ser cubiertos a la vista de la importancia práctica de la cuestión.

Una vez reformado el Derecho de sociedades de capital en nuestro país, mediante la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, la situación de los grupos en nuestro ordenamiento no ha sufrido demasiados cambios, si nos limitamos a lo que se podría denominar su régimen "material". Es muy significativa, en cambio, la regulación de la *contabilidad de los grupos de sociedades* que la reforma ha situado en el marco del Código de Comercio (artículos 42-49), siguiendo así el ejemplo del Derecho alemán en la materia (16). Se trata, en todo caso, de un conjunto de normas de adopción obligada como consecuencia de la incorporación a nuestro Derecho, mediante la citada ley, de las Directivas vigentes en la Comunidad en materia de sociedades. Entre ellas se encuentra la Directiva 83/349/CEE, de 13 de junio, que regula, como es bien sabido, la consolidación de las cuentas de las uniones de sociedades y, en particular, de los grupos. No se han incorporado, en cambio, las normas contenidas en las Directivas en proyecto, entre las que se encuentra la relativa al tratamiento de los aspectos propiamente societarios de los grupos. La dificultad técnica de su regulación, así como los complejos intereses allí implicados hacen difícil la pronta conclusión de los trabajos relativos a tal Directiva (17).

Sin perjuicio de la opción general de política jurídica adoptada por el legislador español en materia de grupos, hay que reseñar, no obstante, la existencia de ciertos preceptos en la reforma legislativa que, inducidos por las Directivas comunitarias o independientes de ellas, reflejan aspectos concretos del tratamiento de las uniones de sociedades y de los grupos. Así, hay que referirse, en primer lugar, al relieve otorgado al *control* de una sociedad sobre otra u otras en el marco de la regulación de las *negocios sobre las propias acciones*. Frente al modelo plasmado en la Ley de 1951 (art. 47), que se limitaba a prohibir la adquisición de las acciones

(16) Al respecto, GROSSFELD, B.: "Bilanzrecht für Juristen. Das Bilanzrichtlinien-Gesetz vom 19.12.1985", *NJW*, 39, 1986, págs. 954 y sigs.

(17) Para seguir el curso de la reforma, BELTRÁN, E.: "Hacia un nuevo Derecho de sociedades anónimas. Del anteproyecto de Ley de la Comisión General de Codificación al proyecto del Gobierno", *RDBB*, 30, 1988, págs. 329 y sigs.

propias de la sociedad emisora (18), la reforma legislativa española, siguiendo lo dispuesto en la segunda Directiva, extiende el tratamiento jurídico de los negocios sobre las propias acciones a los referidos a las *acciones de la sociedad dominante* de la sociedad que los concluye. Así puede apreciarse en la adquisición originaria (art. 74), en la derivativa (art. 75), aceptación en garantía (art. 80) y asistencia financiera para la adquisición (art. 81) de acciones de la sociedad dominante (19). El concepto de sociedad dominante se remite por el artículo 87 a lo dispuesto a los efectos de la consolidación contable en el artículo 42.1.º del Código de Comercio (20). Este concepto es operativo, igualmente, en el plano de las *participaciones recíprocas* cuyo régimen general (arts. 82-84) se declara inaplicable a las “establecidas entre una sociedad filial y su sociedad dominante” (art. 85).

En el plano específico del control societario, que no debe identificarse mecánicamente con la situación de grupo, hay que señalar la ausencia de regulación de los instrumentos que hacen posible su obtención en la nueva Ley de Sociedades Anónimas. La cuestión, sin embargo, aparece contemplada en otros sectores de nuestro ordenamiento en relación a sociedades que cotizan en Bolsa. Debe destacarse, a este respecto, el tratamiento que de la oferta pública de adquisición de acciones (OPA) efectúa el Real Decreto de 25 de enero de 1984, así como las normas que

(18) Al respecto, VELASCO SAN PEDRO, L.: *La adquisición por la sociedad emisora de sus propias acciones*, Valladolid, 1985, *passim*.

(19) Sobre las cuestiones planteadas por las normas citadas en el texto, *vid.* PAZ-ARES, C.: “Negocios sobre las propias acciones”, en AA.VV., *La reforma del Derecho español*, cit., págs. 498 y sigs.; ZURITA, J.: “La adquisición por la sociedad de sus propias acciones”, en ROJO, J. (director), *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 123 y sigs. Recientemente, VELASCO SAN PEDRO, J.: “Uniones de empresas y tutela del capital social”, *JD*, 6, 1989, págs. 19-30.

(20) Con arreglo a este precepto, “toda sociedad mercantil estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, en la forma prevista en este Código y en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas cuando, siendo socio de otra sociedad, se encuentre con relación a ésta en alguno de los casos siguientes:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto
- b) Tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto
- d) Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que se deban formular las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo.”

a la misma dedica la reciente Ley del Mercado de Valores (arts. 60-61). El desarrollo de estas últimas, condicionado inevitablemente por las normas comunitarias, traerá consigo la modificación o derogación de aquél.

Del grupo propiamente dicho se habla en otros sectores del nuevo régimen de la sociedad anónima. Así, aparece frecuentemente aludido en los preceptos relativos a la *contabilidad societaria*, y, en concreto, con ocasión del desglose de las diferentes partidas que integran el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias. Todas estas menciones (arts. 176, 177, 180 y 189) se efectúan sin que se precise cuál es el concepto de grupo utilizado, ya sea con carácter general, ya con carácter específico a los efectos exclusivos del régimen contable. La misma omisión se advierte en otro precepto, ajeno esta vez a la contabilidad. Se trata del artículo 105, 2.º, que permite *limitar el número máximo de votos a emitir en la Junta general* por las “sociedades pertenecientes a un mismo grupo”. El artículo, sin precedentes que lo justifiquen en las Directivas comunitarias, parece haberse dictado con el deseo de favorecer la defensa de las sociedades frente a adquisiciones no deseadas de su control. Al margen de la mayor o menor pertinencia de su adopción, ampliando lo dispuesto en el originario artículo 38, 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas (21), no puede considerarse positivo el silencio del legislador a la hora de definir lo que debe entenderse por “grupo” en el precepto que venimos examinando. Como en el caso de las normas contables más arriba reseñadas, esta omisión obligará a los operadores económicos a buscar en el ordenamiento jurídico español el concepto de grupo más adecuado a los fines que ahora nos ocupan. Dada la relatividad de las diferentes nociones de grupo existentes en nuestro Derecho, así como las diferencias, no excesivas, que entre ellas se observan, urge homogeneizar el significado del grupo de sociedades en el ámbito del ordenamiento español a los efectos de conseguir una concepción unitaria y operativa del mismo.

2. LA REGULACIÓN DE LOS GRUPOS FUERA DEL DERECHO COMÚN DE SOCIEDADES

Si prescindimos del sector del Derecho tributario, en cuyo campo es posible observar una cierta tradición en el tratamiento legislativo de los

(21) Son muy escasas las referencias a tal precepto en la doctrina española. *Vid.*, no obstante, GARRIGUES, J., URÍA, R.: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3.ª ed., vol. I. Madrid, 1976. En el marco del Derecho alemán, cuya experiencia parece influir en nuestro país, es oportuno citar el artículo 134, 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas de 6 de septiembre de 1965 (*vid.* mi traducción de la Ley en *DJ* 55, 1987, pág. 684), y el trabajo de IMMENGA, U., “Zur Zulässigkeit einer nachträglichen Stimmrechtsbeschränkung”, *Die AG*, 11, 1976, págs. 293-295.

grupos, debemos concentrar nuestra atención en la reciente Ley 24/ 1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (22), en cuyo artículo 4 se contiene un concepto específico de grupo. El citado precepto indica expresamente lo que sigue:

“A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de los demás.

Se entenderá, en todo caso, que existe control de una entidad dominada por otra dominante cuando concurra algunas de las siguientes circunstancias:

a) Que la entidad dominante disponga de la mayoría de los derechos de voto de la entidad dominada, bien directamente, bien mediante acuerdo con otros socios de esta última.

b) Que la entidad dominante tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la entidad dominada, bien directamente, bien a través de acuerdos con otros socios de esta última.

c) Que al menos la mitad más uno de los consejeros de la entidad dominada sean consejeros o altos directivos de la entidad dominante o de otra entidad por ella dominada.

A efectos de lo previsto en los apartados anteriores, a los derechos de voto, nombramiento o destitución en ellos mencionados, se añadirán los que la entidad dominante posea, a través de las entidades dominadas o a través de otras personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras entidades por ella dominadas.”

La norma transcrita deroga formalmente el artículo 4, 5.º, de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva de 26 de diciembre de 1984, en el que contenía, como es sabido, un concepto de grupo eficaz en el ámbito específico de la citada Ley, y, posteriormente, en el sector de las sociedades de capital-riesgo, reguladas en el Real Decreto-ley de 14 de marzo de 1986 (23). En cambio, no se deroga expresamente el artículo correspondiente de la Ley de Fondo de Pensiones de 8 de junio de 1987, que, siguiendo literalmente lo dispuesto en la legislación de instituciones de inversión colectiva, había establecido su correspondiente concepto de grupo. Las diferencias existentes entre este último y el recogido en la Ley del Mercado de Valores, así como razones de economía y coordinación legislativas, obligan a plantearse el alcance de la cláusula general derogatoria contenida en la citada Ley; es decir, si debe entenderse vigente exclusivamente el concepto de grupo contenido en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, sobre la base del criterio de la *lex posterior*, o

(22) Sobre el tratamiento jurídico del Mercado de Valores, *vid* BERCOVITZ, A.: “El Derecho del mercado de capitales”, *RDBB*, 29, 1988, págs. 67 y sigs.

(23) Cfr. mi trabajo “Aproximación al significado jurídico de las sociedades y fondos de capital-riesgo”, *RDBB*, 22, 1986, págs. 375 y sigs.

si más bien la vigencia de esta última norma excluye la del correspondiente precepto de la legislación sobre fondos de pensiones, admitiendo con ello el argumento de la *lex specialis*.

De la lectura del artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores cabe deducir que la “unidad de decisión”, que identifica específicamente a todo grupo, se realiza meramente con el control de una “entidad” sobre las “decisiones” de otra u otras. Tal reducción del concepto de grupo parece injustificada, al menos desde una perspectiva jurídico-societaria. En este plano, de acuerdo con la experiencia del Derecho comparado en la materia, el *control* de una sociedad sobre otra u otras no justifica la sustitución de los principios del Derecho común de sociedades por otros que permitan el sometimiento del interés social de la dominada con respecto al de la dominante; para ello hace falta, como es bien sabido, la realización de una auténtica *integración* empresarial, posible, sin duda, por la existencia previa de una situación de control, pero en forma alguna identificable con ella.

El grupo no es, en consecuencia, un *momento fronterizo del Derecho común de sociedades*, que encuentra su tratamiento jurídico adecuado en la intensificación de los principios básicos de aquél, sino más bien una *nueva forma de empresa* para cuya regulación legal resultan inadecuados o insuficientes los preceptos del ordenamiento societario vigente.

Sorprende un tanto la utilización del término “entidades”, en el precepto que nos ocupa, a la hora de caracterizar lo que sea el grupo y de fijar cuándo se da una situación de control. Es más, los tres supuestos que dan lugar a esta última parecen casos claros de dominación o control de una sociedad sobre otra u otras. Diríase que el legislador ha pretendido ampliar el campo de aplicación del concepto de grupo mediante la utilización del término “entidad”, más genérico, pero también más vago que el de sociedad, sin que haya podido prescindir de los supuestos de dominación societaria a la hora de caracterizar el control de una “entidad” sobre otra u otras. Por otro lado, la vaguedad del término empleado dificulta considerablemente la aplicación del precepto en cuestión. La propia ley no nos proporciona criterios adecuados para averiguar lo que sea una “entidad”, expresión utilizada a lo largo de la misma para designar a instituciones heterogéneas (ver, por ejemplo, el art. 84).

Por lo demás, la tipificación del grupo en la Ley del Mercado de Valores no trae consigo demasiadas consecuencias a lo largo de su articulado. Fuera de algún precepto (así, el art. 68, 4.º) que alude a él expresamente, a efectos del cómputo de participaciones en el capital de las sociedades y agencias de valores, la ley parece desconocer la virtualidad del reconocimiento legal de la figura del grupo.

Algunas huellas del grupo, entendido en un sentido muy amplio, pueden encontrarse en las referencias a la adquisición de títulos por “persona interpuesta” [arts. 53, 63 y 66, *d*)]; concepto que, en nuestra opinión, debe buscarse en el marco de la reforma de la legislación de sociedades de capital (art. 88 de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989).

Para concluir este apartado, y fuera ya de la legislación del Mercado de Valores, conviene aludir a la utilización de la expresión “grupo de empresas” por la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984. En concreto, la referencia se contiene en el artículo 10, 2.º, que define, en el marco de la defensa de los consumidores, las condiciones generales de los contratos. El “grupo de empresas” figura como uno de los autores posibles de tales condiciones, utilizadas luego en los contratos que el mismo realice (*sic*).

No ofrece la ley elemento alguno que permita delimitar, a los efectos de su aplicación, las características del “grupo de empresas”. Ello ha permitido a algún sector de la doctrina (24) encuadrar bajo tal denominación no sólo los grupos de sociedades, en sentido estricto, sino también “cualquier colectividad de empresas —como las organizaciones y agrupaciones empresariales— de las que, desde un punto de vista jurídico, no quepa predicar el carácter de ‘grupo de empresas’ en su estricto significado técnico-jurídico” (25). Esta interpretación no encuentra base aparente en el texto de la ley; su adopción parece responder, aunque no se diga expresamente, a la finalidad —de política jurídica— de incluir en el ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales, a instituciones tan significativas en su redacción como son las agrupaciones y organizaciones empresariales.

Sin embargo, esta interpretación correctora del significado de la norma viene a subsumir dentro de una terminología unitaria dos realidades del todo heterogéneas; por un lado, el grupo simboliza una nueva forma de empresa, resultado de la dominación de una sociedad sobre otra u otras y, además, del ejercicio por aquélla de una dirección económica única sobre el conjunto de sociedades dominadas; de otro lado, la organización empresarial —como aquí se entiende— expresa meramente el estado de colaboración de varias empresas —generalmente de un mismo

(24) Así, GARCÍA-CRUCES, J. A.: “Contratación bancaria y consumo”, *RDBB*, 30, 1988, pág. 282. Alude meramente a la cuestión LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A. “Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español”, *RGLJ*, 95, 1987, pág. 628. En general, sobre los problemas interpretativos de la Ley, BERCOVITZ, A.; BERCOVITZ, R.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.

(25) GARCÍA-CRUCES, J. A.: “Contratación bancaria”, *cit.*, pág. 282.

sector económico— para la realización de actividades comunes que, por regla general, no pueden ser consideradas como empresariales. Es cierto, indudablemente, que la ley de los consumidores utiliza muchas expresiones sin la debida precisión jurídica, lo que permite, obviamente, el correspondiente ajuste interpretativo doctrinal. En el caso que nos ocupa, sin embargo, la corrección sugerida conduce a colocar en un mismo terreno dos realidades diferentes, que se distinguen no sólo por su peculiar estructura y actividad, sino también por el relieve que en el terreno de la legislación sobre consumo se atribuye al grupo de empresas en sentido estricto: servir como “centro de imputación de la actividad económica y sus resultados” (26), lo que difícilmente puede predicarse de las organizaciones y agrupaciones empresariales.

La ya referida falta de rigor jurídico, perceptible en la Ley de consumidores, se manifiesta, igualmente, en el tema que nos ocupa al afirmar el artículo 10, 2, que las condiciones generales redactadas por el grupo de empresas son utilizadas en “todos los contratos que... éste celebre”. Se interprete como se interprete la expresión “grupo de empresas”, resulta a todas luces erróneo entender que el “grupo” contrate directamente con terceros. Refiriéndonos concretamente al grupo, en sentido estricto, la fase transcrita supondría reconocerle personalidad jurídica propia, lo que es generalmente negado tanto por las normas que lo regulan como por la doctrina que lo estudia.

3. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN LA JURISPRUDENCIA. EN PARTICULAR, EL PROBLEMA DE LAS SOCIEDADES TOTAL O PARCIALMENTE DOMINADAS

Al margen de lo reseñado en el apartado anterior, el relieve más significativo de los grupos entre nosotros no se manifiestan en el terreno legislativo, sino más bien en el jurisprudencial. Esta afirmación, no obstante, debe matizarse y quedar circunscrita al estricto terreno jurídico-laboral en el que, a estas alturas, puede hablarse ya de un auténtico pensamiento jurisprudencial consolidado en torno a los aspectos jurídico-laborales relevantes de los grupos.

No abundan; en cambio, las sentencias que se ocupen de los grupos desde un punto de vista específicamente societario. Y en el caso de que el juzgador constate la presencia de una unión de sociedades subsumible en la categoría “grupo”, tal circunstancia no trae consigo la aplicación de consecuencias jurídicas especiales para el mismo —sobre la base, frecuentemente recordada por la jurisprudencia laboral, del art. 1, 6.º, del Código Civil—, sino, al contrario, la declaración de que estamos en presencia de una laguna de nuestro ordenamiento jurídico.

(26) GARCÍA-CRUCES, J. A.: “Contratación bancaria”, cit., pág. 282, nota 60.

Sobre la base de lo que se acaba de afirmar, nos limitaremos a reseñar algunos de los fallos más destacados en la materia. En la Sentencia de 29 de abril de 1985 (Arz. 1994), el Tribunal Supremo (Sala Primera) se limita a declarar que nuestro Derecho mercantil “no contiene normas que contemplen el fenómeno de que algunas empresas se formen estructuralmente por un número variable de unidades productivas cada una de las cuales, no obstante conservar su personalidad jurídica, queden sometidas a un único poder de decisión, constituyendo un grupo de sociedades al que propiamente corresponde dar una información consolidada que elimine de algún modo el proceso de circulación de valores por el interior de cada empresa para presentar una información de la posición del grupo frente al entorno exterior al mismo grupo y denote quién ejerce el poder de decisión, su estructura y sus finalidades”. Tiene gran interés la doctrina establecida por la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 22 de enero de 1985 (*Rep. La Ley*, 1985, núm. 5499), en la que se indica que “las organizaciones o grupos de sociedades en que la sociedad madre tiene en su mano la actuación interna y externa de las filiales, quedando éstas reducidas a meros instrumentos técnicos al servicio de aquéllas, sin vida verdaderamente propia, aunque bajo la apariencia de una pluralidad de sociedades autónomas en que se esconde un estado de fusión extralegal, constituyen una unidad, por lo que a todas las que forman parte de esta común organización ha de extenderse la obligación de indemnizar por los daños causados por una de ellas, sin que sea obstáculo invencible para esta solución el argumento de que las sociedades tienen personalidad jurídica y son sujetos de derecho independientes, porque tal personalidad está basada en el mero cumplimiento de requisitos de forma (escritura notarial e inscripción en el Registro Mercantil)”. Se trata, no obstante, de una doctrina aislada en el actual panorama jurisprudencial español. Finalmente, como criterio de reconocimiento del grupo, o como instrumento de presunción de su existencia, tiene interés la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 16 de diciembre de 1985 (Arz. 6442), que se ocupa de una de las llamadas *cartas de patrocinio*, es decir, de aquel documento dirigido por la sociedad dominante de un grupo a la entidad financiera que concede crédito a alguna de sus filiales, declarando, o bien el grado de participación en el capital de esta última, o su deseo de mantenerlo, o su compromiso —de naturaleza jurídica discutida— de promover la devolución del crédito concedido a su filial, etc. (27). El Tribunal Supremo conecta la emisión de la carta a la situación del grupo: “Pero tal compromiso, con trascendencia jurídica que encuentra su explicación en los vínculos económicos y normativos existentes entre una sociedad cabeza de grupo y sus afiliados, no pasará de ofrecer repercusiones en un orden estrictamente moral cuando se trate de expresiones declarativas sin otro alcance y como tales limitadas a la afirmación de un hecho o a la manifestación de un parecer, pero sin asumir obligaciones

(27) *Vid.* el comentario de tal sentencia hecho por LÓPEZ URIEL, S., *CCJC*, 1986, págs. 3317 y sigs. Con gran detalle sobre la cuestión, VALENZUELA, F. “La ‘seriedad’ de las llamadas cartas de patrocinio”, *RDM*, 185-186, 1987, págs. 347 y sigs.

sobre apoyo financiero de la sociedad matriz a la filial ni contraer deberes positivos de cooperación a fin de que la compañía subordinada pueda hacer efectivas las prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero.”

Fuera de estas declaraciones jurisprudenciales, nada frecuentes en la práctica, conviene repasar un problema, cual es el de la *sociedad de un solo socio*, no específico pero sí vinculado a la problemática de los grupos, objeto, por lo demás, de frecuente consideración en los últimos años por nuestros tribunales.

Superados, cuando menos en el orden dogmático, los escrúpulos frente a la posibilidad fáctica de sociedades unipersonales —no originarias, pero sí sobrevenidas—, y eliminando, como solución inmediata, el recurso a la disolución de la sociedad unipersonal, nuestros tribunales han enjuiciado las situaciones de unipersonalidad societaria, en numerosos casos, como supuestos de *peligro* para los terceros y acreedores del ente social. Así, se ha procedido a “levantar el velo” de la personalidad jurídica para evitar que el recurso a la “heterogeneidad subjetiva” (personalidad societaria estrictamente separada de la personalidad del socio) pudiera favorecer el abuso del Derecho y el fraude a la ley. Estas cláusulas generales, que expresan la contradicción con la buena fe que debe presidir el desenvolvimiento del tráfico mercantil (art. 57 del Código de Comercio), suelen constituir los fundamentos de las sentencias que llevan a cabo el levantamiento del velo de la personalidad jurídica de la sociedad unipersonal.

La doctrina jurisprudencial referida es objeto de aplicación no sólo a las sociedades —normalmente anónimas— de capital privado, sino también a las públicas. Hay que mencionar, a este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 28 de mayo de 1984 (Arz. 2800), tal vez la primera sentencia importante en la materia, que procedió a “levantar el velo” de la personalidad jurídica de una sociedad anónima municipal, sin que ello condujese a hacer responsable al Ayuntamiento de las deudas de la sociedad (28). Sobre la base de esta sentencia, entre otros criterios, el Tribunal Supremo ha aplicado la técnica del “levantamiento del velo” a otras sociedades anónimas, por lo general, de capital privado. En este sentido, se pueden citar las Sentencias de 27 de noviembre de 1985 (29), 9 de julio de 1987 y 16 de julio de 1987, esta última referida a una sociedad cooperativa (30). En algunas ocasiones el Tribunal Supremo habla de “levantar el velo de la personalidad jurídica” sin contemplar propiamente una situación de unipersonalidad ni imponer la responsabilidad del socio o socios por las deudas sociales. En este sentido, puede

(28) *Vid.* el comentario de PANTALEÓN PRIETO, A., *CCJC*, 1984, págs. 1711 y sigs.

(29) Al respecto, AURIOLAS, A.: “La sociedad anónima unipersonal en la reciente jurisprudencia”, *RDM*, 179-180, 1986, págs. 185 y sigs.

(30) Cfr. el comentario de CAPILLA RONCERO, F., *CCJC*, 1987, págs. 4825-4827

verse la Sentencia de 24 de septiembre de 1987. En una sentencia todavía más reciente, de 25 de enero de 1988, el Tribunal Supremo procedió a levantar el velo de la personalidad jurídica a los efectos de la resolución de un contrato de arrendamiento, sirviéndole de supuesto de hecho la situación de mero control de una sociedad —arrendataria de un local de negocio— por otra. Más recientemente pueden verse las Sentencias de 5 de octubre y 20 de diciembre de 1988.

Los fallos que acabamos de reseñar han recibido, por regla general, una valoración crítica en la doctrina (31). Sin dejar de destacar su valor, como expresión de una jurisprudencia antiformalista, puede ser objeto de crítica la generalización del recurso a una técnica, como la del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica, cuya aplicación se suele considerar *excepcional* en el marco del Derecho comparado. Por otro lado, el recurso permanente a la idea de fraude, perceptible en numerosas sentencias de las reseñadas, oscurece las posibilidades de encontrar la justicia material del caso por otras vías, menos abstractas, contenidas en nuestro ordenamiento (32).

Convendría, por ello, ir hacia una construcción más aquilatada de la mencionada técnica en la línea de lo expresado en los ordenamientos y en la práctica de los tribunales de otros países, en particular Estados Unidos y Alemania. En estos países se ha renunciado a una construcción puramente dogmática y generalista del tema que nos ocupa y se ha procedido a aplicar la técnica del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica en función de *grupos de casos* debidamente contrastados en la práctica (33).

En la práctica de los países mencionados se consideran supuestos de aplicación del “levantamiento del velo” los cuatro siguientes: *confusión de esferas, infracapitalización, dirección externa y abuso de la forma jurídica*. Con la primera mención se alude a aquellas situaciones de interconexión entre el patrimonio social y el de los socios, que se verifican cuando no se observan los principios que defienden la autonomía patrimonial de la sociedad-persona jurídica. La infracapitalización, por su parte, alude a la inadecuación de la cifra de capital al objeto social y a la amplitud del campo operativo del mismo, si bien la determinación de la infracapitalización relevante no será fácil de concretar en ocasiones. La dirección externa alude a la superación de la autonomía societaria como

(31) *Vid.* la bibliografía citada en las notas anteriores y BISBAL, J.: “La sociedad anónima unipersonal”, en ROJO, A. (director), *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 89-90 y 102. *Vid.* últimamente J. BOQUERA: *La concentración de acciones en un solo socio en las sociedades anónimas*, Madrid, 1990.

(32) BISBAL, J.: “La sociedad anónima unipersonal”, cit., pág. 103.

(33) FRANCESCHELLI, V.; LEHMANN, M. “Superamento della personalità giuridica e società collegate: Sviluppo di Diritto continentale”, en AA.VV., *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987, págs. 103 y sigs.

consecuencia del control que sobre la sociedad ejerza otra persona jurídica con intereses empresariales propios. A este respecto, se advierte claramente que el mero control, incluso aunque sea total, no hace surgir automáticamente la responsabilidad de la sociedad dominante por las deudas de la dominada. Finalmente, el abuso de la forma jurídica —el supuesto más antiguo para determinar la procedencia del “levantamiento del velo”— se refiere a la utilización instrumental, objetivamente determinable, de la sociedad-persona jurídica, violándose con ello obligaciones contractuales, produciéndose dolosamente daños a terceros, etc. (34)

Desde el punto de vista de la *política jurídica* en torno a los grupos, la jurisprudencia anteriormente reseñada no deja de resultar preocupante si se considera la incertidumbre de los presupuestos de su aplicación, por un lado, y la generalidad de que viene siendo objeto, por otro. Sería necesario precisar el significado exacto de la técnica del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica, de una parte y, de otra, no entender mecánicamente que toda situación de unipersonalidad —o incluso de participación mayoritaria en el capital, como hace la Sentencia de 25 de enero de 1988— presume o hace presumir un supuesto de fraude que conduzca a la “desestimación” de la “heterogeneidad subjetiva”. Al mismo tiempo habría que determinar cuidadosamente las consecuencias jurídicas vinculadas al “levantamiento del velo”, porque si bien esta técnica se ha solido utilizar en el Derecho comparado para *imputar las deudas de la sociedad al socio único o de control*, en el marco de nuestra jurisprudencia está sirviendo, desde luego, para ello (Sentencias de 27 de noviembre de 1985 y de 9 de julio de 1987), pero también para resolver, como ya se advirtió, el contrato de arrendamiento de una sociedad participada mayoritariamente por otra (Sentencia de 25 de enero de 1988), para impugnar la validez de una transmisión fiduciaria de acciones (Sentencia de 24 de septiembre de 1987), o para entender que la interrupción de la prescripción invocada ante el Ayuntamiento debe considerarse invocada ante la sociedad anónima de la que éste es único accionista (Sentencia de 28 de mayo de 1984).

Esta diversidad de consecuencias jurídicas originadas por la común aplicación de la técnica del “levantamiento del velo” resulta, en nuestra opinión, injustificada y conduce, cuando menos, a vaciar de contenido a la misma, desplazándola de su campo “natural” de aplicación, en el que, como hemos visto, debe aplicarse con particular cautela.

La *fundación unipersonal* de una sociedad anónima por otra sociedad anónima que suscriba todas sus acciones, así como el establecimiento de

(34) FRANCESCHELLI, V.: LEHMANN, M.: “Superamento della personalità”, cit., págs. 104-108. Sobre la situación en Estados Unidos, PARDOLESI, R.: *Veil piercing e Analisi Economico del Diritto: L'esperienza statunitense*, págs. 137 y sigs.

la *responsabilidad del accionista único* por las deudas de su sociedad han sido algunos de los preceptos eliminados de la versión definitiva de la Ley de Sociedades Anónimas. La primera cuestión no había merecido críticas relevantes de la doctrina especializada, que había pedido, además, su extensión al campo de las sociedades de responsabilidad limitada, en línea con lo establecido en países como Alemania o Francia (35). El segundo precepto, sin embargo, había sido objeto de críticas diversas, debidas no sólo a la idea de principios subyacente, sino también a la deficiente configuración técnica de la responsabilidad del accionista único (36).

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Murcia

(35) ALONSO UREBA, A.: "La sociedad unipersonal", en AA.VV., *La reforma del Derecho español*, cit., págs. 244-246.

(36) BISBAL, J.: "La sociedad anónima unipersonal", cit., págs. 93 y sigs.

Consideraciones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva

SUMARIO: 1. IDEAS PRELIMINARES.—2. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL INTRODUCCION.—3. ANALISIS DEL APARTADO I DEL ARTICULO 24 DE LA CE: A) PRESUPUESTOS SUBJETIVOS, OBJETIVOS Y FUNCIONALES DE SU EJERCICIO: a) *Subjetivos*; b) *Objetivos*; c) *Funcionales*: aa) Derecho al Juez natural; ab) Derecho a la defensa y asistencia de Letrado; ac) Derecho a ser informado de la acusación formulada; ad) Derecho a un proceso público; ae) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; af) Derecho a un proceso con todas las garantías; ag) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, ah) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; ai) Derecho a la presunción de inocencia; a') Posición jurisprudencial del TS en cuanto al contenido del Derecho a la presunción de inocencia.—4. POSICION JURISPRUDENCIAL DEL TC SOBRE LA CUESTION QUE ESTAMOS VIENDO.—5. CONCLUSION RECAPITULADORA SOBRE EL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA JUDICIAL

1. IDEAS PRELIMINARES

Todo ser humano, por el mero —pero trascendental— hecho de existir, hállese compelido, con inexorable inherencia, al cumplimiento de un singularísimo e intimista proyecto vital, efectivizable en sociedad. Para que esto suceda en plenitud, por el derecho natural y el positivo —constitucional u ordinario—, se le dota de una gama, más o menos amplia, de derechos de todo tipo, cuyo ejercicio posibilita la íntegra y satisfactoria realización del aludido proyecto. Siendo ello así, obvio resulta que debe evitarse, en la medida de lo posible, cualquier lesión del conjunto de derechos indicados y, a tales efectos, el titular de los mismos goza de las pertinentes facultades de homoprotección de tales derechos, lesos o en peligro de serlo (situación de autotutela), y del derecho a la tutela efectiva judicial, que consiste en la facultad incondicionada de demandar la intervención de un Órgano especializado de la Administración estatal —el judicial— a fin de que intervenga y decida profesionalmente en la hetero-

composición de las situaciones vitales de los ciudadanos, jurídicamente problematizadas.

Evidentemente, existe una correlación antónima entre la amplitud aludida de la autotutela y la de la intervención judicial mencionada, y en la actualidad se detecta una manifiesta tendencia a propugnar la absoluta primacía de esta última. De todos modos, estimo una grosera inexactitud afirmar, sin reservas, el destierro de la primera e incluso podría mantenerse todo lo contrario, es decir, que estamos asistiendo a un proceso incontenido y sumamente denso de palingenesia de la autotutela, como modelo idóneo de desandar un camino tosca y aceleradamente recorrido, consistente en una crasa “judicialización” de la fenomenología social como respuesta —no siempre satisfactoria— a una coexistencia humana en la que predominan rasgos de marcada y creciente conflictividad.

En este sentido, podemos destacar —aparte de la actual potenciación de la figura del arbitraje— la extendida actitud negocial a convertir cualquier clase de incumplimiento en condición resolutoria, con la finalidad de conseguir, en su caso, la desarticulación automática y retroactiva del negocio jurídico celebrado —e infringido—, evitándose con ello la intervención judicial encaminada a la ponderación y medida de la entidad del incumplimiento —absoluto, medio o fútil— y del impulso genético del mismo —fortuito o culposo—.

(Sobre este particular me remito a un trabajo publicado por mí en el número 571 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, titulado “Consideraciones sobre el impago del precio de la compraventa”, tema que retomé en una conferencia pronunciada en el año 1989, en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Texto que ulteriormente quedó incorporado en su integridad al volumen II, del tomo I, de mi libro *Estudios sobre inversiones extranjeras en España*, Librería Bosch, Barcelona, 1990.)

Por otra parte, no podemos olvidar el incesante y caudaloso venero de autodefensa jurídica que brota de la institución posesoria que engendra, en todo evento, la operatividad del oportuno derecho de retención, unas veces de tipo general —arts. 441, 444, 446— y otras singularizadamente entroncado con situaciones base de diversa genealogía —arts. 453 y siguientes, 502.3, 1.730, 1.780, etc., todos ellos del CC— que aporta una insospechada y fundamental firmeza autotutelar al poseedor.

En último término, tampoco nos es legítimo desconocer la íntima conexión del tema que estamos desbrozando, con el principio de la seguridad jurídica, proclamado por el artículo 9.3 del texto básico, ya que su adecuada consecución exige que el individuo haya actuado dentro de los máximos esquemas posibles de protección, a los que, en multitud de

ocasiones, accede en virtud de iniciativas personalizadas propiciatorias de comportamientos de autotutela individual (contribuyendo a las mismas, decisivamente, las intervenciones notariales y registrales).

Para concluir con este punto preliminar, tengo que advertir que en el ámbito de los Derechos Humanos, la autotutela también tiene una trascendencia decisiva como lo pone de manifiesto la persistencia insescentable e inmarcesible de figuras tales como la “legítima defensa” y “el estado de necesidad”, cuyo sentido teleológico carecería de toda base si no estuviesen asentadas en tal institución.

Sin embargo, y prescindiendo de la vigencia de tal modo de salvaguardar, de forma absolutamente directa e individualizada, el elenco de derechos básicos y ordinarios, cuya titularidad corresponde a cualquier ser humano, sea éste nacional o extranjero, es evidente que la protección jurisdiccional de los mismos constituye el cauce más habitual de obtención y preservación de la concordia social, cuestión a la que vamos a dedicar las páginas siguientes.

2. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL. INTRODUCCION

La positivización de tal derecho, incluido en la ciertamente privilegiada sección primera, del capítulo segundo, del título primero de nuestra CE, se canaliza por la vía ordinamental que emerge del artículo 24 del texto básico, según el cual:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no declararse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razones de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre los hechos presuntamente delictivos.”

La inclusión de este derecho —de naturaleza híbrida en cuanto inervado de sustancia material y netamente procesal— entre aquellos constitucionalizados con el umbral de respuesta garantista máxima hace resaltar

bien a las claras la trascendencia que le reconoce el constituyente, esencialidad estribada en el hecho de que sin su presencia la atribución de los otros a los ciudadanos resultaría de una vaciedad y esterilidad enervantes, toda vez que su hipotética lesión por parte de los otros ciudadanos o de los poderes públicos quedaría protervamente impune, provocando ello el indeseado naufragio del Estado no sólo como democrático, sino también como mínimamente operativo, en cuanto organizado.

Siendo ello así, deviene lógica la constitucionalización de tal potencialidad de garantía jurisdiccional que, en definitiva, confiere al individuo titular de derechos básicos u ordinarios lesionados o en trance de serlo (o en vías de integración para su ulterior ejercicio) la posibilidad de acudir a las correspondientes instancias revestidas de *imperium* jurisdiccional, a fin de que por la pertinente vía rituaría su pretensión sea enjuiciada ordenadamente y obtenga el justo desenlace pretendido, objetivo materializado en la obtención de la oportuna resolución judicial firme.

Por otra parte, en aquellas hipótesis en las que el legítimo destinatario de tal derecho no sea un instante civil, sino un inculpado, imputado o incriminado penal o administrativo, el artículo 24 de la CE le garantiza que el enjuiciamiento sancionador que le afecte se desarrollará, ateniéndose en su impulso inicial, desarrollo y culminación, a unas garantías que se consideran indispensables, a fin de que su caso no sea tratado de forma excepcionalmente privilegiada, productora de indefensión.

Expuestas estas ideas preludiales, constituyentes del *orthos* de nuestro ulterior razonamiento, pasamos a analizar en concreto, aunque en clave de síntesis, cada uno de los apartados del artículo que acabamos de transcribir, porciones preceptuales que presentando amplias franjas fronterizas de intersección en cuanto integrantes de un todo unitario ordinalmental, acreditan un valor normativo que se expande de forma concéntrica y singularizada.

3. ANALISIS DEL APARTADO I DEL ARTICULO 24 DE LA CE

Este apartado viene a positivar el derecho fundamental que ostenta cualquier ciudadano encarnado en la posibilidad de acceso a las instancias jurisdiccionales que sean competentes a fin de activar la salvaguarda judicial de todos sus derechos e intereses legítimos, es decir, constitucionaliza lo que se ha denominado por los procesalistas “derecho a la Jurisdicción”, o sea, la potencialidad de acudir, en demanda de satisfacción jurídica, a los órganos integrantes del servicio nacional de la justicia a fin de que interpongan sus congruentes facultades de heterocomposición sanciona-

dora, correctora, paliadora o integradora, según los casos, a través de la prestación de sus funciones competenciales en un marco de judicación independiente y garantista, características cuyo papel destacado evidencia certeramente José ALMAGRO NOSETE, al decir en su colaboración publicada en el libro colectivo *Comentarios a las leyes políticas*, Edersa, Madrid, 1983, en la página 27, que: “el derecho a la jurisdicción es el derecho de carácter instrumental que permite la defensa jurídica de todos los derechos mediante un proceso garantizado y decidido por un órgano jurisdiccional. Es el derecho a exigir la prestación jurisdiccional en un proceso, mediante las alegaciones y pruebas pertinentes, según las pretensiones deducidas para la aplicación coercitiva e imparcial de la ley al caso concreto.”

Por lo que se refiere a la íntima y adecuada caracterización epistemológica de tal derecho, podemos sentar la premisa de que el mismo puede entenderse, con importantes visos de probabilidad, incluido entre los derechos públicos subjetivos oportunamente esgrimibles frente al Estado en cualquier caso, aun cuando las partes directamente interesadas e involucradas en su seguimiento sean estrictamente particulares, y ello por la sencilla razón de que tanto en el orden civil como en el penal, el supradicho Estado ejerce de forma absoluta, intransferible e irrenunciable el monopolio de la jurisdicción, consideración de la que se hace eco el autor supracitado que en el curso de su antes dicha aportación doctrinal dice, en la página 27 del indicado tomo, que: “Es un derecho subjetivo de naturaleza pública, pues siempre el sujeto obligado por la relación jurídica procesal es el Estado por medio de los órganos jurisdiccionales. La función, por otra parte, de impartir justicia no se explica sino en razón de la *potestas* y del *imperium* que tienen estos órganos públicos.”

A) PRESUPUESTOS SUBJETIVOS, OBJETIVOS Y FUNCIONALES DE SU EJERCICIO

a) *Subjetivos*

El anudamiento subjetivo de este derecho a la íntima esfera jurídica de “todas las personas”, tal como reza el apartado primero del artículo que estamos estudiando, *in principio*, nos lleva a la conclusión de que son titulares potenciales del mismo, sin exclusiones, todas las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras fácticamente ubicadas en el territorio de la soberanía española (o con intereses —personales o patrimoniales— conectados con el mismo), siendo lógica tal atribución indiscriminada —por lo que atañe al no nacional— por cuanto que sin la misma no

pasaría de soez parodia el enfático y grandilocuente otorgamiento de derechos que la CE (y el ordenamiento ordinario) realiza en favor de todo tipo de personas, sea cual fuere su concreta entificación ontológica y su particular situación nacional (tema éste, el de la extranjería, al que he dedicado un libro titulado *Estudios sobre extranjería*, al que deben acudir quienes se hallen interesados en conseguir una panorámica más amplia de la cuestión en cuanto la misma concierna —con metodología singularizada— a los súbditos no nacionales).

Todo esto por lo tocante a los postulantes, instantes o involucrados en las correspondientes empirias y tesisuras jurisdiccionales que procedan. Por lo atinente a los detendadores legítimos de las funciones jurisdiccionales, estos resultan ser, exclusivamente, los Jueces y Tribunales, es decir, los correspondientes órganos jurisdiccionales civiles y militares del Estado, a quienes se les confía, bajo las coordinadas operativas y de estatus personal privilegiadas recogidas por los artículos 117 y sigs. de la CE, la carga de administrar justicia, carga que debe ser impulsada por los cauces de procesalidad abiertos por la LEC y de conformidad con las premisas de operatividad básicas recogidas en la LOPJ.

b) *Objetivos*

La practicidad de tal derecho, cuyo dintorno elemental estamos reconstruyendo dialécticamente, se concreta en “obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”, frase del lenguaje legal del apartado que estamos analizando que ha merecido una severa crítica por parte del supracitado autor, quien en la página 29 del tomo antes citado pone agudamente de relieve que: “la radacción (que acabamos de literalizar) no es afortunada, pues cabe entender por un profano, que sólo quien ejercita derechos e intereses legítimos puede obtener la tutela efectiva, con lo cual la persona que al final del proceso ve desestimada su pretensión, o bien ha actuado sin derecho a la jurisdicción, o bien tiene un derecho a la jurisdicción insatisfecho. Arranca este error gramatical del empleo de la preposición ‘en’ y de un desdichado prurito de mejorar la primitiva redacción del precepto”. En realidad, lo que se pretende es facilitar el acceso a la instancias jurisdiccionales con el fin de obtener una resolución de fondo, sin que sea óbice para la legitimidad de la prestación de la justicia el que tal resolución —sentencia o no— favorezca o pauperice, por el contrario, la pretensión del instante, sin que la expresión “efectiva” que tal apartado utiliza deba entenderse como sinónima de positividad de desenlace al respecto.

En esta línea de razonamientos, debemos poner de manifiesto que el objetivo nuclear del ejercicio del Derecho que nos ocupa consiste precisamente en la consecución del querer judicial dicho, querer que no es sino una respuesta idónea a la oportuna actividad procesal de las partes involucradas en el procedimiento de que se trate, actividad que bajo ningún concepto puede torpedearse o mediatizarse con la exigencia de requisitos previos o concomitantes indebidos o extravagantes que vendrían a obstaculizar o impedir el acceso a la jurisdicción y con ello una lesión del Derecho que estamos evidenciando en sus grandes líneas cardinales de concepción, tema del que se ha ocupado con cierta insistencia el TC, al resolver los pertinentes recursos de amparo entablados para denunciar presuntas o reales violaciones del Derecho a la tutela efectiva judicial, habiendo generado tal intervención una consolidada doctrina al respecto, doctrina que sintetiza con acierto la Sentencia de dicho TC de 20 de octubre de 1987, en la que se dice, por lo que nos atañe ahora peculiarmente, que: “Es indiscutible que el artículo 24 de la CE, al favorecer el acceso de los ciudadanos a la justicia, exige una ausencia de condicionamientos previos que dificulten o entorpezcan la posibilidad de actuar por vía jurisdiccional, de manera que cuando el legislador imponga requisitos que entrañen obstáculos del derecho al proceso o a la jurisdicción, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada atendiendo a las perspectivas de cada caso concreto, habiendo de señalarse en línea de principio que el obstáculo del acceso al proceso deberá obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente reconocidos y que deberá guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables”.

La doctrina dimanante de esta Sentencia no constituye un hecho aislado en la trayectoria decisional del TC, sino que, por el contrario, su íntima filosofía constituye parte importante del código de valores al que se atiene el mismo en el tratamiento jurisdiccional del Derecho que nos ocupa, siendo también una prueba patente de ello la *ratio decidendi* que aflora de la Sentencia de dicho Tribunal de 11 de noviembre de 1987, en la que al respecto se dejó escrito que:

“Cabe que la ley establezca determinadas circunstancias o requisitos que operen como presupuesto de admisibilidad de la pretensión del ciudadano ante los Tribunales, sin que ello suponga, en todo caso, un obstáculo para la eficacia del derecho, mas siempre teniendo en cuenta la naturaleza del proceso y las finalidades que justifiquen su existencia y, sobre todo, respetando el contenido esencial del derecho constitucionalizado. Eso ocurre porque el derecho en cuestión es un derecho de configuración legal, sujeto, no obstante ello, a las limitaciones exigibles tanto al legislador —respecto al contenido esencial— como al aplicador

e intérprete del Derecho, quien no tiene potestad para crear impedimentos o limitaciones del derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio sólo por ley puede regularse.”

De entre aquellos condicionamientos cuya remoción debe tener lugar a fin de no depauperar el Derecho que estamos debatiendo asumen especial entidad los estrictamente formales —o más bien formalistas— condicionamientos a los que alude taxativamente otra importante Sentencia precedente asimismo de dicho Alto Tribunal de fecha 12 de noviembre de 1987, en la que puede leerse al respecto que:

“Los requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que sólo sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima; por ello, no deben ser exigencias cuyo incumplimiento presente siempre el mismo valor obstativo, que operaría con independencia, en principio, de cual sea el grado de inobservancia del requisito, su trascendencia práctica o las circunstancias concurrentes en el caso. Al contrario, han de analizarse teniendo presente la finalidad que pretende lograrse con ello para, de existir defecto, proceder a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas con la entidad real del defecto mismo, medida en función de la quiebra de la finalidad última que el requisito pretendía servir. De esta suerte, cuando esa finalidad pueda ser lograda sin detrimento de otros derechos constitucionalmente dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto, más que eliminar los derechos o facultades que se vinculan a su cauce formal, lo que con mayor razón debe sostenerse cuando el efecto que pueda producir la inobservancia de un requisito formal sea precisamente el cierre de la vía del recurso.”

Siguiendo por esta vía discursiva, tengo que poner de relieve que lo que se pretende con el otorgamiento constitucional del Derecho a la tutela efectiva judicial es que todo ciudadano se halle facultado (tenga disponibilidad) para acudir a las instancias jurisdiccionales que sean competentes *ratione lugar y materiae* postulando la iniciación, impulso y agotamiento de la actividad desarrollada por las mismas a fin de que el caso por él planteado reciba el correspondiente trato heterocomponedor.

Ello requiere, como primera providencia, el que la expeditéz requisital o tal vía no quede obstaculizada por aquellos impedimentos que desde distintas áreas pudieran hacer zozobrar su viabilidad, impedimentos a los que desde planteamientos de máxima generalidad aludimos antes y a los que en concreta atinencia a los extranjeros me referí en mi obra *Estudios sobre extranjería*, libro en el que aludía a determinados condicionamientos de la hipotética pretensionabilidad a deducir por los mismos cuya incidencia en la inconstitucionalidad era puesta de manifiesto (reciprocidad, caución de arraigo en juicio).

Partiendo de tal premisa de potenciación funcional, es de reseñar que las habilidades de accionabilidad jurisdiccional resultan conferidas *in genere* a cualquier persona, pero que para que las mismas desplieguen toda su eficacia operativa resulta ineludible que emerja una situación fáctica en la que impactar, situación que engendra una peculiar vinculación intersubjetiva que da paso a lo que desde perspectivas conceptuales procesalistas se califica de “legitimación”, presupuesto de orden material y adjetivo cuya entrada en liza resulta imprescindible para que el deductor de la pretensión consiga su finalidad y cuya mayor o menor amplitud de radio —y por ello más o menos posibilidades de actuación al respecto— no ha sido tratada de forma explícita por la CE excepto en aquel concreto aspecto que se refiere a la habilidad de postulación constitucional (art. 162 de la CE). De todos modos, una reconstrucción bastante amplia de tal presupuesto es extraíble con incuestionable facilidad de la textualización del artículo 24, y en especial de la fórmula supremamente genérica que utiliza tal precepto al aludir “a sus derechos e intereses legítimos”, fórmula a la que queda ligada la pertinente aptitud operativa del sujeto de tales derechos e intereses en las esferas jurisdiccionales, que resulta de amplios contornos funcionales permitiente del acceso a la oportuna jurisdicción a base de una concepción generosa de tal posibilidad, y ello tanto para la tutela de los derechos como para la salvaguarda de los intereses legítimos, dicotomía cuyos perfiles de acotamiento conceptual presenta múltiples enfiladas de incertidumbre, que no es del caso intentar desbrozar ahora.

Prosiguiendo con esta tarea de dilucidar el alcance u objetivo del derecho a la tutela efectiva judicial tengo que poner de relieve que el mismo puede operar en cualquiera de las vertientes jurisdiccionales reconocidas en nuestro Derecho, tanto la constitucional (que será debatida en otros pasajes de estos apuntes) como la ordinaria, y en tal caso en cualquiera de las posibilidades jurisdiccionales especializadas reconocidas en nuestro ordenamiento, es decir, la civil, la penal, la contencioso-administrativa y la laboral, acreditando todas estas ramas singularizadas del tronco común de la judicación importantes diferencias en cuanto a su concreto funcionamiento cuyo trazado resultaría manifiestamente improcedente en este preciso “tempus” expositivo, aparte de que, y por lo tocante a la penal, al analizar con posterioridad el contenido del apartado 2 del artículo que nos ocupamos dibujaremos un somero dintorno de sus líneas instrumentales más emblemáticas, cupiéndonos sólo ahora señalar el evidente reforzamiento garantista que por mor constitucional ha experimentado la posición jurídica del ciudadano frente a los actos de la Administración, residenciables todos ellos sin excepción ante los órganos competentes de la jurisdicción contencioso-administrativa, a diferencia de lo que

sucedía con anterioridad, etapa histórica en la que la susodicha Administración se reservaba un ámbito de poder íntegramente sustraído al control jurisdiccional cuando se tratase de “actos políticos”, núcleo de atrincheramiento de un poder omnímodo actualmente desaparecido en virtud de la lectura que debe merecer en el día de hoy el artículo 2.2 de la LJCA, precepto que debe entenderse derogado por inconstitucionalidad sobrevenida al exceptuar los indicados “actos políticos” de la pertinente adveración y consecuente sopesamiento jurisdiccional.

c) *Funcionales*

La idea preludial de todo lo que a continuación vamos a decir aparece encarnada por el inciso último del apartado primero del artículo motivante de estos comentarios, al sentar que de ninguna manera “puede producirse indefensión”, principio básico que queda traducido en la serie de proposiciones normativas agavilladas en el apartado siguiente, alumbrador de otros tantos derechos subjetivos cuyo común denominador aparece en mayor o menor medida representado por la idea básica dicha, idea axial a la que ha aludido el TC en reiteradas sentencias, valiendo por todas, por su palmario sentido elucidativo al respecto, la de 10 de junio de 1987, en la que se dijo que:

“Se entiende por indefensión una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, sin que coincida necesariamente, pese a lo anterior, una indefensión relevante constitucionalmente con un concepto de la misma meramente jurídico-procesal, así como tampoco se produce por cualquier infracción de las reglas procesales, consintiendo, en esencia, en el impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos, en la privación de la potestad de alegar, en su caso, sus derechos e intereses por la parte, para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, según constante jurisprudencia.”

En cualquier caso, y antes de pasar al conjunto singularizado de las enunciaciones normativas contenidas en el antes dicho apartado 2 del artículo 24 de la CE, íntimamente entrelazadas en función del punto irruptivo afectante a todas, consistente en evitar la aludida indefensión de los postulantes o implicados en el procedimiento civil o penal de que se trate, tengo que señalar que su noción puede ser entendida en un doble sentido: restringida, respondiendo a esta faceta la circunscrita y acertada concepción que procedente del TC que acabamos de explicitar, y ampliar, en cuyo caso la supradicha noción de indefensión viene a constituirse en

paradigma de la exigencia de un marco de procesalidad cuyas cuadernas angulares se enraizan incommoviblemente en el propósito de lograr una actividad jurisdiccional oportunamente sustraída a cualquier condicionamiento o mediatización exógena que pudiere decrementar en medida alguna el derecho a la defensa jurídica que cualquier ciudadano acredita para la protección de sus bienes y derechos.

Es precisamente sobre la base de tal configuración multidireccional del concepto de “indefensión” que todo el conjunto de pronunciamientos normativos prescritos en el apartado 2 del artículo 24 de la CE asume su peculiar y destellante brillo tuitivo, enunciaciones que hacen concreta alusión a los siguientes extremos.

aa) Derecho al Juez natural

Alude José ALMAGRO NOSETE, utilizando tal expresión en su indicada aportación doctrinal, al requisito que contiene el apartado 2 del artículo 24 cuando habla de que “todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley”, exigencia que se constituye en una importante garantía para el justiciable en base a que en virtud de la misma no se le podrá escoger un Juez a la “medida”, diciendo al efecto el autor supracitado, en la página 44 del libro, donde se recoge su referenciado ensayo, que:

“‘Juez legal’ o ‘natural’ son expresiones que hacen referencia al Juez auténtico, es decir, aquel Juez cuya imparcialidad está asegurada, dentro de lo humanamente posible, por garantías (independencia, inamovilidad, responsabilidad) establecidas con carácter general, abstracción hecha de las circunstancias intermedias referidas al caso concreto, que hagan posible torcer la exclusiva sumisión del Juez a la ley para el enjuiciamiento y decisión del mismo.”

Siendo ello así, es evidente que todo el bloque de privilegios que rodean el estatus personal y el comportamiento del Juez en el ejercicio de sus legítimas funciones jurisdiccionales y que aparecen recogidos por la propia Constitución en su Título VI (Del Poder Judicial) y en la legislación de su desarrollo representada en lo sustancial por la LOPJ, vertebrada el más firme apunte garantista de la supradicha característica de “naturalidad” que debe adornar la figura del Juez, característica de la que se ocupa con peculiar destreza el supradicho autor, que en la página 46 del indicado libro, pone de relieve, en sagaz observación, que:

“Juez natural equivale a Juez auténtico. Se contrapone a Juez artificial, o sea, al Juez resultante de las artificiosidades o manipulaciones

provenientes normalmente del poder, para introducir en la legislación, en normas de rango inferior o en actos, criterios condicionantes o determinantes, en sentido negativo, de la falta de rectitud del Juez para actuar con exclusiva sumisión al imperio de la ley y, por tanto, sin la idoneidad conveniente para prestar cumplida justicia.”

Siguiendo con el devanado de esta específica línea argumental he de referirme al adjetivo de “ordinario” que modaliza el concepto genérico de “Juez”, adjetivo calificador cuyo alcance debe engranarse, en primer término, en cuanto a su parabolización sistemática, con la prohibición tajante que establece el artículo 117.6 de la CE, al sentar su lineal formulación que: “Se prohíben los Tribunales de Excepción” y en segundo lugar con el pronunciamiento ordinamental del supradicho artículo, apartado 5, establecedor de que:

“El principio de unidad jurisdiccional es la base de organización y funcionamiento de los Tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”, unidad jurisdiccional que no resulta incompatible con la diversificación de jurisdicciones especiales, aunque ordinarias, en el seno de tal unicidad, jurisdicciones que son, en suma, la civil, la penal, la laboral y la contencioso-administrativa.”

En cualquier caso, y con ello concluyo esta breve apostilla doctrinal sobre las características de ordinariedad y naturalidad que deben rodear la figura del Juez actuante en lo jurisdiccional, es de resaltar que la pretensión de unidad de jurisdicción, salvo en lo militar, que postula el supracitado artículo 117 de la CE (y su legislación de desarrollo cristalizada en la LOPJ) presenta alguna que otra fisura. Así, y por lo que atañe a la competencialidad asumida por la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción, verdaderos “albaceas” de los denostados Tribunales de Orden Público, su integración dentro de un esquema ideal de jurisdicción ordinaria en lo penal presenta más que fundadas dudas, cuestión muy bien resaltada no sólo por el autor supracitado en su indicada aportación, sino por otros reputados procesalistas españoles (PRIETO CASTRO, GIMENO SENDRA), quienes ponen el acento en la incierta legitimidad que rodea la actuación de tales Organos “especializados”, incerteza que no ha sido disipada en toda su integridad por la Sentencia del TC de 16 de diciembre de 1987, en la que al analizarse la presunta inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre y entre ellos el 11, que atribuyó la instrucción, conocimiento y fallo de los delitos tipificados por la propia Ley a la supradicha Audiencia Nacional y a los indicados Juzgados Centrales de Instrucción, se rechazó de plano la postulada in-

constitucionalidad de tal atribución competencial (denunciada por violar el derecho al Juez predeterminado por Ley el principio de inmediación) indicándose al respecto, por lo tocante a la alegada vulneración del Derecho al Juez natural que acredita todo justiciable en virtud del pedimento constitucional que estamos considerando, que lo que tal derecho efectivamente requiere es “que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, con generalidad y con anterioridad al caso, y que la composición de ese órgano venga determinada por la Ley, garantizándose así la independencia e imparcialidad que el derecho a la tutela judicial exige y que se recoge expresamente en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales... La Constitución prohíbe Jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en cuenta experiencias propias y ajenas..., existen supuestos que, en relación con su naturaleza, con la materia sobre la que versan, por la amplitud del ámbito territorial en que se producen y por su trascendencia para el conjunto de la sociedad pueden hacer llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y enjuiciamiento de las mismas pueda llevarse a cabo por un órgano judicial centralizado”, derivándose de todo este razonamiento la constitucionalidad de las atribuciones competenciales puestas en tela de juicio.

Por otra parte, y por lo que atañe a la segunda línea de censura constitucional alegada, es decir, a la falta de inmediatez que la centralización de los órganos jurisdiccionales dichos provoca, el TC tampoco fue sensible a su toma en consideración, diciendo al efecto que:

“La asignación del conocimiento de la detención a los Juzgados Centrales de Instrucción no supone un obstáculo que impida el control judicial de estas detenciones, aunque las dificultades para el justiciable que se derivan de ello imponen en todo caso una mayor diligencia al órgano judicial para asegurar la efectividad de la protección y defensa judicial de la libertad que le corresponde.”

En cualquier caso, es de subrayar que la disposición transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, por la que se modificaron determinados preceptos de la LECr, que vinieron a sustituir la normatividad competencial resultante de la Ley Orgánica 9/1984, antes dicha (ahora derogada), mantienen el esquema jurisdiccional cuya legitimidad fue puesto en entredicho y cuyo acomodo a la Constitución fue reclamado por la sentencia a la que acabamos de aludir.

ab) Derecho a la defensa y asistencia de Letrado

La imbricación de la Abogacía, en virtud de los pertinentes acuerdos de patrocinio jurídico suscritos o acordados por los justiciables con los Letrados de su preferencia o en virtud de una concreta imposición legal es profunda e indispensable para el correcto devenir de la Justicia. Por ello, no tiene nada de extraño la preocupación constitucional al respecto, preocupación que, plasmada en el artículo 24 de la CE, apartado 2, ha merecido la congruente respuesta intermediadora del legislador orgánico que adoptó en primer término, en funciones del imprescindible desarrollo legislativo del artículo constitucional dicho, la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se dio una nueva redacción, consonante con los apremios contenidos en el texto básico, al artículo 520 de la LECr, cuyo apartado 2.c) confirió a todo detenido “derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio”.

El conferimiento de tal derecho es tan esencial que ni siquiera en los casos de detención y enjuiciamiento por la presunta comisión de delitos terroristas, el implicado en los mismos puede ser desprovisto de tal derecho, si bien evidentemente la situación de penosidad procesal en la que el detenido en tales hipótesis se encuentra influye de forma notoria en la configuración de la supradicha potencialidad, cuestión que será analizada cuando hagamos la exégesis particularizada de la legislación antiterrorista.

Por lo que atañe al tratamiento que la cuestión ha merecido de la jurisprudencia del TC hemos de constatar que el mismo se sitúa en la línea de máxima optimización, siendo buena prueba de ello la opinión jurisdiccional que reluce en la Sentencia de 9 de diciembre de 1987, en la que puede leerse al respecto que:

“El artículo 24 de la CE consagra como derecho constitucional fundamental y refuerza el derecho de defensa. Este refuerzo supone que, con carácter general, no sólo en el conjunto del procedimiento, sino en cada una de sus fases cuya resolución afecta a los derechos o intereses legítimos de una persona, debe ésta ser oída y deben respetarse el resto de las garantías procesales a que alude el artículo 24, apartado 2, CE, así como que la indefensión ha de apreciarse en cada instancia, ya que nadie debe ser afectado en sus derechos o intereses legítimos sin que haya podido defenderse.”

Por otra parte, es de tener en cuenta que con la finalidad de disipar fundadas dudas aceca de la viabilidad legal de tal asistencia en las fases

iniciales de los procedimientos penales, la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, sobre Creación de los Juzgados de lo Penal y modificación de determinados preceptos de la LOPJ y de la LECr, refuerza considerablemente el supradicho derecho de asistencia letrada, que deberá acreditar un protagonismo absoluto a lo largo de todo el proceso, resultando ello, ahora ya sin ningún género de vacilación de la dicción literal de la nueva redacción aportada al artículo 788 de la LECr, según el cual:

“1. Desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada, la Policía judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad judicial recabarán del Colegio de Abogados la designación de un Letrado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado.

2. El Abogado designado continuará prestando asistencia jurídica hasta la finalización del proceso, salvo nombramiento de uno de su elección por el imputado o impedimento legítimo de aquél, debidamente justificado ante su Colegio profesional, el que, previamente a la aceptación de la excusa, notificará al Juez o al Ministerio Fiscal la designación del sustituto.

3. El Abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido, no siendo, por tanto, necesaria la intervención de Procurador hasta el trámite regulado en el apartado 1 del artículo 791, debiendo hasta entonces cumplir el Letrado el deber de señalamiento de domicilio a efectos de notificaciones y traslados de documentos.

No será necesaria la intervención de Procurador, pero sí la de Abogado, en el caso de la resolución quinta del apartado 5 del artículo 789.

4. Los perjudicados por el hecho punible o sus herederos, que fueren parte en el juicio, disfrutarán del derecho de asistencia jurídica gratuita, en las condiciones establecidas en los artículos 121 y siguiente de esta Ley.

5. Para evitar dilaciones y asegurar la debida asistencia jurídica durante el proceso, los Colegios de Abogados remitirán a los Presidentes de la Audiencia Provincial, Jueces de lo Penal, Jueces de Instrucción y al Fiscal una copia de la lista de colegiados ejercientes del turno de oficio, así como de las modificaciones que se vayan produciendo. Si los Decanos de los Colegios de Abogados, requeridos a los efectos del número 1 de este artículo, no hicieren la designación a las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la petición, los Presidentes y Jueces mencionados la harán por sí, designando al Letrado a quien corresponda por riguroso turno entre los que figuren en la lista. Igualmente, dichos Presidentes y Jueces podrán acordar que se nombre Abogado de oficio, en sustitución del que con anterioridad estuviere designado, cuando por causa no justificada éste dejare de comparecer.

Lo anteriormente dispuesto será igualmente aplicable a la designación de Procuradores de oficio.”

Prosiguiendo con esta línea de razonamiento, tengo que poner de relieve que la asistencia letrada debe prestarse en un contexto de serenidad, intimidad e independencia relacional entre el detenido o preso imputado y su Abogado, respondiendo a tal estado de cosas el concreto alcance que a tal asistencia confiere el antes dicho artículo 520.4, 5 y 6 de la LECr, precepto que será examinado, por lo tocante a este circunscrito punto, en otro pasaje de estos comentarios, y que recientemente ha merecido una muy satisfactoria interpretación extensiva por parte del TC, que en su Sentencia de 19 de abril de 1988 ha entendido que la comunicación privada que debe mediar entre el imputado y su defensor, aun de oficio, debe encuadrarse en un marco de comprensibilidad lexical, por lo que, frente a la posición de la Audiencia de Madrid, que denegó el nombramiento de un intérprete que permitiera la entendibilidad de las comunicaciones privadas entre un procesado de nacionalidad extranjera y su Abogado de oficio, por entender que tal designación sólo debía acaecer en el curso del proceso para hacer comprensibles las declaraciones del inculcado, el TC sentó que para no vaciar de contenido el esencial derecho a la asistencia letrada y, en suma, el de la tutela efectiva judicial, tal designación debía acaecer aún fuera del marco del procedimiento *sensu estrictu*, llegando a tal conclusión y anulando congruentemente la resolución de dicha Audiencia, en base a una interpretación sistemática y extensiva de nuestra normativa (arts. 520 LECr, 24 de la CE) y de la internacional asumida por España (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas), pudiendo considerarse como acertada síntesis de su depurado sentido veredictivo lo que se dijo en uno de sus razonamientos, cuya concepción literal es la siguiente:

“El derecho a intérprete en las causas o procesos penales ha de ser considerado desde una perspectiva global o totalizadora y en atención al fin para el que está previsto, es decir, el de una defensa adecuada para la obtención de un proceso o juicio justo; en este sentido, habrá que valorar y enfocar las circunstancias concretas, independientemente de su calificación técnico procesal o de su inserción en un trámite de este orden, mirando sólo a la finalidad de la defensa y a la protección que la CE otorga al derecho en cuestión, que debe entenderse comprendido en el artículo 24.1 de la misma, en cuanto que dispone que en ningún caso puede producirse indefensión.”

ac) Derecho a ser informado de la acusación formulada

Al enfocar analíticamente esta exigencia constitucional, José ALMAGRO NOSETE, en su supradicha aportación doctrinal sobre la materia, pone de

relieve que la garantía que la misma comporta para el justiciable opera de modo exclusivo en el orden sancionador, aunque ello en la doble vertiente en que éste puede desarrollarse, es decir, en la netamente penal y en la estrictamente administrativa.

En cualquier caso, tal exigencia presenta unos caracteres intrínsecos de absoluta coherencia con los planteamientos constitucionales vigentes en el orden jurisdiccional, planteamientos estigmatizadores de cualquier hipótesis de indefensión, tal como antes adujimos, y que por lo que atañe a la singular medulación de la exigencia que estamos considerando se concretan en el derecho que acredita el imputado a conocer qué es lo que efectivamente le involucra en la vorágine enjuiciadora que le afecta, siendo de destacar al respecto que tal información se va concretando y densificando especulativamente a lo largo de todo el proceso que le atañe, y cuya primera muestra tiene inicialmente lugar —aunque con carácter provisional— en el mismo momento de la detención, en virtud del pronunciamiento normativo que contiene el artículo 17.2 de la propia CE, según el cual todo detenido debe ser informado de forma inmediata de sus derechos y de las razones de su detención, información que reviste mayor pulcritud dogmática, consistencia y tipificación a través de los distintos momentos procesales pertinentes, tales como cuando se dicta el auto de procesamiento y ulteriormente cuando se emiten las calificaciones provisionales o definitivas (o en el ámbito punitivo civil, se formula el pliego de cargos).

Por lo tocante a la posición jurisdiccional del TC sobre tal exigencia informativa, valga como aquilatada muestra de la consideración que ha recibido de tal instancia lo que se dice en la Sentencia procedente del mismo de 26 de enero de 1988, en la que puede leerse que:

“El derecho de defensa encierra en sí mismo una pluralidad de manifestaciones y, entre ellas, la de que nadie puede ser condenado sin darle la oportunidad de defenderse de la imputación contra él formulada, es decir, la de conocer la acusación de forma completa para que el derecho pueda devenir eficaz ”

ad) Derecho a un proceso público

La exigencia de que el proceso que afecte a los ciudadanos españoles, de orden civil o penal, sea público, si bien con las excepciones que en su caso dosifique la ley en virtud de las diversas circunstancias que pudieren concurrir en determinadas hipótesis, resulta no sólo del apartado 2 del artículo 24 de la CE (y de su legislación de desarrollo), sino también del artículo 120 del mismo texto legal, según el cual:

- “1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.
2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.
3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.”

Tal exigencia ha sido recogida en diversas decisiones del TC en las que se han ido perfilando sus lindes y alumbrando jurisdiccionalmente los tegumentos más esenciales de su conformación, Sentencias de entre las que podemos destacar, por su clara significación al respecto, la de 10 de junio de 1987, en la que puede leerse, por lo tocante a la relevante importancia que acredita la supradicha exigencia, que:

“El principio de publicidad estatuido por el artículo 120.1 de la CE tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad de los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho.”

Asimismo, y por lo que se refiere a las plausibles excepciones que pueden esgrimirse legítimamente como pautadoras de una entrada en juego indiscriminada del aludido principio, en la misma Sentencia dicha, puede del propio modo leerse que:

“Como establece el artículo 120.1 de la CE, la publicidad del proceso puede conocer excepciones que, en todo caso, deberán estar autorizadas por una ley. Una primera excepción se encuentra en el artículo 232 de la LOPJ, que en su párrafo 2 establece que, excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones. Otra es la del artículo 680 de la LECr, según el cual las sesiones podrán tener lugar a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o su familia, y el Presidente adoptará la decisión correspondiente consignando el acuerdo en auto motivado. De lo dicho resulta que la publicidad del proceso no puede restringirse sino por los motivos expresos que la ley autoriza y, en consecuencia, las facultades que las leyes procesales otorguen a los Tribunales no pueden desconocer el principio de publicidad, razón por la cual deben ser interpretadas de tal manera que dejen a salvo su vigencia.”

Por otra parte, e inscribiéndose en esta línea de comedimiento interpretativo de la exigencia que estamos viendo, debe resaltarse el querer

decisional dimanante de otra Sentencia procedente de dicho TC, de fecha 1 de diciembre de 1987, en la que al respecto puede leerse que:

“El artículo 24.2 de la CE no es aplicable en su integridad a los procedimientos administrativos disciplinarios y no puede decirse que para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24 tengan que ser públicos los procedimientos disciplinarios, y en el caso del régimen penitenciario, el carácter no abierto al público de las sesiones de audiencia se justifica, además, por las propias excepciones que puede sufrir el carácter público del proceso, según establece nuestra legislación y admite el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950.”

ae) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Es evidente que una justicia retrasada no es justicia; siendo ello irremediablemente así, nada tiene de extraño que el texto constitucional articule tal exigencia como una premisa fundamental del Estado de Derecho que se pretende conformar, exigencia que correlativamente genera en la esfera jurídica de los ciudadanos un derecho público subjetivo cuyo consecuente ejercicio se encamina al logro de una adecuada celeridad en el tratamiento jurisdiccional de las pretensiones residenciadas ante los respectivos órganos judiciales, presurosidad a la que se oponen las hipotéticas demoras y dilaciones indebidas e injustificadas que pudieren emanar de la actuación de los propios órganos jurisdiccionales.

Por lo que atañe al tratamiento rituario de la exigencia referida, la posición del TC no puede desconocer el hecho de que no siempre los retrasos en la impartición de Justicia implican vulneración del derecho resultante de la exigencia que motiva estas consideraciones, distinguiendo en su congruente comportamiento decisional, si bien de forma algo errática, según que tal morosidad sea imputable (negligente o dolosamente originada por el Tribunal) o no al órgano jurisdiccional que entienda y sea responsable del trámite retrasado y según que la dilación ocasionada produzca absoluta indefensión o sólo “incomodidad” personal de los postulantes implicados, sirviendo como expresiva y acrisolada muestra de la cautela con que tal cuestión se enfoca con nuestro TC lo que se dice sobre el particular en la Sentencia dimanante del mismo —referida a un caso muy concreto de retraso judicatorio, pero no por ello menos indicativo— de 24 de septiembre de 1986, Sentencia que indica que:

“En relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, los recurrentes parecen entender que la violación resulta del simple hecho de la prolongación de la prisión, sin tener en cuenta que esta prolongación

puede ser consecuencia de la necesidad de llevar a cabo actuaciones que impidan calificar la dilación de indebida. Para que ello no sea así hay que ofrecer al menos algunas razones que permitan sostener que la duración de la prisión no tiene justificación.”

También en forma sectorial, pero asimismo expresiva, resulta una Sentencia del TS de 5 de marzo de 1987, en la que se enjuició un retraso procesal en el orden penal, y en la que quedó escrito sobre el particular que:

“El artículo 801 de la LECr, en términos de prudente imposición, dispone que el Tribunal procurará evitar con el mayor celo suspensiones inmotivadas; expresión legal cuya recta interpretación ha de obtenerse en íntima conexión con otros principios de sobreestima procesal, de rango constitucional, tendentes a garantizar el adecuado y justo derecho de contradicción, probanza y defensa, en definitiva, de obtención de una tutela judicial efectiva que no sólo garantice el acceso al proceso, sino el adecuado desarrollo del mismo y el correcto juego de los instrumentos y medios puestos a disposición de las partes.”

af) Derecho a un proceso con todas las garantías

Apunta certeramente José ALMAGRO NOSETE, en su aportación científica antes aludida, el carácter residual de tal enunciación, que sólo tiene pleno sentido como fórmula de cierre en el ámbito garantista que la CE trata de diseñar y que, en cualquier caso, debe armonizarse sistémicamente con todas las exigencias a las que venimos haciendo alusión particularizada a lo largo de estas páginas, consideración de la que se ocupa también muy diestramente el autor referenciado, al decir en la página 56 del libro que recoge su antes dicha aportación, que:

“Obliga este precepto, en primer término, a una indagación referida al propio texto constitucional para la determinación de otras garantías no mencionadas en el artículo 24 (así, por ejemplo, las relativas a la detención —art. 17—, prisión provisional, registros domiciliarios, intervención judicial de las comunicaciones —art. 18—, intervención judicial en el secuestro de las publicaciones —art. 20—, etc.); en segundo lugar, de acuerdo con el artículo 10 de la CE, completa e integra el contenido del artículo 24 las garantías recogidas en los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España. Finalmente, asume como propia, constitucionaliza, en suma, todas las garantías establecidas por la legislación ordinaria, orgánica y procesal, en cuanto éstas sean concordes con los fines constitucionales.”

ag) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa

Tal derecho, que se considera fundamental en todos los órdenes jurisdiccionales, deviene lógico en cuanto que de no articularse la indefensión más absoluta podría instaurarse en este ámbito, exigencia probatoria que ya ha recibido una respuesta potenciadora masiva por parte del TC, que paulatinamente ha ido asumiendo competencias en esta materia al filo sobre todo de la comprobación de si el derecho que con ulterioridad debatiremos (el de la presunción de inocencia) ha sido judicialmente violado, o no, competencias dirigidas a contrastar si la actividad probatoria desarrollada por los Tribunales ordinarios ha tenido lugar o no en debida forma, y cuyo efectivo ejercicio por parte de dicho TC ha venido a provocar la sensación de que su actividad jurisdiccional puede ser considerada —por lo menos en algunas de sus concretas manifestaciones— como una última instancia procesal tendente a tamizar por el filtro constitucional los actos resolutorios firmes de los Tribunales ordinarios, opinión que, en todo caso, dicho TC no ha cejado en desmentir, subrayando que la práctica y valoración de las pruebas propuestas y admitidas resulta una competencia exclusiva e indeclinable del Tribunal *a quo*, orientación que refulege con peculiar intensidad en la Sentencia de dicho Tribunal de 21 de enero de 1987, en la que puede leerse al respecto que:

“No existe un derecho absoluto al uso de todos los medios de prueba, incluso en el proceso penal, donde sería plenamente aplicable el artículo 24.2 CE. El TC ha afirmado reiteradamente que el artículo 24.2 permite que el órgano judicial competente pueda, en uso de su libertad razonable, negarse a admitir un medio de prueba propuesto por el enjuiciado, sin que por ello y, sin más, se lesione su derecho del artículo 24.2 que no obliga a admitir todos los medios de prueba que cada parte entienda pertinentes a su defensa, sino los que el juzgador valore libre y razonablemente como tales.”

Por su parte, tal criterio resulta, como es lógico, plenamente compartido por el TS, cuya Sentencia de 5 de marzo de 1987 se encarga de puntualizar al efecto que:

“La utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, a la que se refiere el artículo 24.2 CE, es un derecho fundamental activo y no reaccional, consecuentemente ilimitable por la normativa ordinaria, conforme al artículo 53.1 CE, siempre que la ley respete el contenido esencial de este derecho y así lo reconoce el TC al declarar que por lo general se trata de un tema de legalidad y no de constitucionalidad, aunque la relación entre el derecho a las pruebas y la indefensión marca el momento de máxima tensión del derecho.”

Así pues, la postura jurisdiccional alegada es clara en el sentido de que la actividad probatoria, en cuanto elemento cardinal de medulación coherente del proceso, debe desarrollarse precisamente en el marco del mismo, quedando al arbitrio racional del Tribunal de Instancia la admisión y la valoración de los medios de prueba propuestos por las partes involucradas en la peripetia jurisdiccional de que se trate, facultad no obstante que cuando resulte improcedente en su practicidad, por vulnerar el derecho que la CE confiere a los ciudadanos en orden al posible uso defensivo ofensivo por parte de los mismos de los medios de prueba de que dispone, cuestión a la que se refieren diversas sentencias del TC, de entre las cuales entresacamos, por su claro sentido veredictivo, las de 30 de septiembre y 30 de octubre de 1987, pudiendo leerse en la primera de ellas, cuya ponencia correspondió a DIEZ PICAZO, que:

“El derecho a utilizar los medios de prueba no supone desapoderamiento de la potestad que corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios para pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, siendo procedente únicamente el examen de tal extremo por el TC en los supuestos de falta total del fundamento o de absoluta incongruencia en la matización del rechazo del medio de prueba que haya sido propuesto o cuando tal motivación sea arbitraria o irrazonable.”

Por su parte, en la segunda de las sentencias aducidas *ut supra* como particularmente expresivas al respecto, y de la que fue ponente GARCÍA-MON, el TC dijo que:

“La decisión sobre la pertinencia de las pruebas propuestas por las partes, lo mismo que la valoración sobre las practicadas, es función que corresponde a los órganos judiciales de conformidad con el artículo 117.3 CE, sin que el TC pueda revisar tales decisiones, salvo en los supuestos en que se justifique que la prueba denegada lesiona el derecho de defensa por ser decisiva o tener influencia notoria para la resolución del pleito o de un punto controvertido del mismo.”

Por lo demás, y con ello concluyo este breve espiguelo jurisprudencial sobre la materia, tengo que poner de relieve como la imbricación profunda de los órdenes punitivos civiles y penales propugnada por una constante línea jurisdiccional del TC ha dado lugar que en este ámbito probatorio se provoque un fenómeno expansivo de tal suerte que la teoría general a la que nos estamos refiriendo es perfectamente traspasable al ámbito sancionador administrativo, fenómeno del que se ocupa el TC en su Sentencia de 21 de enero de 1987, en la que se lee que:

“Aun cuando no puede entenderse aplicable enteramente el artículo 24 CE a los procedimientos disciplinarios, ni extenderse sin más para los

mismos la doctrina constitucional correspondiente al proceso penal, no puede desconocerse la relevancia constitucional del derecho a la utilización de pruebas pertinentes para la defensa, para el caso de la disciplina penitenciaria. Ello se deduce también, *a sensu contrario*, del artículo 25.2 CE, que garantiza al condenado a pena de prisión el goce de los derechos fundamentales a excepción de los que se vean expresamente limitados por la Ley Penitenciaria. Esta, sin embargo, no sólo no limita aquel derecho, sino que incluso lo reconoce y refuerza no sólo a través de la intervención posterior del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que puede decidir la práctica de las pruebas que le hubieran sido denegadas en el anterior expediente disciplinario, sino que también dentro de dicho expediente se exige la motivación de la denegación, por no pertinencia o relevancia, de las pruebas propuestas.”

ah) Derecho a no declarar contra sí mismo
y a no confesarse culpable

Depurando determinados antecedentes normativos contenidos en la LECr (arts. 387 y 389), la CE se preocupa de positivizar constitucionalmente el derecho que intitula este epígrafe, derecho del que se ha ocupado José ALMAGRO NOSETE, en su supradicha aportación, en la que dice que:

“Ahora bien, el nuevo precepto constitucional significa ‘un salto hacia adelante’, que no pasa por una situación intermedia: la de reconocer constitucionalmente que los ciudadanos no tienen obligación de declarar contra sí mismos, ni por supuesto confesarse culpables; o en otras palabras, que pueden invocar a su favor una excepción del deber cívico de declarar cuando se refieran a hechos que les puedan perjudicar. La Constitución convierte en derechos públicos subjetivos estas exenciones.”

Por lo que atañe a la concreción normativa ordinaria de tal exigencia constitucional, el artículo 520 de la LEC, atribuye —en línea de acordadas y plenas coincidencias constitucionales— a todo detenido o preso “el derecho a guardar silencio, no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez ‘ap. 2, a)’ y ‘el derecho a no declarar contra sí mismo’, mismo apartado, parágrafo *b)*, derechos que vienen a constituirse en garantías fundamentales de su derecho a la presunción de inocencia y que enraiza las cuadernas del proceso penal español en el ámbito de la más depurada deriva ordinamental.

ai) Derecho a la presunción de inocencia

Tal derecho, que acredita un papel absolutamente sobresaliente en todo el marco punitivo civil o penal español, implica que todo sujeto

incriminado es “efectivamente” inocente mientras no se declare de forma definitiva su culpabilidad, efectividad que sólo puede provenir de una declaración jurisdiccional contra la que no quepa recurso alguno.

Tal derecho se consustancializa en una dimensión presuntoria *iuris tantum*, siendo lógica la característica de provisionalidad que la misma implica, ya que de lo contrario todo individuo sería efectivamente inocente “siempre”, cosa que si bien es admisible desde el punto de determinadas corrientes filosóficas, resultaría absolutamente letal para nuestro Derecho penal y sancionador civil y, en definitiva, para lo que debe ser una ordenada vida societaria, que exige que el culpable reciba, con diversos fines cuya circunstanciación no viene ahora a cuento, la oportuna sanción, que deberá serle discernida a través de la inserción de su caso en un contexto de procesalidad no provocadora de indefensión para el mismo, contexto que deberá arrancar de la idea de la presunción de inocencia que deberá ser desvirtuada por el acusador a base de la pertinente —y suficiente— actividad probatoria.

Por lo tocante a las respuestas que tal derecho ha merecido del Tribunal Constitucional y del Supremo, tengo que decir, en primer lugar, que éstas han sido masivas, constituyendo precisamente la eludicación del significado y alcance del mismo uno de los puntos que mayor sobreabundancia de jurisdiccionalidad ha recibido de tales Tribunales, densidad verdaderamente notable a través de la cual se han ido perfilando las líneas de acotamiento caracterial del aludido principio, líneas que se ramifican en distintas direcciones tendentes a explicar su contenido, y el procedimiento para su desvirtuación, y a las que nosotros vamos a aludir muy someramente.

a) Posición jurisprudencial del TS en cuanto al contenido del derecho a la presunción de inocencia

De entre el conjunto —muy numeroso— de sentencias de dicho Tribunal que hacen referencia a este fundamental derecho vamos a entresacar algunas por su especial apodicticismo al respecto. Así sucede en la de 28 de noviembre de 1986, en la que al respecto se lee que:

“Al aparecer recogida la presunción de inocencia en el artículo 24.2 CE, la misma supone algo más que un principio inspirador o informador del procedimiento penal, ofreciendo rango de norma directa enarbolable como garantía constitucional de aquél, que debe ser acatado por todos los poderes públicos y entre ellos el judicial, abriéndoles vías de penetración en todas las instancias y recursos procesales.”

Siguiendo en esta línea de magnificar la importancia de tal precepto, la sentencia dicha, tras enjaretar el aludido epinicio, prosiguió su labor epistemológica, señalando que:

“La vigencia de la presunción de inocencia es en el proceso penal donde indudablemente halla su más idónea y característica acogida, asintiendo y rigiendo la tarea judicial, presumiéndose *ab initio* inocente al imputado y correspondiendo a las partes acusadoras destruir tal presunción mediante la aportación probatoria oportuna, radicando en este reducto acreditativo, forjado con las debidas garantías legales, la base o cimentación justificativa del dictado culpabilista del Tribunal.”

También podemos situar en el filo de esta labor potenciadora de la eficacia y trascendencia del derecho que motiva estas reflexiones la Sentencia de 19 de enero de 1987, en la que puede leerse sobre el particular que:

“La presunción de inocencia sólo puede ser destruida por una sentencia condenatoria, que, para considerar ciertos los hechos que se imputan al inculcado, ha de tener apoyo en pruebas de cargo, practicadas con todos los requisitos legales, que el Juez aprecie con entera libertad, pero de las que no cabe prescindir.”

Criterio, en suma, plenamente corroborado por otra Sentencia procedente asimismo del mismo Alto Tribunal de 18 de mayo de 1987, en la que, percutiendo con sostenido ahínco en la tarea de maximización dicha, sentó que:

“La presunción de inocencia reconocida en el artículo 24.2 CE ha pasado de ser un principio general para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que exige, para ser desvirtuado, una mínima actividad probatoria, practicada con las debidas garantías procesales que de alguna manera puede entenderse de cargo y de la que pueda deducirse la culpabilidad del procesado.”

4. POSICION JURISPRUDENCIAL DEL TC SOBRE LA CUESTION QUE ESTAMOS VIENDO

El TC, garante supremo de los derechos reconocidos en el Título I de la CE a través de la actividad consistente en resolver los recursos de amparo interpuestos contra aquellas decisiones judiciales o administrativas que violen los mismos, ha conformado una teoría general sobre la materia cuya clave más caracterizadora aparece conectada con la idea de priorizar al máximo la virtualidad del derecho que estamos viendo, considerándolo

como la auténtica clave de bóveda de todo el Derecho penal democrático español, tarea en la que, incluso enardecidamente, ha reafirmado la esencialidad del derecho que nos ocupa y la idea de que la actividad probatoria que provoque su consecuente naufragio, ha de existir y ser suficiente, puntos que si bien quedan sujetos inicialmente, en cuanto a su desarrollo y concreta eficacia operativa, a la estricta apreciación y valoración del Tribunal de instancia, tal como antes apuntamos, son residenciables asimismo ante el Constitucional cuando en su tratamiento se hayan cometido errores de importancia por dicho Tribunal *a quo*.

Así pues, podemos sentar al respecto que las líneas cardinales de instrumentación del tema por parte del TC consisten, en primer término, en reconocer que toda la actividad probatoria tendente a destruir la presunción de inocencia (de admisión práctica y valoración de pruebas) compete en exclusiva a los Tribunales ordinarios conocedores del procedimiento en que tal destrucción se dilucide, pero que, en segundo lugar, cuando tal actividad no exista mínimamente a su toma en consideración sea absolutamente incongruente por dicho Tribunal, el justiciable puede demandar la nulidad de la resolución jurisdiccional que le ataña al TC, línea decisional que iniciada por la Sentencia de 28 de julio de 1981 ha sido mantenida sin fisuras a lo largo de toda la andadura veredictiva del TC en su directa proyección sobre el tema objeto de nuestra presente elucidación, diciéndose en tal sentencia (que vino a anular otra de la Audiencia Provincial de Barcelona que en base a la exclusiva confesión del procesado ante la Policía pronunció la sentencia condenatoria recurrida), que:

“Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata, tal como ha precisado este Tribunal en reiteradas sentencias. En este sentido, la presunción de inocencia está explícitamente incluida en el ámbito del amparo y al Tribunal Constitucional corresponde estimar en caso de recurso si dicha presunción de carácter *uris tantum* ha quedado desvirtuada. Esta estimación ha de hacerse respetando el principio de libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal de instancia y la propia configuración del recurso de amparo que impide entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso.

3. El principio de libre valoración de la prueba, recogido en el artículo 741 de la LECr, supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria producida por las garan-

tías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso. Por otra parte, las pruebas a las que se refiere el propio artículo 741 de la LECr son 'las pruebas practicadas en el juicio', luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él (*secundum allegata et probata*)."

Ello dicho, tengo que puntualizar, y con ello concluyo esta escueta referencia sobre la doctrina jurisprudencial sobre la materia, que otros dos caballos de batalla tomados muy en cuenta en la misma han sido, de una parte, el relativo a la irradiación expansiva del derecho que nos ocupa al ámbito sancionador civil y, de otra, la exclusión probatoria jurisdiccional de las pruebas obtenidas ilegalmente, temas que por lo tocante concretamente al primero ha merecido la atención especial del TC en su Sentencia de 3 de diciembre de 1986, en la que, entre otras cosas, se dijo que:

"El derecho a la presunción de inocencia, aplicable también, aunque con ciertos matices, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, significa que no puede imponerse sanción alguna en razón de la culpabilidad del imputado si no existe actividad probatoria de cargo que, en la apreciación de los órganos o autoridades llamadas a resolver, no destruya dicha presunción "

Por lo tocante al otro tema troncal aludido, el de que las pruebas para ser jurisdiccionalmente admisibles tienen que haber sido obtenidas e introducidas en el juicio legítimamente (tema que suscita indefectiblemente cuál es el valor adverbatorio de la prueba "ilegítima", es decir, de aquella conseguida por procedimientos constitucionalmente vituperables), también el mismo ha sido recibido por el TC, quien en Sentencia de 1 de abril de 1987 dejó bien claro que:

"La presunción de inocencia significa que toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria, que se impida la condena sin pruebas, y que las pruebas tenidas en cuenta han de ser tales y constitucionalmente legítimas."

5. CONCLUSION RECAPITULADORA SOBRE EL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA JUDICIAL

Tras todo el abarrotado conjunto de vertencias interpretativas y descriptivas dichas podemos concluir que el Derecho que nos ha ocupado en las páginas anteriores asume una fisonomía funcionalmente ontológica asentada en la esencialidad más absoluta (siendo así que dejar el campo

libre a la autotutela supone el regreso a etapas históricas superadas), fundamentabilidad que las sendas líneas jurisdiccionales del TS y TC no se han recatado en evidenciar siempre que han tenido que zanjar competencialmente en los recursos de casación y amparo cuyo conocimiento les es sendamente atribuido.

Ello dicho, y a modo de colofón recapitulativo, tengo que poner de relieve que el Derecho que hemos considerado desde sus grandes líneas de concepción se escinde en realidad en una diversidad de facultades operativas, y correlativas cargas jurisdiccionales, que atinan a diversas facetas del mismo y que con GONZÁLEZ PÉREZ, en una interesante monografía sobre la materia titulada *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Cívitas, Madrid, 1984, podemos sintetizar en:

- Derecho de acceso a la jurisdicción.
- Derecho a un proceso debido (funcional, cronológica e intrínsecamente).
- Derecho a la efectividad de la resolución obtenida, y
- Derecho al recurso.

El recurso de amparo

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. NATURALEZA JURIDICA.—3. CONTEXTO OBJETIVO DE APLICACION.—4. CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN PROCESAL EN ESTE AMBITO: A) IDEA GENERAL. B) EXTRANJEROS. C) EL “NASCITURUS”. D) PERSONAS JURIDICAS.—5. NIVELES DE LEGITIMACION EN ESTE AMBITO: A) LEGITIMACIÓN ACTIVA: a) *Los interesados*.—B) LEGITIMACIÓN PASIVA. a) *La legitimación pasiva de los particulares*: aa) En calidad de parte principal exclusiva; ab) En calidad de codemandados.—C) COMPORTAMIENTOS DE LOS PODERES PÚBLICOS MOTIVANTES DE AMPARO: a) *Disposiciones*. b) *Actos*. c) *Vías de hecho*.—6. CONTENIDO DE LA SENTENCIA.

I. INTRODUCCION

Un tratamiento en profundidad de este tema requeriría un esfuerzo expositivo que no estamos en condiciones de abordar en estos precisos momentos y en el que deberían tener marcado protagonismo todas aquellas cuestiones directamente enlazadas con qué tipo de jurisdicción debería tutelar los derechos fundamentales, así políticos y humanos *sensu strictu*, como los integrantes de la nueva categoría advenida a la condición de esencial de derechos económicos, sociales y culturales, jurisdicción de índole peculiar por su específica función tuitiva y cuyos parámetros operativos fundamentales podría organizarse, bien a base de un sistema difuso, o bien, por el contrario, de otro de tipología concentrada, dilema estructural directamente conectado con qué tipo de órgano de naturaleza judicial debe entender de las pretensiones engarzadas con la violación real o posible de los derechos fundamentales, órgano que en la primera de las alternativas dichas sería el ordinario y, en la segunda, uno especial.

Especial conflictividad plantea, asimismo, en estas áreas de justicia constitucional la posición que el supradicho órgano especial, en la hipótesis de que se adopte el sistema concentrado, debe mantener en relación con los ordinarios, eventualidad a la que aludiremos ulteriormente en relación con el recurso de amparo.

Es del propio modo arduamente debatido, especialmente a nivel de hipótesis de *iure condendo*, si la aludida justicia constitucional debe entender únicamente de pretensiones de reparación cuando el causante de una lesión a los derechos fundamentales positivados por las respectivas constituciones sean sólo los poderes públicos o si, por el contrario, son también residenciables ante los órganos impartidores de la protección constitucional aquellas pretensiones tendentes a provocar la entrada en juego de los mismos cuando la violación denunciada fuese motivada por la actuación de un particular, tema éste conectado con la eficacia horizontal de la CE, enormemente polémico y sugestivo.

En cualquier caso, lo que es de reseñar a partir de todas estas consideraciones prologables es la enorme densidad del bloque de cuestiones que orbitan secuencialmente en torno a la expresión “justicia constitucional”, institución tendente a evitar cualquier banalización o achatamiento de la eficacia directa e inmediata de las Constituciones modernas, textos que a diferencia de los antiguos monumentos históricos que se han ido sucediendo en este ámbito no sólo contienen relaciones más o menos abarrotadas —y perfiladas— de derechos básicos, sino que también vertebran los oportunos órganos encaminados a conocer de las pertinentes demandas relacionadas con los mismos, posibilidad que no implica sino el traslado de la técnica jurisdiccional ordinaria al contexto de los derechos básicos, y cuya última *ratio*, por lo tocante al Derecho español, se encuentra en el artículo 24 de la CE, conferidor a todo ciudadano del derecho a la tutela efectiva judicial, tutela que en el ámbito de los derechos básicos se encuentra asimismo materializada por la textualización contundente e inequívoca del artículo 53 de la propia CE, según el cual:

“Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los derechos reconocidos en el capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

En virtud del precepto transcrito, que viene a acrisolar el tegumento de una serie de directrices de máxima virtualidad en este ámbito, y en cuyo origen han tenido un papel destacado no sólo determinados acontecimientos históricos (las sendas guerras mundiales europeas creadoras de postguerras propicias a las reflexión), sino también importantes posicionamientos personales (posturas de Kelsen y Capelletti, especialmente), la tutela jurisdiccional a las libertades públicas y derechos fundamentales se convierte en una pieza insustituible del abigarrado mosaico constitucional, pieza, además, que adopta una coyuntura piramidal, situándose en la cúspide de protección posible las lesiones de aquellos derechos que por su esencialidad son recurribles en amparo, ubicándose posteriormente en un tramo de menor tuición los restantes derechos fundamentales a los que alude el párrafo 1 del artículo en cuestión, no recurribles en amparo, y convirtiéndose en cenicienta en estas áreas protectorales los derechos mencionados en el capítulo III, derechos que únicamente son recurribles por vía jurisdiccional, ordinaria o constitucional cuando los mismos resultan concreta —y ulteriormente— positivados por una ley ordinaria.

Ello expuesto, paso sin más trámites a la exposición de un conjunto de observaciones sobre el recurso de amparo, pieza clave en el tratamiento tutelador que nuestra CE dispensa a los derechos que la misma pormenoriza y que tiene en el Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución según su propia Ley Orgánica, el resorte de engastamiento de todo el sistema articulado al efecto, sistema cuyas líneas normativas maestras se contienen no sólo en el supracitado artículo 53 de la CE (precepto que acabamos de transcribir), sino también en los artículos 161.b) [“1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: ... b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca”]; 162.b) [“1. Están legitimados: ... b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”], y 164.1 (“Las Sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* con los votos particulares si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”), todos ellos de la CE, normatividad que contiene, por otra parte, una reserva de ley en este contexto que ha sido debidamente cumplimentada, habiendo emergido de su consecuente consumación de Ley Orgánica del TC que destina a la

regulación material y procesal del recurso de amparo los artículos 41 y sigs., siendo asimismo destacable que constituyen importantes fuentes de regulación de tal recurso las propias sentencias dictadas en resolución de los mismos, sentencias que han venido a clarificar importantes aspectos de su propia y esencial procesalidad.

Por lo tocante a lo que podría ser una primera aproximación al tema conectado con el punto crucial de la funcionalidad del instituto que estamos contemplando, considero sumamente sugestivas las observaciones de Vicente GIMENO SENDRA, que en el libro escrito por él y por José L. CASCAJO CASTRO, titulado *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1985, dicen en la página 82 que:

“El TC, en tanto que guardián e intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), tiene como especial misión la defensa de los derechos fundamentales, la cual se concreta en una doble actividad: desde un punto de vista subjetivo, y frente al control difuso de tales derechos por parte de los Tribunales ordinarios, el TC concentra en él y asume la defensa de tales derechos, con respecto a los cuales ostenta siempre la ‘última palabra’, desde un punto de vista objetivo, y ante cualquier vulneración de una norma constitucional que tutela alguno de tales derechos, le corresponde también la función de reinstaurar el ordenamiento constitucional vulnerado y, a través de la interpretación, crear incluso la oportuna doctrina legal, que ha de vincular a todos los poderes públicos.”

2. NATURALEZA JURIDICA

El remedio procesal que estamos considerando (cuyo origen directo —por lo que atañe a nuestro Derecho— hay que situar en otro que presenta manifestas afinidades con el mismo, remedio que fue erigido por los artículos 105, 121.b) y 123 de la Constitución de 1931) ha generado una fecunda polémica doctrinal por lo tocante a cual sea su concreta naturaleza jurídica, tema de incontables flecos de hesitación, derivados, primordialmente, de la ambigua posición jurisdiccional que el mismo presenta al ventilarse a través de su procesalidad lesiones efectivas o presuntas de derechos fundamentales vehiculizados en la inmensa mayoría de las hipótesis a través de una previa decisión judicial, decisión que aparece como el concreto acto del poder público causante de la lesión motivante del recurso que estamos viendo, situación que plantea el tema troncal de determinar si el remedio constitucional que estamos analizando es propiamente un “recurso” (piramidalmente situado en la cumbre de todo el entramado jurisdiccional español) o, por el contrario, mantiene una posición autónoma frente al mismo, disyuntiva que determina que el expediente objeto de

este debate sea tal o una posibilidad reparadora diferente, siendo en el primer caso tal remedio la última de las alternativas de revisión de las resoluciones procedentes de los Tribunales ordinarios (y el TC un organismo jurisdiccional más), cosa que, por el contrario, resultaría inadmisibles si auspiciásemos el carácter independiente de tal potencialidad procesal (postura que confiere el carácter de jurisdicción especial a la detendada por dicho TC), tesitura que parece encontrar un fuerte apoyo en el hecho de que la CE haya situado el tratamiento de dicho Tribunal fuera del marco de organización y funcionalidad del Poder Judicial.

De todos modos, esta opinión no parece que sea la que debe prevalecer, y en tal sentido el autor supracitado, en su indicada obra, página 85, pone de manifiesto que:

“A diferencia de las jurisdicciones especiales en las que se encuentra ausente la nota subjetiva, configuradora de la Jurisdicción (la independencia) el TC es un órgano institucionalmente dotado de independencia; aun cuando sus Magistrados estén excluidos del régimen común del autogobierno, y aunque sean jueces a plazo”, son inamovibles dentro de su mandato (art. 159.5.º CE), independientes frente a los demás poderes del Estado y solamente sometidos a la Constitución y a su Ley Orgánica (art. 1.1 de la LOTC).

Siendo ello rigurosamente exacto, y estando revestido el recurso que estamos viendo de todas las garantías impresas por la serie de circunstancias propicias de la más depurada independencia de aquellas personas que tienen atribuido su conocimiento y resolución, es evidente que el carácter de autónomo del mismo es improsperable, sobre todo porque tampoco el objeto procesal del caso sometido a la contienda jurisdiccional constitucional es distinto del que previamente han considerado los Tribunales ordinarios de quienes dimanó la resolución judicial impugnada, objeto procesal que es, en suma, la petición dirigida al órgano competente para que repare la lesión ocasionada en uno de los derechos catalogados por la CE como fundamentales, y que acreditan la característica intrínseca de permitir la residenciación de sus lesiones en sede constitucional, sin que quepa detectar una *causa petendi* diferenciada según quien sea el órgano jurisdiccional encargado del conocimiento de la misma.

De todos modos, la singularidad del trámite jurisdiccional a cargo del TC es evidente y la subsidiariedad de su iniciación, que presupone, en la inmensa mayoría de los casos, el previo agotamiento de la vía judicial ordinaria, hace que la cuestión relativa a su caracteriología más íntima diste de ser clara, sobre todo porque tal posicionamiento decisonal puede ser interpretado en el sentido de que el recurso de amparo implica una tercera instancia o una potencial supercasación, eventualidad que el pro-

pio TC se ha obstinado en rechazar, siendo sumamente expresivas al respecto determinadas decisiones del mismo, tales como el Auto 106/1980, de 26 de noviembre de 1980, en el que muy tempranamente se afirmó que el recurso de amparo “no es una instancia de revisión del derecho aplicado por los Jueces y Tribunales y ni siquiera tiene la condición de casación”, postura refrendada, en singular énfasis, por la Sentencia de 26 de enero de 1982, en la que literalmente se dijo que: “el recurso de amparo no es una tercera instancia jurisdiccional” y no lo es porque la *ratio* de su existencia no consiste propiamente en efectuar un sopesamiento o contraste desde todos los ángulos de la sentencia presuntamente causante de la lesión, sino ver si efectivamente ésta existe. No obstante, no siempre la línea divisoria entre revisión *in toto* y revisión en tanto en cuanto tal sentencia impugnada pueda constituirse en causa directa de una fractura constitucional, es fácilmente trazable, y no cabe duda que la tarea del TC, al enjuiciar la sentencia recurrida, implica una valoración de ésta, aunque sea de enfoque limitado y parcial. Siendo ello indubitadamente así, suscribo, sin la más mínima reserva, la reflexión que al efecto formula Vicente GIMENO SENDRA, quien en su dicha obra, página 88, al apuntar su óptica expositiva sobre esta fascinante problemática, nos ilustra diciendo que:

“En la medida en que el TC está legitimado a anular una resolución impeditiva del ejercicio de un derecho fundamental [art. 55.1.º.a) LOTC], actúa como un Tribunal de casación y el recurso de amparo se convierte en una casación especial, únicamente limitada, y partiendo de los hechos fijados por los Tribunales de instancia, a examinar la aplicación e interpretación que los Tribunales ordinarios han realizado de las normas constitucionales reguladoras de los derechos constitucionales.”

3. CONTEXTO OBJETIVO DE APLICACION

Del bloque de derechos recogidos constitucionalmente sólo son residienciabiles en amparo, en el supuesto de violación de los mismos, los relacionados en la sección 1.ª, del capítulo II, título I de la CE, tal como antes pusimos de manifiesto, aparte del derecho a la igualdad, consagrado por el artículo 14 y del de objeción de conciencia previsto por el 30, ambos del aludido texto básico.

Por lo que atañe al resto de derechos constitucionales, el autor supracitado pone de manifiesto que su emplazamiento en la instancia protectoral que estamos considerando sólo puede venir de la mano de la lesión de un derecho de los dichos, conectado, en cierta medida, con el violentado, diciendo literalmente al respecto, en la página 91 de su indicado libro, que:

“Si se trata de derechos constitucionales distintos a los previstos en los artículos 14 a 30.2 de la Constitución, habrán de conectarse de alguna manera con alguno de los referidos derechos protegibles en amparo. Así, por ejemplo, la vulneración del derecho de propiedad, para ser invocada en un recurso de amparo, habrá de haber producido también una discriminación del principio de igualdad (art. 14) o una clara omisión del derecho de defensa (art. 24) la violación de los principios de unidad, monopolio y exclusividad de la jurisdicción (v.gr.: una extralimitación de la jurisdicción militar o eclesiástica, art. 117 C) o la creación de un Tribunal de excepción habría que relacionarla con el derecho de acción del artículo 24.1: lo mismo sucedería con la fianza del acusador popular (art. 125) (con respecto a la cual la Sentencia 62/83, de 11 de julio, ha proclamado su legitimidad ‘siempre que su cuantía, en relación a los medios de quienes pretenden ejercitar el derecho de acción, no impida u obstaculice su ejercicio’), etc.”

4. CAPACIDAD Y LEGITIMACION PROCESAL EN ESTE AMBITO

A) IDEA GENERAL

La capacidad postulativa al respecto la acreditan todas las personas que resulten titulares de los derechos fundamentales susceptibles de la tuición que, en su caso, pueda proporcionarle la cobertura del amparo, careciendo de ella las personas jurídicas y físicas en cuanto integrantes de los poderes públicos o detentatarios de los mismos.

Este es el principio general, pero para más claridad de exposición vamos a referirnos singularizadamente a determinadas categorías de sujetos de derecho cuya capacidad al respecto o ha sido puesta en entredicho o presenta algún matiz de conflictividad, debiendo incluirse en tal categoría, por lo tocante a la legitimación activa, los extranjeros, el *nasciturus* y las personas jurídicas, concluyendo lo que van a ser unas breves consideraciones sobre el plano subjetivador al efecto con una somera reflexión sobre la legitimación activa y pasiva.

B) EXTRANJEROS

Sobre tal categoría de personas —y su consecuente inserción en las esferas jurídicas españolas— escribí el libro *Estudios sobre extranjería*, obra (actualmente agotada) en la que al enfocar el tema de la capacidad de los mismos en orden a la interposición del pertinente recurso de amparo dije literalmente en la página 420 que:

“a) *Legitimación activa*

Pueden interponer tal recurso:

El propio extranjero.—Artículos 53.2 y 162.1.b), ambos de la CE; 41.2 y 46.1.b), éstos de la LOTC. En aquellos supuestos en que se impusiese una medida de expulsión a un extranjero con cónyuge o hijos españoles —tema ampliamente desentrañado en el capítulo IX— estimo que hallanse legitimados para deducir la correspondiente pretensión de amparo constitucional —previo agotamiento, por supuesto, de la vía jurisdiccional ordinaria (la del procedimiento de la Ley JCA de 1956 o la especial de 1978)—, el cónyuge español desposeído ilegítimamente de su pareja extranjera —ilicitud a nivel de texto básico— o el representante del hijo español, cuyo padre foráneo haya sido extrañado, resultando fundantes de tal demanda de amparo la violación que de sus más elementales derechos constitucionales —los del cónyuge o hijo español— ha efectuado la Administración, al deportar a ciudadanos no nacionales progenitores de hijos españoles o casados con súbditos nacionales.”

C) EL “NASCITURUS”

Por lo que atañe a su capacidad procesal al respecto, la ciertamente ambigua —por excesivamente lata— formulación del artículo 15 de la CE, que al conferir el derecho a la vida anuda su subjetividad al vocablo “todos”, provocó con absoluta inmediatez a la promulgación del texto básico, la trascendente cuestión de si el aludido *nasciturus* era o no titular incondicional de tal derecho, tema que fue resuelto, aunque no de forma plenamente satisfactoria, por la salomónica Sentencia del TC de 11 de abril de 1985, en la que tras afirmarse que: “la vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de la CE” se admitió la legitimidad de ciertos supuestos de despenalización del aborto a base de considerar que el aludido derecho a la vida del ente al que venimos haciendo alusión no podía prevalecer en caso de colisión con otros derechos también fundamentales de la madre, colisión que en el supuesto de producirse debía escorarse en beneficio de ésta.

De todo ello se deduce, por lo tocante a la vertiente de capacitación procesal que estamos considerando, que el *nasciturus* goza de la misma, pero que tal potencialidad aparece ciertamente cortapisado por la posible incidencia de su derecho a la vida en alguno de los casos en los que el mismo puede legítimamente decaer, es decir, en alguna de las hipótesis en las que el aborto deja de ser un delito.

D) PERSONAS JURÍDICAS

Su capacidad al respecto queda fuera de toda duda legítima en función de los concretos pedimentos consignados en el artículo 162.b) de la Constitución, que confiere la pertinente legitimación al respecto “a toda persona natural o jurídica” y en el 81.I LOTC, que da por supuesta tal capacidad de postulación procesal de las personas jurídicas, pronunciamientos normativos, por otra parte, expresamente ratificados por el propio Tribunal Constitucional, que en una Sentencia de 20 de junio de 1983 fue suficientemente explícito al respecto, reconociendo tal capacidad a las Sociedades Mercantiles.

Cuestión distinta es el que las entidades jurídicas a las que estamos aludiendo gocen de una capacidad postulativa al respecto de igual radio de acción que las físicas, tema que presenta bastante más problematicidad, siendo así que las personas jurídicas acreditan una esfera de actuación jurídica mucho menor que las naturales y que, por otra parte, determinados derechos fundamentales les son hurtados por propia coherencia del sistema concesional de los mismos.

Por otra parte, y en íntima conexión con el supuesto que estamos dilucidando, debemos aludir a la situación peculiar que detentan determinadas instituciones y clases del Estado en este ámbito cuando de lo que se trate sea de hacer valer por las mismas el recurso de amparo frente a hipotéticas o reales ataques a su honor, tema que ha sido singularizadamente relativizado por el TC a través de dos relevantes Sentencias, siendo la primera de ellas la 107/1988, y la segunda la 51/1989, de 22 de febrero, en la que al respecto se dijo, al debatirse la constitucionalidad de una decisión judicial estimativa de un delito de injurias al Ejército, que:

“Por último, tratándose de asuntos de relevancia pública, ha de tenerse en cuenta que en la ponderación previa a la resolución del proceso penal no puede confundirse el derecho al honor, garantizado también como derecho fundamental por el artículo 18.I de la Constitución, y que tiene un significado personalista referible a personas individualmente consideradas, con los valores de dignidad, reputación o autoridad moral de las instituciones públicas y clases del Estado, las cuales, sin mengua de su protección penal, gozan frente a la libertad de expresión de un nivel de garantía menor y más débil que el que corresponde al honor de las personas de relevancia pública, máxime cuando las opiniones e informaciones que pueden atentar contra tales valores se dirigen, no contra una institución, clase o cuerpo como tal, sino indeterminadamente contra los individuos que pertenecen o forman parte de los mismos en un momento dado.”

Por lo atañente a la capacidad procesal que ostentan al respecto las personas jurídico-públicas, tengo que poner en evidencia que la misma

acredita cotas de máxima conflictividad, toda vez que de su ineludible integración en la Administración se infiere, con toda lógica, su consideración como “poderes públicos” y por ello más que como titulares de las potencialidades de amparo a las que estamos aludiendo, deben ser consideradas como eventuales provocadoras del mismo. De todos modos, cuando su comportamiento deba liderarse por reglas de derecho privado, la posibilidad que acreditan las mismas de acceder al recurso que estamos debatiendo es evidente, diciendo, a tales efectos, Vicente GIMENO SENDRA, en su dicha obra, página 98, que:

“Ello no obstante, cuando tales entidades de Derecho público actúan bajo normas de Derecho privado (lo que inevitablemente habrá de suceder cuando se vulnere el principio de ‘igualdad’ del artículo 14 CE) o cuando asuman exclusivamente la defensa de sus miembros en el cumplimiento de los fines que le son propios, el TC deberá otorgarles capacidad. En la práctica, el BverfG alemán así lo ha reconocido en una copiosa jurisprudencia que ha permitido a la doctrina hablar de una ‘capacidad relativa’ (casuística, diríamos nosotros) de las personas jurídicas de Derecho público.”

5. NIVELES DE LEGITIMACION EN ESTE AMBITO

A) LEGITIMACIÓN ACTIVA

A tal presupuesto procesal alude el artículo 162.1.b) CE, al señalar que “están legitimados para interponer el recurso de amparo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Veamos por separado la posible actuación de todos estos operadores jurídicos.

a) *Los interesados*

Es de señalar que en el tratamiento intermediario de tal cualidad subjetiva, la LOTC ha venido a modalizar la misma, distinguiendo qué clase de lesión de un derecho fundamental se trata de paliar, diseñando un cuadro legitimador al respecto asentado sobre el origen del acto lesionante. Así, y por lo que afecta a los supuestos de vulneración procedentes del poder jurisdiccional y ejecutivo a los que aluden, respectivamente, los artículos 43 (“Las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y

libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes”) y 45 (“El recurso de amparo constitucional contra las violaciones del derecho a la objeción de conciencia sólo podrá interponerse una vez que sea ejecutiva la resolución que impone la obligación de prestar el servicio militar”) de dicho texto legislativo, la legitimación para interponer el recurso de amparo sólo compete a la persona que fuere “directamente afectada”, tal como postula también al efecto el artículo 46.1.a) del mismo cuerpo legal [“1. Están legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional: a) En los casos de los artículos 42 y 45, la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, locución habilitante cuya disfuncionalidad, por lo menos semántica, con la formulación consignada en el artículo 162.1.b) de la CE es evidente, cosa que ha hecho decir a algunos que el susodicho artículo 46 de la LOTC era anticonstitucional], aspecto que si bien no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias, toda vez que la confrontación no es insanable, sí exige una pertinente labor de armonización de la nunciación consignada en dicho artículo 46 con la que resulta del asimismo citado artículo 162 del texto básico, labor en la que destaca Vicente GIMENO SENDRA, que en su pluralitud obra, página 104, dice que:

“El concepto de ‘persona directamente aludida’, de conformidad con el artículo 162.1.b) de la Constitución, hay que reconducirlo al interés legítimo. Así pues, no solamente tienen legitimación activa para ejercitar el recurso de amparo los titulares de la relación jurídica material que en él ha de discutirse, sino también los portadores de intereses generales, sociales, colectivos y difusos. Esta es la razón por la que, cuando la acción es ejercitada por los organismos públicos especialmente encargados de custodiarlos, esto es, por el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal, el artículo 46.2 LOTC establezca la obligación del Tribunal (*laudatio actoris*) de llamar a los agraviados e interesados para que puedan acudir a sostener la pretensión.”

En aquella hipótesis en que la violación denunciada en amparo fuere motivada por un acto dimanante del poder público judicial al que alude el artículo 44 de la LOTC (“1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieren su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso, siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

- a) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.
- b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial

con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de lo que, en ningún caso, entrara a conocer el Tribunal Constitucional.

- c) Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado tan pronto, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial"). El artículo 46.1.a) de la antes indicada LOTC impone que el postulante en amparo haya sido parte en el proceso judicial correspondiente (exigencia que, por supuesto, no rige para el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal), pronunciamiento que parece contradecir el más liberal patrocinado por el artículo 162 de la CE antes dicho, y que ha venido a ser interpretado (en busca de armonías disipadoras de cualquier disfunción o aporía al respecto) por el supradicho autor, que en su mencionada obra, página 107, efectúa muy atinadas observaciones al respecto (difícilmente sintetizables en toda su enjundiosa magnitud elucidativa), introduciendo la distinción, perfectamente acuñada en el Derecho germánico, entre el derecho de conducción procesal (en el que debe encuadrarse el indicado artículo 45) y el de la legitimación, cuya modulación concreta se efectúa en virtud de su imbricación con la relación jurídica material a tutelar, y en cuyo campo operativo se engasta el artículo 162.1.b) de la CE, que únicamente exige en el postulante en amparo en estas áreas un "interés legítimo", enlazando con estas reflexiones propedéuticas la siguiente observación del supracitado autor, quien en la página 108 de su dicha obra señala al efecto que:

"La única norma determinante de la legitimación activa es el artículo 162.1.b) CE, la cual ha de estar presente desde el mismo momento en que se deduce, por vez primera, la pretensión de amparo, lo que sucede no con la interposición de la demanda ante el TC, sino con la del recurso contencioso-administrativo previo al de amparo."

Sobre la base de tal perfil de razonamiento adquieren absoluta consistencia las reflexiones ulteriores del indicado autor, quien ocupándose parangonalmente de la legitimación en este entorno de jurisdiccionalidad y de la que prevalece en el ámbito de la ordinaria pone de relieve que:

"Consecuentemente, para la interposición de un recurso contencioso-administrativo en el que se haga valer una pretensión de amparo (bien se trate del procedimiento especial o el ordinario), la legitimación activa no vendrá determinada por el artículo 28.1.a) LCJA, sino por el artículo 162.1.b) CE; no es necesario, pues, que el 'interés sea directo' y que, en

particular, el recurrente haya necesariamente de experimentar un beneficio o evitar un perjuicio con la interposición del recurso, basta con que el interés sea 'legítimo', si bien la naturaleza del recurso de amparo excluye las pretensiones meramente declarativas (art. 41.3 LOTC)."

Problema de singular envergadura en este contexto es el de si existiendo una pluralidad de partes materialmente legitimadas, tan sólo una de ellas compareciera como parte formal en el correspondiente procedimiento de amparo, problema al que se refiere también el autor supracitado, planteándose al respecto la cuestión de si las partes no comparecientes quedarían o no excluidas del procedimiento constitucional entablado, solución a la que se llegaría congruentemente aplicando la preceptividad que estamos considerando, y en especial por no haber cumplimentado la parte excluida lo previsto en el artículo 46.1.b) LOTC, pero que no es a la que llega el TC, señalando al efecto el repetido autor en su dicha obra, página 110, que:

"Sin embargo, la jurisprudencia del TC ha mitigado el rigor de la referida norma de su Ley Orgánica. De este modo, en la Sentencia número 4/1982, de 8 de febrero, afirmó que una correcta interpretación del artículo 46 1.b) exige la equiparación de los que, debiendo legalmente ser parte en un proceso no lo fueren por causa no imputable a ellos mismos y resultaren condenados, y en la Sentencia 46/1982, de 12 de julio, confirmó esta elástica interpretación, al disponer que: ... el precepto debe aplicarse extensivamente a quienes, sin obtenerlo del órgano judicial, han pretendido razonablemente ser parte."

Por otra parte, y poniendo punto final a esta cuestión, el autor supracitado, trayendo a colación —como repunte comparatista— ciertas decisiones dimanantes del BverfG alemán, pone de relieve cómo el TC español (Sentencias de 31 de marzo de 1980 y 20 de octubre de 1982) ha venido a imponer a cargo de los Tribunales Contencioso-Administrativos la obligación de citar personalmente (cuestionándose la constitucionalidad de la notificación por edicto) a quienes acreditaran una hipotética legitimación para ser parte en el proceso en curso.

De todo ello se colige, en palabras del autor supracitado, contenidas en la página 110 de su indicado libro, que:

"La finalidad del presupuesto procesal del artículo 46.1.b) LOTC, tras su interpretación jurisprudencial por el TC, no es, pues, la de restringir la legitimación activa, sino la de estimular a las partes materiales a que acudan a sostener la pretensión de amparo ante los Tribunales ordinarios, de acuerdo con el principio de subsidiariedad del recurso constitucional de amparo y, sobre todo, a fin de evitar injustificadas mutaciones del objeto procesal como consecuencia de la entrada de nuevas partes en el proceso."

En último término, sólo me resta agregar a lo dicho que el sistema de intervención plural en este ámbito se halla liderado por el régimen del litisconsorcio, régimen que pivotara sustancialmente, tal como apunta Vicente GIMENO SENDRA en su pluricitada obra, sobre el principio de representación de los litisconsortes inactivos por los más diligentes, forma de proceder que quiebra, no obstante, tratándose de actos rituarios que impliquen, de forma directa, la disposición de la pretensión, toda vez que al respecto el TS afirma la absoluta necesidad de que la misma, para afectar a todos, debe ser asimismo consentida unánimemente.

B) LEGITIMACIÓN PASIVA

En orden a este estado de cosas, tengo que decir que la problematidad no le es ajena, reflejándose especialmente la misma en el tema relativo a si es factible una pretensión de amparo dirigido contra particulares y cuál sea la concreta configuración del “poder público” al que alude concretamente el artículo 41.2 LOTC. Veamos ambas cuestiones por separado.

a) *La legitimación pasiva de los particulares*

Podemos considerar este tema en una doble vertiente, refiriéndose la primera a tal legitimación en concepto de parte principal exclusiva y la segunda cuando le atañe como codemandada, distinción muy bien atisbada por Vicente GIMENO SENDRA, al que vamos a ir siguiendo a lo largo de las líneas que van a venir.

aa) En calidad de parte principal exclusiva

Uno de los retos que tiene el constitucionalismo moderno, propugnador a ultranza de la eficacia directa e inmediata de las sendas Cartas Magnas, es lograr que las mismas acrediten una dimensión jurisdiccional del propio tipo y ello frente a todos, Poderes públicos y particulares, tema éste que constituye objeto de preocupación doctrinal por parte de un considerable número de autores, y al que Jesús GARCÍA TORRES y Antonio GIMÉNEZ BLANCO han destinado un importante libro, absolutamente monográfico, titulado *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cívitas, Madrid, 1986, texto al que deben acudir los interesados en conseguir una visión sobre esta temática proyectada telescópicamente desde puntos de vista totalizadores y exclusivistas.

Por lo que atañe a nuestro Derecho positivo, y a pesar de que la propia CE predica la eficacia absoluta de sus normas frente a todos, artículo 9, lo cierto es que el bloque de constitucionalidad disciplinador del recurso de amparo refiere la posibilidad de su interposición única y exclusivamente cuando el causante de la lesión del derecho fundamental sea un Poder público, artículo 41.2 LOTC, descartándose por ello que se pueda interponer una demanda en amparo exclusivamente contra un particular, tesis que, por lo demás, ha merecido la concluyente ratificación del TC, organismo que en el Auto 24/1980, de 30 de septiembre, afirma *ad litteris* que “por muy intensa que pueda ser la relación entre clases privilegiadas y los Poderes públicos, es evidente que aquéllas nunca pueden estar pasivamente legitimadas en un proceso constitucional”.

De todos modos, el que los particulares no puedan ser sujetos pasivos del procedimiento de amparo no implica, en modo alguno, que no puedan resultar concernidos en tal calidad por un determinado enjuiciamiento constitucional, toda vez que por la vía jurisdiccional prevista en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, pueden resultar legítimamente demandados por haber violado los mismos presuntamente un derecho constitucional, siendo asimismo factible que la sentencia favorable que les afecta resulte radicada en amparo ante el Tribunal Constitucional, con lo que por esta vía indirecta los supradichos particulares pueden quedar profundamente implicados en tal coyuntura jurisdiccional.

ab) En calidad de codemandados

Vicente GIMENO SENDRA, al analizar esta cuestión, pone de relieve que del tenor literal del artículo 47.1 de la LOTC, la intervención de los particulares en la posición de parte puede revestir dos situaciones: la de demandado *strictu sensu* y la de coadyuvante, distinción que al decir del susodicho autor responde a que la LOTC, aunque los arrope bajo el común denominador de “personas favorecidas”, ha querido discriminar la distinta posición asumida por aquellos a los que la impugnación del acto lesivo, de prosperar, les provoque una auténtica quiebra de un derecho subjetivo previamente ostentado y la de los que, por el contrario, sólo acreditan un interés más difuso en la conservación de tal acto. Los primeros pueden comparecer en concepto de “demandados” y los segundos deberán parabolizar necesariamente la situación procesal de “coadyuvantes”, de forma equivalente, remata tal autor, al régimen de intervención previsto en el proceso contencioso-administrativo [arts. 29.1.b) y 30.1 LJCA].

De lo dicho se desprende la distinta ubicación procesal asumida por

los indicados particulares, posición que en la hipótesis primeramente descrita puede reconducirse a la figura de la intervención litisconsorcial, calidad que al decir de Vicente GIMENO SENDRA, les permite oponerse a los hipotéticos actos dispositivos de las partes que pudieren ocasionar la finalización anormal del proceso, acreditando del propio modo derecho a ser notificado de todas las resoluciones judiciales que se dicten, pudiendo, igualmente, provocar la crisis procesal de las mismas mediante la oportuna utilización de los medios impugnatorios que procedan, posibilidades jurisdiccionales a las que no se agrega la de modificar el objeto procesal delimitado por el actor ni producir cualquier tipo de crisis procesal mediante el pertinente uso de algún medio anormal de finalización de la instancia.

Por lo tocante a la posición acreditada por el coadyuvante, la misma es de tipología accesoria, diciendo al respecto el autor supracitado en su indicada obra, página 124, que:

“Ostenta, pues, el coadyuvante un estatus de parte secundaria dentro del proceso, no pudiendo, por tanto, delimitar al objeto procesal que viene conformado por la pretensión y resistencia de las partes principales, ni realizar actos dispositivos que entrañen la alteración o extinción de la pretensión. Su posición subordinada con respecto a la parte principal le permite, sin embargo, realizar las alegaciones de hecho y de derecho, así como ejercitar todas aquellas posibilidades y cargas que contribuyan al éxito de la parte principal. Se trata de un interviniente adhesivo simple con una capacidad de postulación equivalente al coadyuvante del proceso contencioso-administrativo, a cuyas obras generales remitimos al lector.”

C) COMPORTAMIENTOS DE LOS PODERES PÚBLICOS MOTIVANTES DEL AMPARO.—DISPOSICIONES

Partiendo de lo que acabamos de decir, tengo que poner de relieve que únicamente son revisables en amparo las disposiciones que asuman la configuración de normatividad reglamentaria, dando a esta locución el más amplio de los sentidos posibles, aunque siempre entroncando su concepto con el de normas producto de las facultades jurisdiccionales de la Administración, conclusión a la que fácilmente se llega teniendo en cuenta que las disposiciones ordinamentales con rango de ley formal únicamente pueden ser sometidas a discusión constitucional por la correspondiente vía del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad.

Sobre la base de tales antecedentes, tengo que poner de manifiesto, a fin de efectuar un indispensable centraje de esta cuestión, que el reglamento inconstitucional, es decir, aquel cuyos pedimentos normativos infrinjan

los preceptos constitucionales, es un reglamento nulo de pleno derecho (cfr. arts. 26 y 28 LRJAE, 47.2 LPA y 1.2 y 6.3 CC) que no debe ser tomado en consideración aplicativa por ningún órgano del Estado, proscripción de peculiar relieve en el contexto jurisdiccional en el que su hipotética entrada en liza queda rigurosamente vetada por el preciso *dictum* que refleja el artículo 7.1 LOPJ.

Concluyo este razonamiento con unas palabras del autor supracitado acerca de la legitimación impugnatoria en estas áreas, cuestión respecto de la cual dice en la página 131 de su pluraludida obra que:

“A diferencia de los procedimientos para impugnar los Reglamentos ilegales en los que la LJCA distingue un recurso directo de otro indirecto, la LOTC no conoce tal diferenciación. En consecuencia, cualquier particular con interés legítimo podrá combatir tanto el acto de sujeción individual del Reglamento presumiblemente inconstitucional como el propio Reglamento, sin tener que justificar en el procedimiento contencioso-administrativo especial o en el constitucional de amparo la ya de por sí censurable legitimación del artículo 28.1.b) de la LJCA.”

b) *Actos*

Tal vocablo, en lo que nos atañe singularmente, debe entenderse en sentido lato, sin circunscribir su eficacia locucionaria a los actos estrictamente administrativos, ni a los principales ni a los positivos. Así, la pretensión de amparo puede deducirse contra aquellos actos lesionantes que se emitan desde vertientes políticas, técnicas o netamente funcionariales, debiéndose entenderse derogadas todas aquellas disposiciones que desde atrincheramientos del poder estatal sustraigan determinados actos de los poderes públicos del pertinente conocimiento jurisdiccional encauzado por la correspondiente vía contencioso-administrativa.

Por otra parte, las omisiones, salvo aquellas que dimanen del Poder legislativo en la materia relacionada con las directrices dimanantes de los principios rectores de la política social económica, deben integrar el concepto de “actos” a los que estamos aludiendo, tema del que se ocupa VICENTE GIMENO SENDRA en su indicada obra, página 133, al decir que:

“Tanto los actos positivos como las omisiones, procedan del Poder Judicial o del Ejecutivo, pueden fundamentar la pretensión de amparo. Existe omisión cuando estando el funcionario vinculado por una obligación de obrar o prestación determinada, incumpléndola, impida el libre ejercicio de una libertad o derecho fundamental. Las vulneraciones por omisiones adquieren singular relevancia en los denominados por GARCÍA DE ENTERRÍA derechos subjetivos reaccionales.”

En último término, y siguiendo con las enseñanzas del pluricitado Vicente GIMENO SENDRA, tengo que poner de relieve, que no es imprescindible que los actos sometidos a impugnación en amparo causen “estado”, ni que sean principales, siendo perfectamente admisible impugnar por el cauce rituario que estamos viendo las resoluciones procesales interlocutorias y los actos administrativos no definitivos, siempre que unos y otros lesionen un derecho fundamental.

c) *Vías de hecho*

Tal concepto, cuyo origen hay que situar en la jurisprudencia francesa, presenta unos perfiles de definición ciertamente difusos en cuanto partientes los mismos, por vía negativa, de los conceptos anteriormente acuñados, si bien es de tener en cuenta que su entrada en juego únicamente puede propugnarse respecto a determinados comportamientos administrativos, *modus agendi*, a los que alude el supracitado autor, cuando dice en su libro, página 137, que:

“Dentro del concepto de vía de hecho hay que entender las omisiones de la Administración a la realización de una prestación, impuesta por la Constitución, y de la cual depende el efectivo ejercicio de un derecho fundamental.”

6. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

En la hipótesis de que el TC entienda que la lesión denunciada no ha existido, denegará el amparo obsecrado, condediéndolo en el caso contrario, eventualidad cuya instrumentación acontecerá a través de la pertinente sentencia estimatoria que a tenor de lo estipulado por el artículo 55.1 de la LOTC contendrá alguno de los siguientes pronunciamientos: *a)* declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos...; *b)* reconocimiento del derecho o libertad pública...; *c)* restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad.

Enfocando su particular óptica elucidativa sobre el precepto que acabamos parcialmente de transcribir, Vicente GIMENO SENDRA, tras poner de relieve la esencialidad de un doble presupuesto en la pretensión de amparo deducida (*causa petendi* consistente en la lesión enjuiciada y el *petitum* integrado por la postulación de alguna o de todas las soluciones aportadas por el artículo 55.1 antes transcrito en lo que nos interesa, señala en su obra dicha, página 143, que:

“De la exégesis de los mencionados preceptos (43.1 y 55.1 de la LOTC) se deduce que nos encontramos ante una pretensión de naturaleza mixta: de un lado, es declarativa por cuanto en ella se ha de solicitar la declaración de nulidad del acto causante de la lesión de un derecho o libertad, así como su reconocimiento; pero, de otro, es también de condena, puesto que el demandante habrá de pedir el restablecimiento de su derecho o libertad infringido ‘con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación’ (art. 55.1).”

Culminando su labor interpretativa al efecto, el autor citado *ut supra* pone asimismo de manifiesto que eventualmente podrá solicitarse también la declaración de inconstitucionalidad de una determinada norma del ordenamiento, cuestión que compete suscitar de oficio al TC, pero que no altera en absoluto la naturaleza jurídica de la pretensión de amparo.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD

Registrador de la Propiedad

La Sociedad Anónima ante el Registro de la Propiedad

Conferencia pronunciada en el Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña el 30 de enero de 1990 y en el de Aragón el 15 de febrero de 1990. Su título se toma de la pronunciada en la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Granada del año 1972 (y publicada en esta REVISTA, núm. 205) por don Pedro Avila Alvarez. Aunque ha pasado mucho tiempo desde entonces, a él le debe el autor la idea y las citas de Derecho Notarial, entre otras muchas cosas; la vida, por ejemplo.

SUMARIO: I. REPRESENTACION ORGANICA DE LA SOCIEDAD ANONIMA:

A) EJERCICIO. a) *Sin consejo de administración*; b) *Con consejo de administración*: 1. Sólo consejo, 2. Consejo y consejeros delegados, 3. Variante desaparecida; 4. Interferencia de la junta, 5. Intervención del Estado.—B) AMBITO: a) *Actos dentro del objeto*; b) *Actos fuera del objeto*: 1. Actos neutros; 2. Actos contrarios al objeto.—C) FORMA DE PRESENTACIÓN: a) *Escritura de nombramiento*; b) *Inscripción en el Registro Mercantil*; c) *Publicación en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil"*; d) *Plazo*; e) *Régimen transitorio*: 1. La disposición transitoria 2.ª LSA; 2. La disposición transitoria 4.ª 2 LSA; 3. La disposición transitoria 4.ª RRM.—f) *Formalización de los acuerdos*.—II. REPRESENTACION VOLUNTARIA: A) CAPACIDAD DEL APODERADO. B) SUFICIENCIA DEL PODER. C) SUBSISTENCIA DEL PODER. D) FORMA DEL PODER. a) *Escritura del poder*; b) *Inscripción en el Registro Mercantil*; c) *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.—III. CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD: A) APORTACIONES NO DINERARIAS: a) *Breve referencia a este régimen*; b) *El Registro de la Propiedad*; c) *Aportaciones infravaloradas. La rescisión por lesión*.—B) APORTACIONES ENCUBIERTAS. a) *Fundamento del artículo 41 LSA*; b) *Examen del artículo 41 LSA*: 1. Adquisición de bienes a título oneroso; 2. Dentro de los dos primeros años a partir de la constitución; 3. Aprobación previa de la junta; 4. Por importe superior a la décima parte del capital social; 5. Informes; 6. Excepciones.—C) ACTOS ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL: a) *Actos de responsabilidad de los gestores*; b) *Actos condicionados*; c) *Actos de*

responsabilidad limitada de la sociedad; d) Actos aceptados por la sociedad, e) Relación entre los artículos 15 y 41 LSA.—IV DESENVOLVIMIENTO: A) MODIFICACIONES ESTATUTARIAS ESPECIALES: a) *Cambio de nombre*; b) *Cambio de objeto*; c) *Cambio de domicilio* —B) AUMENTO Y REDUCCIÓN DE CAPITAL. C) TRANSFORMACIÓN. D) FUSIÓN Y ESCISIÓN. E) OBLIGACIONES HIPOTECARIAS. a) *Emisión de obligaciones*: 1. Calificación en el Registro de la Propiedad, 2. Circunstancias de la inscripción.—b) *Modificación de garantías*, c) *Cancelación de garantías*: 1. Anotaciones en cuenta, 2. Convenios de rescate; 3. Límite cuantitativo de la emisión —V EXTINCIÓN: A) LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN: a) *Ejercicio*; b) *Ambito*; c) *Forma*.—B) EN ESPECIAL. LA VENTA DE LOS BIENES. SUBASTA. a) *Regla general: Venta y subasta*; b) *Excepciones a la venta*; c) *Excepciones a la subasta*: 1. Enajenaciones anteriores; 2. Venta directa, 3. El tercer adquirente en otros casos —C) OPERACIONES PENDIENTES TRAS LA EXTINCIÓN. a) *Operaciones de contenido económico*; b) *Operaciones sin contenido económico*: 1. La actuación unilateral del acreedor, 2. El llamado “poder post mortem”; 3. Actuación “post mortem” de los liquidadores; 4. Soluciones judiciales.—VI. LA NOTA AL PIE DEL TÍTULO. A) LA NOTA AL PIE DEL TÍTULO Y LA REFORMA DEL REGLAMENTO NOTARIAL. B) ACTUACIÓN DEL NOTARIO Y DEL REGISTRADOR

1. REPRESENTACION ORGANICA DE LA SOCIEDAD ANONIMA

Aun advirtiendo, como necesario tributo doctrinal, que la representación orgánica no es verdadera y propia representación porque la sociedad no es representada por sus órganos, sino que esos órganos “son” la sociedad o parte de ella, lo cierto es que la actuación de los “representantes orgánicos” requiere requisitos formales más semejantes a la representación voluntaria que a la actuación en nombre propio de la persona física. Se tratará ahora de sistematizar esos requisitos.

A) EJERCICIO

Según el artículo 128 LSA: “La representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos”; a su vez, el artículo 9 LSA exige que en los estatutos se haga constar “la estructura del órgano al que se confía la administración...” y el artículo 124 RRM establece las “estructuras” posibles. Esta cerrada regulación parece excluir que la decisión en cada momento pueda quedar al arbitrio de la junta, es decir, que ésta no podrá variar la estructura del órgano administrativo (pasar de administrador único a consejo o viceversa, por ejemplo) más que modificando los estatutos. De la combinación de aquellos preceptos resultan varias formas de representación social por los administradores.

a) *Sin consejo de administración*

Puede corresponder la administración a:

- Administrador único.
- Un número indeterminado de administradores solidarios. No se excluye que la representación corresponda a dos cualesquiera (no más), que actúen mancomunadamente, de entre varios nombrados solidariamente, si bien esta última configuración tendrá, en cuanto a la actuación conjunta, un alcance meramente interno [art. 124.2.b) RRM].
- Dos administradores mancomunados (no más, porque entonces habrían de constituir consejo de administración). Tampoco parece excluirse que los dos administradores sean mancomunados en la gestión y solidarios en la representación, para algunos actos, con objeto de que no hayan de intervenir ambos para cualquier insignificancia, o, incluso, con carácter general.

b) *Con consejo de administración*

El consejo se ha de integrar al menos por tres miembros; se rechaza el consejo de dos, sin duda porque en él no cabe la decisión por mayoría, sino la unanimidad o el desacuerdo; la posibilidad de un voto dirimente a uno de ellos no haría sino convertir en administrador único de hecho al titular del privilegio. La administración y representación con consejo admiten dos variantes:

1. Solo consejo

Según el artículo 124.2.d) RRM, actuará colegiadamente. Pero, aunque prevista como norma general, la actuación conjunta del consejo será en la práctica sumamente rara; las excepciones anularán prácticamente la regla. Concretamente, no será necesaria la actuación colegiada:

- Cuando los estatutos atribuyan el poder de representación a uno o varios miembros, a título individual o conjunto [el mismo art. 124.2.d) RRM]. Lo normal en el futuro será que los estatutos concedan el poder de representación al presidente o vicepresidente del consejo.
- Cuando el consejo o la junta encomienden la ejecución de un acuerdo concreto a un consejero con nombramiento vigente e inscrito en el Registro Mercantil (art. 108.2 RRM).

- Cuando el que ejecute un acuerdo sea el secretario o vicesecretario del consejo (sea o no administrador) (art. 109 RRM).

2. Consejo y consejeros delegados

La administración puede corresponder también a un consejo de administración (que actuará según lo dicho en el apartado anterior) o a uno o más consejeros delegados o una comisión ejecutiva, en cuyo caso habrá de indicarse el régimen de actuación; así pues, respecto a las facultades representativas de los consejeros delegados o comisiones ejecutivas habrá de estarse a la norma estatutaria que prevea el nombramiento o, en defecto de previsión de los estatutos, el acuerdo de nombramiento por el consejo (artículo 141 LSA) o por la junta (en desarrollo de la doctrina de la Resolución de 8 de febrero de 1979, que admitió el nombramiento de consejero delegado por los fundadores, como uno de los pactos lícitos de constitución).

3. Variante desaparecida

La fórmula de consejo más administrador independiente, del antiguo 102.h) RRM; hoy, habiendo consejo, no cabe más órgano de administración individual que el consejero delegado.

4. Injerencia de la junta

La jurisprudencia ha tratado de apartar a la junta de las funciones administrativas; así, la Resolución de 31 de octubre de 1989 rechaza el acuerdo de que “la junta asuma la administración hasta que sea nombrado un nuevo consejo”, porque la función de éste es incompatible por naturaleza con las especiales características de un órgano colegiado como es la junta.

5. Intervención del Estado

En algunos supuestos de excepcional importancia para la economía nacional, se concede al Estado un intervencionismo en ciertas sociedades, que puede llegar al nombramiento de administradores. Así sucede, por ejemplo, como medida cautelar, con las sociedades de seguros, según el

artículo 42 de la Ley de 2 de agosto de 1984; con las entidades de crédito, según el artículo 31 y sigs. de la Ley de 29 de julio de 1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, o con las sociedades del grupo "Rumasa", según Ley de 29 de junio de 1983.

B) AMBITO

Según el artículo 128 LSA: "La representación de la sociedad, en juicio y fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos": o sea, al órgano de administración en los términos que luego se verán; y, como esta representación se extiende en principio a todos los actos comprendidos en el objeto social, pueden estudiarse las facultades de los administradores a través de dos clases de actos:

a) *Actos dentro del objeto*

La representación de los administradores se extiende a "todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos" (art. 129 LSA); puede decirse que la realización del objeto social es el contenido mínimo del poder de gestión y representación de los administradores: dentro de este contenido mínimo, "cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita (indebidamente inscrita, debe añadirse) en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros" (art. 129 LSA); de manera que, actuando dentro del objeto social, cualquier transgresión por el administrador de las limitaciones impuestas por los estatutos o por la junta podrá dar lugar a una acción de responsabilidad, pero nunca afectará a la eficacia del acto celebrado con un tercero.

El entusiasmo por esta doctrina del objeto llevó a la Resolución de 31 de marzo de 1986 a decir que es necesario hacer constar el objeto social en todos los supuestos en que el administrador actúa en nombre de la sociedad, pues sus facultades se concretan, como mínimo, a los actos comprendidos dentro del giro o tráfico de la empresa. En realidad, la reseña del objeto es conveniente, incluso como circunstancia identificativa de la sociedad, como la profesión se reseña entre las circunstancias de las personas físicas; pero las razones que alega la Dirección no son muy claras, porque si de los estatutos resultan las facultades del administrador, ya no es estrictamente necesario referirse al objeto: lo que sí puede afirmarse es que si se reseña el objeto y el acto que haya de realizar el órgano de administración está comprendido en él, huelga ya referirse a más cláusulas o

facultades estatutarias o a acuerdos de la junta que legitimen la actuación.

Los estatutos pueden ampliar ese contenido mínimo; y lo mismo la junta, que puede hacerlo con carácter general o para actos concretos. Pero, en cualquier caso, debe tenerse en cuenta que es una representación orgánica, no voluntaria; y así, como señala la Resolución de 4 de marzo de 1985, el artículo 1.713 CC no será aplicable a los órganos de las sociedades mercantiles, que ostentan la representación de la sociedad "sin que sea preciso que en la escritura de constitución o en los estatutos se especifiquen las distintas facultades representativas que se le confiere al órgano social, pues basta a tal fin la fórmula general de otorgársele la representación en juicio y fuera de él, para que se encuentre autorizado a realizar los actos que forman parte del objeto social".

b) *Actos fuera del objeto*

Para los actos no comprendidos en el objeto social, los administradores deberán estar autorizados especialmente, sea por los estatutos, sea por acuerdo especial de la junta. De otra forma, la extralimitación del administrador puede producir:

1.º La responsabilidad de éste frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores, como consecuencia de la realización de un acto contrario a los estatutos (art. 133 LSA).

2.º La ineficacia del acto frente al tercero, según las reglas generales de la representación. Sin embargo, y la excepción es quizá más importante que la regla), según el artículo 129 LSA "La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social".

La interpretación de este precepto tal vez sea uno de los puntos más dudosos de la reforma; su redacción debió seguir el criterio de la 1.ª Directiva de la Comunidad Europea de 1968; la Comunidad, obligada a contemporizar los distintos criterios de sus distintos miembros, había orientado la Directiva en el sentido de que una sociedad no puede, en principio, oponer a un tercero que el administrador se ha excedido de sus poderes estatutarios, pero los Estados miembros pueden concederle este derecho a condición de que la sociedad pueda probar que el tercero estaba advertido de la extralimitación. Se trata de una norma general de tipo germánico (poder ilimitado e ilimitable de los administradores) y una excepción facultativa de tipo latino (del mandato restringido a las facultades conferidas o al objeto social).

Distintos anteproyectos de Ley de Reforma lo entendieron así, de manera que la sociedad quedaba también obligada frente a tercero por cualquier acto que no encajara exactamente en la realización del objeto social, salvo que este tercero conociera o no pudiera ignorar la extralimitación; se llegaba a decir literalmente que “en sus relaciones con terceros será ineficaz cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, y la sociedad quedará obligada por los actos realizados por ellos incluso cuando tales actos sean ajenos al objeto social. No obstante, la sociedad no quedará obligada en este último caso si prueba que los terceros sabían que tales actos excedían del objeto social o que, dadas las circunstancias, no podían ignorarlo. La publicación de los estatutos en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* no será suficiente por sí sola para constituir esta prueba”. O sea, que los actos fuera del objeto eran eficaces, salvo que la sociedad probase que el tercero conocía o no podía ignorar la extralimitación.

Pero el texto definitivo de la Ley de Sociedades Anónimas parece que no se atreve a dar el paso que exigía la Comunidad, intenta avanzar en la dirección germánica deseada por los juristas, pero se queda a mitad de camino, pisando sobre un terreno peor que el anterior de tipo latino. Ahora se sufren los inconvenientes de ambos extremos, porque ni se garantiza la seguridad de los terceros propia del sistema alemán, ni se asegura a la sociedad frente a las extralimitaciones del administrador, como en los sistemas latinos. El remitir la eficacia de un acto a la buena fe y ausencia de culpa en el tercero es una invitación al litigio, sobre todo al quitar al Registro Mercantil la presunción de público conocimiento.

La excepción de eficacia del acto por buena fe del tercero no se dirige al Notario ni al Registrador, que no podrán admitir un otorgamiento fuera del objeto, sino al Juez, que puede declarar la eficacia del acto apreciando esa buena fe. Y no puede argüirse que la buena fe y la ausencia de culpa deben presumirse, porque antes que la presunción se encuentra la regla general de que la representación se extiende al objeto social y, por tanto, de que los actos que salen de él se realizan en extralimitación de facultades.

Así pues, parece que el artículo 129.2 LSA no impide al Registrador, de la Propiedad o Mercantil, calificar sobre las facultades del administrador: deberá hacerlo y denegar la inscripción si hay una clara extralimitación; y será el tercero el que haya de defender, incluso judicialmente, que el acto es eficaz dada su buena fe y ausencia de culpa. La postura registral es similar a la que puede adoptarse en los casos del artículo 1.738 CC, actos realizados por el mandatario ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, que serán

válidos frente a terceros de buena fe, pero no inscribibles, por defecto en la representación, hasta que sea declarada esa buena fe y consiguiente validez.

Entre estos actos fuera del objeto y de las facultades del administrador que, sin embargo, pueden resultar eficaces frente a tercero, se incluyen tanto los actos neutros como los claramente contrarios al objeto.

1. Actos neutros

Junto a los actos incluidos en el objeto social, la doctrina ha elaborado la categoría de los llamados actos neutros, que, en definición de la Resolución de 2 de octubre de 1981, son aquellos en los que “normalmente no es factible establecer *a priori* si un determinado acto en su contenido concreto es o no instrumento idóneo para el cumplimiento de la actividad por la que se alcanza el objeto social”; la misma resolución se refiere al régimen registral de estos actos diciendo que “salvo que el acto sea claramente contrario al objeto social, habrá en principio de procederse a su inscripción”. Pero frente a ese tratamiento registral benévolo de los actos neutros puede replicarse:

- El acto neutro es un concepto sumamente impreciso y la definición abarca prácticamente todos los actos que no entran en el objeto, salvo unos pocos ejemplos. La admisión de todos los actos neutros llevaría directamente al sistema germánico de poder ilimitado del administrador; tal vez eso sería deseable, pero si el legislador lo quiso hacer pudo haberlo hecho más claramente, y no lo hizo.
- La misma Dirección no ha sido constante en esta doctrina; y así, en Resolución de 31 de marzo de 1986, admite la ampliación de las facultades del administrador a actos “que excedan del giro o tráfico de la empresa, bien por tenerlas conferidas en los estatutos o bien porque lo autorice la junta general”.
- Ante el Registro de la Propiedad la calificación va a recaer sobre actos de tráfico inmobiliario, tratados siempre por el Derecho con una mayor rigidez; y si un acto inmobiliario resulta neutro, será ordinariamente porque el objeto social versa sobre materias de menor importancia; no podrá pensarse que “quien puede lo más puede lo menos”, porque ocurrirá precisamente al revés: que el administrador que puede hacer “lo menos” (lo comprendido en el objeto), pretenderá hacer “lo más” (actos sobre inmuebles).

2. Actos contrarios al objeto

La ley no distingue entre actos neutros y actos contrarios al objeto, por lo que el régimen sustantivo de unos y otros será el mismo; si bien en los contrarios al objeto resulta más difícil que los terceros puedan alegar buena fe, y la extralimitación de los administradores supondrá más frecuentemente ineficacia.

Desde un punto de vista formal, de tratamiento notarial y registral, en la calificación de las facultades de los administradores para un acto contra el objeto debe considerarse que estas facultades, ordinariamente, no pueden resultar de los estatutos, porque sería absurdo que éstos recogiesen actos contra sí mismos; y las que acaso resultaren han de ser objeto de interpretación restrictiva; como en el caso de la Resolución de 2 de octubre de 1981, hay que entender que, aunque el administrador tenga facultades estatutarias para el acto de que se trate (hipotecar, por ej.), esa facultad debe interpretarse en relación con el cumplimiento del objeto social (y no admitir la hipoteca por deuda ajena, por ej.)

Por el contrario, será normal que esas facultades hayan de derivar de un acuerdo de la junta, al que habrán de exigirse distintos requisitos según la clase de actos. Puede examinarse según los muy limitados casos que cabe imaginar:

1.º La enajenación del bien que sea la base de la actividad (la sociedad constituida para construir un edificio sobre un solar, que vende este solar; la constituida para explotar un cine determinado, que vende el local, etc.). Para estos actos habrá que exigir acuerdo de la junta general y, según la naturaleza del acto, que el acuerdo se tome con los requisitos necesarios para las modificaciones estatutarias.

2.º Encaminada la sociedad esencialmente a la obtención de unos beneficios, pueden también considerarse contrarios al objeto los actos de disposición a título gratuito; pero en realidad hay que distinguir dentro de ellos:

- Disposiciones gratuitas realizadas con carácter publicitario, como ocurre con los premios concedidos en campañas de publicidad o con el patrocinio de actividades deportivas o humanitarias. En realidad persiguen una buena imagen de la empresa, que redundará en la mejor realización del fin social; por tanto, deben considerarse comprendidos en el ámbito de poder de los administradores.
- Disposiciones relativamente gratuitas, como la donación remuneratoria a un empleado, indemnizaciones convenidas por desistimiento de contrato de trabajo o jubilación anticipada, etc., que

entran también en el tráfico normal de la empresa si guardan relación con el volumen patrimonial o de operaciones.

- Disposiciones gratuitas puras, como la donación pura, la fianza no retribuida, incluso en forma de aval cambiario o de hipoteca por deuda ajena; para los cuales será necesaria la autorización de la junta general; incluso, en casos de extraordinaria importancia, como la disposición gratuita de todo el patrimonio social o parte importante de él, habría que exigir junta universal y acuerdo unánime, pues el supuesto sería asimilable a una renuncia a las cuotas de liquidación.

C) FORMA DE LA REPRESENTACIÓN

La representación orgánica se justifica de forma muy semejante a la representación voluntaria; se analizan los que son o pueden ser elementos formales de la misma.

a) *Escritura de nombramiento*

El documento básico para la justificación de sus nombramientos por los miembros del órgano de administración es la escritura pública en que se formalice el nombramiento, y de la que resulte la aceptación (art. 142.2 RRM); si bien podrá sustituirse por certificación del Registro Mercantil o por la certificación del acta de la junta, testimonio de la misma o acta notarial a que se refiere el mismo precepto, cuando la inscripción se hubiese producido por alguno de estos documentos. Cuando el administrador otorgue una escritura pública, el Notario deberá calificar el documento de que resulte la representación y, según el artículo 166 RN:

- Incorporarlo a la escritura, original (lo que no es frecuente, pues supone retirar ese original del tráfico jurídico) o por testimonio (lo que tampoco será frecuente para no dar excesiva extensión al documento).
- Insertar en la escritura las partes esenciales del mismo, añadiendo que en lo omitido no hay nada que altere la parte transcrita (el sistema más técnico y perfecto).
- Reseñarlo simplemente, advirtiendo que debe acompañarse a las copias que se expidan (el sistema más imperfecto, pues la escritura quedará incompleta, a reserva de ser complementada con otro documento, y el que más problemas causará en el acceso del documento al Registro).

b) *Inscripción en el Registro Mercantil*

La inscripción del nombramiento de administradores en el Registro Mercantil no es constitutiva; según el artículo 125 LSA “surtirá efecto desde el momento de su aceptación”, a diferencia de lo que ocurre con el nombramiento de consejero delegado, que no produce “efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil” (art. 141 LSA); sin embargo, es obligatoria (arts. 22.2 C. de C. y 125 LSA); es exigida además para la ejecución de un acuerdo por “cualquiera de los miembros del órgano de administración” (art. 108.2 RRM); también, en virtud del principio de tracto sucesivo, es necesaria para la inscripción en el Registro Mercantil de los actos otorgados por el administrador; dice el artículo 11.3 RRM que “para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos”. No hay un precepto semejante referido a la comparecencia ante Notario ni a la inscripción en el Registro de la Propiedad, tal vez porque no corresponde esa precisión al Reglamento del Registro Mercantil; pero la obligatoriedad de la inscripción previa es suficiente para que deba ser exigida por estos dos funcionarios; así lo entendió siempre la Dirección General; por ejemplo, en Resolución de 3 de marzo de 1986: “Es también doctrina de ese Centro la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Mercantil del cargo de administrador, y la no inscribibilidad de los actos que pueda otorgar hasta que se verifique aquélla, quedando a salvo cuando se trata de actos internos de la sociedad, para los que el nombramiento de administrador es eficaz desde su aceptación..., si bien aun en estos casos la omisión de la previa inscripción constituye un defecto subsanable mediante la presentación de los documentos adecuados en el Registro Mercantil.”

c) *Publicación en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”*

La actuación del administrador no requiere una previa publicación en el *BORME*; según el artículo 21 C. de C. “los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*”, lo que ratifica el artículo 9 RRM; o sea, que la publicación es mero requisito de oponibilidad: lo no inscrito no perjudica a tercero; éste podrá atenerse a lo que conozca por la escritura, el Registro u otros medios (la representación del administrador, por ej.), pero no puede ser perjudicado por lo que desvirtúe ese conocimiento (como una eventual separación del mismo administrador con quien contrata), si no se ha publicado.

d) *Plazo*

Según el artículo 126 LSA “Los administradores ejercerán su cargo por el plazo que señalen los estatutos sociales, el cual no podrá exceder de cinco años. Podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración máxima”. El tercero que pretenda contratar con la sociedad deberá comprobar si el administrador con que entra en contacto tiene su cargo vigente por no haber transcurrido aún los cinco años; y lo mismo el Notario o Agente ante el que comparece el administrador; el Registrador deberá suspender la inscripción si resulta del documento que el cargo estaba caducado. Pero estas calificaciones resultan entorpecidas por dos circunstancias:

1.^a La duda sobre el día inicial del cómputo de los cinco años, que admite tres soluciones según se adopte para ello el día del acuerdo de nombramiento o elección, el de la aceptación o el de la inscripción. El cómputo debe hacerse desde el acuerdo de nombramiento si se atienden las siguientes razones:

- Parece lo más acorde con el artículo 126 LSA (“reelegidos ... por períodos”), lo que parece hablar de períodos contados desde la elección como único dato de referencia.
- Es la única solución que hace depender la duración del cargo de la voluntad social y no de causas extrañas a ella. Si se contase desde la aceptación, el administrador podría diferir caprichosamente el comienzo de su mandato y también, por tanto, el final. Y si desde la inscripción, podría ocurrir que algún defecto formal en el nombramiento, o la calificación registral y el recurso contra ella, alargasen el comienzo y el final durante años.
- Es también la única que no deja a la sociedad acéfala entre el cese de un administrador por caducidad y el nombramiento de su sustituto. Y el Reglamento parece intentar precisamente (art. 145) que no se produzcan esos tiempos muertos.

2.^a La dificultad de precisar el día final. El artículo 126 LSA da idea de un plazo automático que se cumple a los cinco años; pero según el artículo 145 RRM “la inscripción del nombramiento de administradores por la junta general hecho por años caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la siguiente, o haya transcurrido el término legal para la celebración de la junta general ordinaria”. Esta prórroga, con la mejor y más práctica intención, introduce un elemento más de duda para el tercero y para las calificaciones notarial y registrales. Transcurridos los cinco años desde el nombramiento, el Notario o el Registrador de la Propiedad

no tienen medios para saber si el cargo ha caducado; como ocurre con los poderes en la representación voluntaria, no puede pedirse una prueba de vigencia que es poco menos que imposible; pero sí debe comprometerse la responsabilidad del administrador exigiéndole una declaración de que se encuentra en prórroga por darse los supuestos reglamentarios para ello; y, en los casos se duda, puede pedirse además una certificación de vigencia formal expedida por el Registro Mercantil. Esta garantiza perfectamente a los terceros, porque la sociedad ha creado una apariencia con el nombramiento y la inscripción del administrador, que no puede desvirtuar después mas que solicitando en el Registro Mercantil la cancelación de la inscripción correspondiente y publicando esa cancelación en el *BORME*. La falta de declaración sobre la vigencia del cargo debe producir la suspensión de la inscripción del acto en el Registro de la Propiedad, porque entonces la presunción es en favor de la caducidad según el artículo 126 LSA.

El régimen de caducidad estudiado sólo es aplicable a los representantes orgánicos de la sociedad, es decir, a los administradores; pero no a los representantes voluntarios, o sea, apoderados, aun cuando se los llame por los nombres de "Director", "Gerente" u otros que parecen implicar una relación orgánica; incluso en el caso de que en la misma persona confluyan ambos tipos de representación, orgánica y voluntaria, la extinción de una de estas relaciones no implicará el cese de la otra.

e) *Régimen transitorio*

Varias disposiciones transitorias de la Ley y del Reglamento afectan al régimen de administración de la sociedad anónima.

1. La disposición transitoria 2.^a LSA

"Las disposiciones de las escrituras y estatutos de sociedades anónimas que se opongan a lo prevenido en esta Ley quedarán sin efecto a partir de su entrada en vigor". El principio de subsistencia y funcionamiento de la sociedad impone una interpretación moderada de la disposición cuando, de otra forma, se llegara a paralizar la vida social. Por ejemplo, la norma estatutaria que estableciera el consejo de administración de dos miembros [fórmula que permitieron las Resoluciones de 4 y 5 de octubre de 1982 y que hoy excluye el art. 9.h) LSA] habrá de interpretarse como administración por dos consejeros mancomunados; o la que previene un consejo y uno o más administradores separados, deberá mantenerse transitoriamente

hasta la adaptación estatutaria; con la misma transitoriedad hay que admitir, como luego se verá, el carácter indefinido del cargo de administrador. Una interpretación más rígida de estos supuestos podría conducir a la causa de disolución del artículo 260.3.º LSA, “paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento”.

2. La disposición transitoria 4.ª.2 LSA

“En el mismo plazo (30 de junio de 1992) las sociedades anónimas deberán presentar (en el Registro Mercantil) el acuerdo de reelección o cese de aquellos administradores que vinieran ejerciendo el cargo por período superior al de cinco años, contado desde el nombramiento o desde la última reelección”. Los números siguientes de la disposición prevén que, pasado el plazo, el Registrador Mercantil comunicará la posible omisión al Ministerio de Justicia y éste impondrá determinadas sanciones “sin perjuicio de los efectos sustantivos derivados de la falta de acomodación”. Y esos efectos sustantivos no pueden ser otros que (ahora sí) el cese del administrador de pleno derecho, de acuerdo con la previsión de ineficacia de disposiciones ilegales de la disposición transitoria 2.ª. Según esta interpretación, a partir del 30 de junio de 1992 no se podrá aceptar como justificación de la representación orgánica un nombramiento de administrador hecho al amparo de la legislación anterior con antigüedad superior a cinco años. Estos administradores sólo podrán actuar limitadamente, dentro de la doctrina sobre la actuación del administrador caducado; la Dirección General hizo aplicación concreta de una prórroga de hecho para actos tales como la convocatoria de la siguiente junta general (Resolución de 24 de junio de 1968) o la revocación y delegación de facultades (Resolución de 30 de mayo de 1974); y la negó para la elección de vocales internos hasta la próxima junta (Resolución de 12 de mayo de 1978 y Resolución de 18 de junio de 1979); estas dos últimas resoluciones trataron de establecer unos principios generales que podrían sintetizarse sosteniendo la legitimación del “administrador caducado” para ejercitar las facultades “totalmente necesarias” o “vitales para la existencia y funcionamiento de la sociedad”, para evitar que quede la sociedad sin representación legal y sin posibilidad de convocatoria de junta general. Hoy, la prórroga hasta la siguiente junta general es reglamentaria, pero la doctrina de la Dirección sigue siendo válida para casos de derecho transitorio, y aun para los ordinarios cuando la junta general siguiente a la caducidad no se hubiese celebrado en plazo por cualquier motivo.

3. La disposición transitoria 4.^a RRM

“El nombramiento de cargos por tiempo indefinido realizado al amparo de la legislación anterior y que no estén admitidos por la Ley de Sociedades Anónimas caducará a los cinco años de la entrada en vigor del Reglamento adjunto, cancelándose, de oficio o a instancia de cualquier interesado, mediante la oportuna nota marginal. Queda a salvo la sanción prevista en el número 4 de la disposición transitoria cuarta de la citada Ley”. De este precepto hay que recoger la parte formal, destinada a la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil; y tomar con reservas la prórroga de cinco años en favor del administrador por tiempo indefinido, porque parece contraria a la disposición transitoria 4.^a LSA o, al menos, a la interpretación que se hacía de ella anteriormente; pero es que si aquella interpretación fuese equivocada y el Reglamento correcto, se llegaría al absurdo de que el administrador nombrado por tiempo indefinido caducaría en cinco años, y el nombrado por treinta años seguiría hasta el fin del mandato, sin más que la sanción pecuniaria de la Ley.

f) *Formalización de los acuerdos*

Si el administrador que representa a la sociedad no tiene por sí solo facultades para el acto o contrato de que se trate, deberá justificar, además, el acuerdo habilitante de la junta o del consejo.

Hasta la entrada en vigor de la Ley y el Reglamento vigentes, la posibilidad que existía en muchos casos de que la junta eligiese secretario a cualquiera de los accionistas o incluso a un extraño, y las facultades certificantes del secretario así nombrado, hacían posible el fraude de que cualquier persona certificase haber sido nombrada secretario de una supuesta junta universal y, a continuación, de los acuerdos de ésta sobre nombramiento de administradores, enajenación de inmuebles y otros asuntos trascendentales de la vida social; sin llegar a tamaño fraude, también era posible que el secretario, extraño a la sociedad y poco temeroso de su responsabilidad hacia ella, no reflejase el acuerdo o no lo certificase con la fidelidad debida.

Esta quiebra del sistema trata de ser subsanada por el nuevo régimen de las sociedades: en síntesis puede decirse que, aparte la posibilidad de que el acta de la junta sea levantada por Notario a petición de los administradores o de los accionistas que representen en 1 por 100 del capital (art. 114 LSA); la ejecución de los acuerdos (art. 108 RRM), incluso del acuerdo de otorgamiento de poder o de su revocación, corresponde a la persona que tenga facultad de certificarlos (o sea —art. 109 RRM—, al

secretario o vicesecretario del consejo con el visto bueno del presidente, al administrador único o a todos los mancomunados), o al miembro del órgano de administración con nombramiento vigente e inscrito, designado por la propia junta; y, según el artículo 109.3, “no se podrán certificar acuerdos que no consten en actas aprobadas y firmadas o en acta notarial”.

La ejecución de acuerdos, salvo el caso de representación voluntaria, pasa, pues, necesariamente, por el órgano de administración. Y frente a la actitud obstruccionista o infiel del administrador que intentara paralizar un acuerdo de la junta absteniéndose de formalizarlo, no tiene ésta más que un recurso drástico: la separación del administrador, que puede ser acordada “en cualquier momento” (art. 131 LSA), o sea, sin necesidad de que se haya previsto en el orden del día. El nuevo administrador (o cargo con facultad certificante) podrá formalizar por sí mismo su propio nombramiento (como en doctrina anterior de la Dirección; v. Resolución de 3 de marzo de 1986), pero ahora notificando la sustitución al anterior titular, sin duda para que éste pueda reaccionar frente a un intento de falsedad; el sistema es bastante más complejo que el anterior y cierra bastante bien el círculo de garantías. Pero subsisten algunos puntos oscuros:

- La notificación fehaciente al anterior titular cuando la sustitución se deba a fallecimiento o renuncia; el administrador fallecido no podrá reaccionar frente a una maniobra fraudulenta, y el renunciante que se desentiende de la sociedad puede que tampoco lo haga; por eso hubiera sido más prudente prever una notificación, en estos casos, a la propia sociedad en el domicilio social; en el régimen establecido, el Notario, según el artículo 202.2 del Reglamento Notarial, entenderá la notificación con cualquier persona que se encuentre en el domicilio del administrador, persona que, en algunos casos, puede llegar a resultar totalmente ajena a la marcha social.
- La oposición del anterior titular (art. 111 RRM) por querrela criminal o acreditando de otra forma la no autenticidad del nombramiento puede alargar excesivamente la resolución del caso dejando mientras tanto a la sociedad en manos del administrador al que precisamente quiso remover. La intervención notarial en el acuerdo de la junta será aconsejable especialmente en tales casos de remoción.

II. REPRESENTACION VOLUNTARIA

En Derecho Notarial se señalan unos requisitos para el ejercicio de la representación con poder, que habrán de adaptarse a las especialidades de la representación societaria.

A) CAPACIDAD DEL APODERADO

Se calificará según las reglas generales del Derecho civil; y del poderdante, que, en materia de sociedades, habrá que referir tanto al poder de actuación de la sociedad según su objeto como a las facultades del órgano que conceda el poder.

B) SUFICIENCIA DEL PODER

Este requisito hace referencia a la congruencia o adecuación entre las facultades conferidas y el acto que se trata de ejecutar en su ejercicio. Habrá de juzgarse en los términos de cualquier otra representación voluntaria y, por tanto, de forma distinta a la representación orgánica; a diferencia de ésta, será de aplicación el artículo 1.713 CC; y puede darse el caso, aparentemente paradójico, de que una misma fórmula tenga distinto contenido para el administrador o para el apoderado: si los estatutos conceden al administrador únicas facultades para “actos de disposición de inmuebles”, en ellos estarán incluidas las facultades de transacción o hipoteca, porque se trata de una representación orgánica; pero si ese mismo administrador otorga un poder por el que confiere a un tercero la representación de la sociedad para esos mismos “actos de disposición de inmuebles” (directamente o por referencia al artículo estatutario), el apoderado ya no podrá transigir o hipotecar, porque para ello necesita “mandato expreso” (art. 1.713 CC).

C) SUBSISTENCIA DEL PODER

En el estudio de este requisito dice Avila que “si bien no se puede exigir la prueba de la vigencia del poder (exigirla sería tanto como hacer inútil el poder), el Notario debe tomar la elemental precaución (sin que lo exija precepto alguno) de comprometer aún más la responsabilidad del apoderado exigiéndole la declaración de vigencia e ilimitación del poder”.

Pero en materia de sociedades debe hacerse referencia también a que

el poder tiene una vigencia indefinida y su subsistencia es independiente de la subsistencia en su cargo del administrador u órgano que lo otorgó, precisamente porque éste no actúa en nombre propio, ni delegando sus facultades, sino en representación de la sociedad.

D) FORMA DEL PODER

La forma de la representación voluntaria puede tratarse por apartados semejantes a los de la representación orgánica.

a) *Escritura de poder*

Este apartado debe centrarse en una afirmación esencial: la actuación del representante debe basarse en una escritura de poder otorgada a su favor, en nombre de la sociedad, por el representante orgánico; y esa escritura ha de ser pública en los casos del artículo 1.280.5.º CC: “el poder ... general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero”; es decir, por el motivo del perjuicio a tercero, el poder para cualquier acto que haya de ser inscrito en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil.

El criterio de otorgamiento orgánico aparece aplicado, entre otras, en las Resoluciones de 21 de noviembre de 1985, según la cual “dado que a los administradores corresponde *ex lege* la representación de la sociedad, es a ellos a quienes corresponde igualmente la facultad de otorgar los poderes”, sin que obsten las diferentes concepciones mercantil y civil de la sustitución, y sus limitaciones en el Código de Comercio, que no son aplicables a la representación orgánica; o en la Resolución de 8 de febrero de 1975, que negó a la junta la facultad de revocar el poder concedido por el consejo, por ser a éste “a quien corresponde la gestión y representación de la sociedad ... conferir los apoderamientos que estime necesarios”.

Y, en cuanto a la forma pública, debe rechazarse la frecuente y viciosa delegación por la junta en un tercero para la ejecución de un acuerdo. Es, por ejemplo, el caso contemplado en la Resolución de 18 de junio de 1989: la junta general acuerda el aumento de capital y faculta a una persona, ajena al órgano de representación, para elevar a público el acuerdo; el Registrador suspende la inscripción por defecto en la representación; la Dirección no entra en el problema de fondo debido a excepciones formales sobre la procedencia del recurso alegadas por el Registrador; pero se declara procedente el recurso y se devuelve el expediente al Registrador

para que resuelva sobre el fondo. No es difícil anticipar el resultado: un fondo análogo se resolvió en Resolución de 3 de septiembre de 1980, en cuyo último considerando se dice que “al no realizar la sociedad por sí misma y a través de su órgano de gestión correspondiente la ejecución del acuerdo adoptado, la persona que actúa en su nombre —sea un extraño o incluso uno de sus propios representantes que por sí solo carece de facultades para usar de la firma social según los estatutos en vigor— habrá de justificar la representación a través del documento adecuado, artículo 1.280.5 CC”. (El inciso entre guiones sufre algún retoque en la nueva regulación reglamentaria, como luego se verá.)

Y, por supuesto, debe rechazarse la delegación de la junta en un extraño, aunque, como se hace a veces, se autorice a éste a elevar a público ese mismo acuerdo; este caso sería como si una persona física escribe a un amigo encomendándole la venta de una finca y lo autoriza a elevar a pública la misma carta.

El actual artículo 108.3 RRM ratifica la necesidad de escritura de poder cuando dice que “la elevación a instrumento público (de un acuerdo social) por cualquier otra persona (distinta de los que pueden actuar como representantes orgánicos) requerirá el otorgamiento de la correspondiente escritura de poder, que podrá ser general para todo tipo de acuerdos”.

Estos efectos, debe sostenerse que son extraños al órgano de administración, y necesitarán escritura de poder para representar a la sociedad, el simple socio (al que no corresponden facultades administrativas en la sociedades capitalistas) e incluso el presidente y el secretario de la junta (cargos efímeros que nacen con una junta determinada y se extinguen con ella). Pero la Resolución de 3 de septiembre de 1980 había considerado extraño también al “representante que por sí solo carece de facultades para usar de la firma social según los estatutos”, con lo que señalaba claramente al consejero, que por sí solo no podía representar a la sociedad y que podría recibir delegación para asuntos concretos del consejo, pero no de la junta. Este es un matiz de aquella doctrina general que ahora resulta cambiado; según el artículo 108 RRM “la elevación a instrumento público de los acuerdos sociales ... también podrá realizarse por cualquiera de los miembros del órgano de administración con nombramiento vigente e inscrito en el Registro Mercantil, cuando hubieren sido expresamente facultados para ello en la escritura social o en la reunión en que se hayan adoptado los acuerdos”.

La otra variante respecto al criterio anterior es la facultad de certificar los acuerdos y, por tanto, de ejecutarlos, que el artículo 109 RRM concede al secretario o vicesecretario del consejo “sea o no administrador”, lo que da acceso a facultades certificantes y representativas a Abogados y otros

profesionales que actúan como secretarios del consejo sin ser consejeros.

Justificada la representación por la correspondiente escritura, el Notario dará a ésta el tratamiento ya visto de incorporación, inserción o reseña.

b) *Inscripción en el Registro Mercantil*

Respecto a la inscripción de poderes en el Registro Mercantil puede decirse lo mismo que del nombramiento de administradores: no es constitutiva, pero es obligatoria (arts. 22 C. de C. y 94.5.º RRM); necesaria para la inscripción en el Registro Mercantil de los actos otorgados por el apoderado (art. 11.3 RRM); y exigible por el Notario ante el que se pretenda actuar o por el Registro de la Propiedad que haya de inscribir.

Pero el artículo 94.5.º RRM excluye de la obligatoria inscripción “los poderes generales para pleitos o los concedidos para la realización de actos concretos”. Las excepciones merecen una crítica desfavorable, porque:

- El poder para pleitos puede contener facultades realmente dispositivas, como la transacción o el compromiso.
- Uno o varios poderes para “actos concretos” pueden comprometer todo el patrimonio social.
- La inscripción no sólo sirve para el conocimiento de los terceros, sino que, dada la subsistencia del poder sobre el órgano que lo otorgó, puede ser necesaria para el conocimiento por la propia sociedad de los poderes otorgados por el administrador fallecido, el dimitido o, sobre todo, el removido por infidelidad.

c) *Boletín Oficial del Registro Mercantil*

Como se decía al hablar de los administradores, la actuación del apoderado tampoco requiere una previa publicación en el *BORME*, que actúa como mero requisito de oponibilidad.

III. CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD

A) APORTACIONES NO DINERARIAS

Una de las novedades más sobresalientes del nuevo régimen societario es el de las aportaciones no dinerarias; pero, si su repercusión es notable para el Registro Mercantil, es prácticamente nula para el de la Propiedad.

a) *Breve referencia a este régimen*

El artículo 38 LSA ha sujetado las aportaciones no dinerarias en la constitución de la sociedad anónima al informe de expertos independientes nombrados por el Registrador Mercantil, que deberá incorporarse a la escritura, y del que se depositará copia en el Registro Mercantil; el artículo 133 RRM desarrolla el régimen registral de este informe y establece la denegación de la inscripción cuando el valor escriturado supere al pericial en más de un 20 por 100.

b) *El Registro de la Propiedad*

En la calificación del Registrador de la Propiedad sobre el acto o contrato que se ha de inscribir deben distinguirse varias clases de requisitos:

- Los necesarios para la validez o eficacia del acto inscribible (consentimiento, objeto, causa, forma) que deben ser calificados, y cuya ausencia o incumplimiento deben provocar la suspensión o denegación de la inscripción.
- Los no necesarios para la validez o eficacia, pero cuya vigilancia encomienda la ley al Registrador (notificación a arrendatarios, pago de impuestos), cuyo defecto debe provocar la misma reacción de suspensión o denegación.
- Los que no afectan a la validez ni a la eficacia, ni la ley encomienda su vigilancia al Registrador (declaración sobre gastos pendientes de comunidad en propiedad horizontal), que no deben impedir la inscripción en el Registro de la Propiedad.

A este último grupo pertenecen los requisitos impuestos a las aportaciones no dinerarias: no afectan a la validez, el artículo 39 LSA sólo obliga a la entrega y al saneamiento, consecuencia de la validez del acto y no de la nulidad, y el artículo 34 LSA no considera causa de nulidad la defectuosa valoración, sino sólo el no expresarse las aportaciones de los socios en la escritura. La vigilancia del cumplimiento de las previsiones legales se encomienda al Registro Mercantil, en él se depositará el informe, se hará constar en la inscripción, se denegará la inscripción (art. 133 *in fine* RRM), etcétera.

A esto debe añadirse aún la consideración de que en el Registro de la Propiedad no se inscribe propiamente la constitución de sociedad, sino la transmisión inmobiliaria que supone la aportación del socio; y, aunque así

no fuera, es doctrina de la Dirección, expresada en el caso más reciente en Resolución de 2 de abril de 1986, que “al examinar el Registrador de la Propiedad los documentos inscritos en el Registro Mercantil, no puede realizar una nueva calificación sobre los mismos, ya que ello supondría una revisión de la anteriormente hecha que dio lugar al asiento correspondiente y que... se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos hasta tanto no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud”.

c) *Aportaciones infravaloradas. La rescisión por lesión*

Todo el nuevo régimen de las aportaciones va dirigido a evitar una supervaloración de los bienes aportados que se traduzca en un engaño para los demás socios y para los terceros que confíen en la solvencia social. Si, por el contrario, los bienes, según la valoración pericial, tienen un valor muy superior al asignado en la escritura, a la Ley y al Registro Mercantil deben serles indiferente. Pero esta aportación infravalorada puede tener consecuencias jurídicas en los territorios donde rige el principio de precio justo en la compraventa y, por tanto, la rescisión por lesión. El artículo 321 de la Compilación de Cataluña y la Ley 499 de la Compilación de Navarra establecen esta posibilidad de rescisión por lesión en todos los contratos onerosos (en Cataluña, relativos a bienes inmuebles) y, por tanto, también en la constitución de sociedad. La acción, en cualquier caso, es personal y no debe afectar a la inscripción del acto en el Registro Mercantil ni en el de la Propiedad.

Pero aun en el ámbito del Derecho civil puro, la rescisión por lesión no deja de plantear problemas:

- Parece inadmisibles la rescisión con devolución de las cosas y de las acciones y el consiguiente desmantelamiento de la sociedad, porque va en contra de la enumeración cerrada de causas de nulidad de la sociedad establecidas en el artículo 34 LSA y en la 1.^a Directiva CEE y, por tanto, en contra de la unidad real del Derecho mercantil español y de la unidad ideal del Derecho societario europeo.
- La solución de un complemento de precio o valor en metálico, prevista en ambas Compilaciones, daría al negocio un carácter mixto de aportación social y compraventa, que es ajeno a la voluntad de las partes y a la intención del legislador, por lo que no parece que pudiera ser decretado judicialmente. Sólo sería admisible por acuerdo de las partes, y en tal caso sería de aplicación el régimen del artículo 41 LSA para las adquisiciones a título oneroso en los primeros tiempos de la sociedad.

- Quizá, a pesar de la dicción literal del artículo 325 Comp. Cat. y de la Ley 505 Comp. Nav., se podrían admitir otras formas de complemento, como la entrega de nuevas acciones al aportante perjudicado o la reducción de capital con amortización de algunas acciones de los restantes socios.

B) APORTACIONES ENCUBIERTAS

Dice el artículo 41 LSA: "Adquisiciones onerosas.—1. Las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años a partir de su constitución habrán de ser previamente aprobadas por la junta general, siempre que el importe de aquéllas exceda la décima parte del capital social. Con la convocatoria de la junta deberán ponerse a disposición de los accionistas un informe elaborado por los administradores y otro elaborado por uno o varios expertos designados conforme al procedimiento establecido en el artículo 38.—2. No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior a las adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad, ni a las que se verifican en Bolsa de valores o en subasta pública."

El caso es distinto, a efectos de calificación, de las aportaciones no dinerarias: el artículo 41 LSA establece unos requisitos cuya calificación corresponde, en materia de inmuebles, al Registrador de la Propiedad y (ahora, que la aprobación ha de ser previa) al Notario.

a) *Fundamento del artículo 41 LSA*

Es de gran importancia el estudio del fundamento de este precepto, para llegar por él a la intención del legislador, que puede dar la clave en la interpretación, no fácil, de los requisitos exigidos.

En principio, el artículo 41 LSA, como el antiguo artículo 32, trata de atajar al socio dominante que intenta hacer una aportación de bienes supervalorada en perjuicio de los demás socios y que, ante el temor de no superar la tasación pericial exigida a las aportaciones no dinerarias (antes, la revisión de la aportación por los administradores), hace la aportación en dinero y, aprovechando su dominio de la sociedad en los primeros tiempos, intenta convencer a los demás fundadores para la compra, también en precio excesivo, de los mismos bienes que intentaba aportar. El antiguo artículo 32 exigía la aprobación por la junta general, y el actual 41 añade que esa aprobación se haga previos informes de administradores y de expertos.

Pero hoy cabe preguntar si en la intención del legislador late sólo esta idea de impedir aportaciones encubiertas, en defensa de los demás socios, o si también se pretende conservar la equivalencia de valor entre capital y patrimonio, en beneficio de los acreedores. Esta segunda intención debe ser descartada. Si hubiera existido: el requisito no estaría limitado a las compras de los dos primeros años desde la constitución, sino extendido a las posteriores a un aumento de capital o incluso a todas las realizadas en la vida social; se aplicaría a toda clase de operaciones y no sólo a las ordinarias; y no se permitiría, como tácitamente se hace, que la junta aprobase la adquisición a pesar de un informe pericial negativo. La ley no puede garantizar a los acreedores, ni en los dos primeros años ni después, que las operaciones sociales van a ser económicamente acertadas.

b) *Examen del artículo 41 LSA*

El supuesto del artículo 41 LSA comprende los siguientes puntos:

1. Adquisición de bienes a título oneroso

Toda clase de bienes y por cualquier título oneroso, incluso por compensación en metálico para evitar la rescisión por lesión en Cataluña y Navarra.

2. Dentro de los dos primeros años a partir de la constitución

Dos años, en lugar de uno, como en el antiguo artículo 32. Pero puede dudarse cuál es el momento de la constitución; parece que debiera entenderse como tal el de la escritura social, lo que es acorde con la terminología del artículo 7 LSA ("la sociedad se constituirá mediante escritura pública ...").

3. Aprobación previa de la junta

El carácter previo de la aprobación, cuando la venta se haga en escritura pública, impide el otorgamiento de ésta hasta que la aprobación recaiga. Esto no quiere decir que la compra realizada sin la previa aprobación no pueda ser ratificada después por la junta; si se puede ratificar la compra hecha por quien no tiene poder o lo tiene insuficiente, no debe ser

de peor condición la compra otorgada por los legítimos representantes sociales a falta de aquel requisito.

El carácter previo de la aprobación no parece, pues, un requisito de validez del acto; sino más bien una advertencia a los gestores para que se abstengan de realizarlo, y al Notario y el Registrador para que suspendan su autorización o inscripción.

Con la exigencia de aprobación previa se proscribe, pues, la práctica, hasta ahora frecuente, de la sociedad que compra el mismo día del otorgamiento de la escritura social o poco después, a reserva de una aprobación posterior. Tampoco parece posible que la compra, inmediatamente posterior a la escritura social, sea aprobada por los socios fundadores, ni aun bajo la declaración de que para ello "se constituyen en junta general", porque hasta la inscripción en el Registro Mercantil no existe la sociedad como persona jurídica, ni puede existir tampoco la junta (v., en este sentido, Resolución de 2 de junio de 1986), sino, todo lo más, una reunión de promotores o fundadores, que es precisamente contra quienes se dirigen las suspicacias de la ley.

4. Por importe superior a la décima parte del capital social

Este importe superior, igual al del artículo 32 antiguo, se debe referir a cada adquisición individual. Ciertamente que esta interpretación permite el fraude de fraccionar las compras para que ninguna de ellas supere el límite previsto; pero no cabe someter a aprobación cualquier compra desde que el conjunto de todas haya sobrepasado el 10 por 100, porque se llegaría al absurdo de exigir el requisito para compras insignificantes, paralizando la actividad social.

5. Informes

La aprobación debe recaer tras un informe de los administradores y otro de expertos. Pero en esa aprobación, la junta es soberana; puede concederla aunque un informe, o los dos, sean negativos; y, por tanto, la calificación notarial y, después, la del Registro de la Propiedad, no puede entrar en el detalle de este requisito. Si se tienen en cuenta las diferencias con el tratamiento del informe en las aportaciones no dinerarias (que ha de incorporarse a la escritura, depositarse en el Registro Mercantil, valorarse por el Registrador Mercantil) y, sobre todo, el fundamento del artículo 41 LSA (encaminado a la protección de los socios y no de los acreedores) se llega a la conclusión de que ninguno de aquellos trámites ha

de trasladarse a las adquisiciones onerosas. Bastará, pues, que en el anuncio de convocatoria de la junta y en el acuerdo de ésta aprobando la adquisición (o sólo en el acuerdo si la junta es universal) se manifieste que los informes se pusieron a disposición de los accionistas.

La ley quiere que en estos primeros tiempos de la sociedad, la aprobación sea emitida con suficiente conocimiento de causa, y ese es el sentido de los informes. Por tanto, si se hizo una compra en los dos primeros años sin aprobación de la junta y ésta quiere ratificarla después de transcurrido ese tiempo, podrá prescindirse de aquellos informes; porque no puede exigirse para una aprobación o ratificación de una compra requisitos que ya no serían necesarios para la compra misma.

6. Excepciones

Todo este régimen de las adquisiciones tienen tres excepciones:

- Adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad. Por operaciones ordinarias debe entenderse las comprendidas en el objeto social, y no las de tráfico ordinario de toda sociedad y de escasa importancia, porque éstas quedarían excluidas por no alcanzar el 10 por 100 del capital social. La excepción pretende no entorpecer la realización del objeto social, fue introducida por la nueva Ley, y merece una crítica desfavorable porque permite burlar todas las precauciones del precepto: el socio que pretenda defraudar a los demás no tendrá más que orientar el objeto social hacia los bienes u operaciones que él proyecta ofrecer.
- Adquisiciones en Bolsa de valores, dada la objetividad con que ordinariamente se forman los precios.
- Adquisiciones en subasta pública. A estos efectos conviene no confundir el concepto “subasta pública” con el de “subasta en forma pública”, tal vez identificados en las subastas judiciales, regidas por normas procesales que procuran la necesaria publicidad; pero que pueden ir disociados en las subastas notariales, que se rigen por el pliego de condiciones o por las instrucciones del vendedor al Notario; se puede requerir a éste, por ejemplo, para que levante acta de la puja entre dos licitadores presentados por el mismo vendedor, y eso será una subasta en forma pública, pero no una subasta pública. La subasta pública que dispensa de la aprobación de la junta deberá ser con libre admisión de licitadores y públicamente anunciada. De cualquier forma, la excepción merece también una consideración desfavorable, porque lo que trata de evitar la Ley es que la sociedad

- adquiriera un bien por un valor muy superior al real, y la subasta no facilita un precio objetivo, como la Bolsa, sino precisamente un precio superior al del que más haya ofrecido; y desfavorable también porque la subasta puede ser montada por el socio que pretenda defraudar a los demás con la misma facilidad que una venta ordinaria; quizá la ley no quiso decir “subasta pública”, sino “subasta necesaria”.

C) ACTOS ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL

Por razón de sus efectos y tratamiento legal hay que distinguir varias clases de actos entre los que puede celebrar la sociedad en formación. Se tratan todos en el artículo 15 LSA, correspondiente, aunque distinto, al antiguo artículo 7.

a) *Actos de responsabilidad de los gestores*

Son los que inician el artículo 15 LSA: “Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado...”. La solución es correcta y garantiza de la mejor manera posible los derechos de los terceros que contratan con la sociedad. Los efectos del contrato no quedan, sin embargo, claros; los gestores que celebren el acto responden de las obligaciones contraídas a nombre de la sociedad; y habrá que entender que repercutirán también en su beneficio los efectos favorables del mismo acto cuando no sea aprobado por la sociedad; por ejemplo, si se trataba de una compra, responden del precio, pero pueden adquirir la cosa. Lo que ocurre es que la eventual adquisición inmobiliaria no será inscribible a nombre de estos gestores sin que preceda una declaración tripartita (vendedor-sociedad-gestores) para hacer recaer en ellos esas consecuencias jurídicas; declaración que, por parte de la sociedad, puede limitarse a un mero desamparo de sus derechos formulada, incluso a requerimiento judicial o notarial; o, en defecto de acuerdo, una declaración judicial.

b) *Actos condicionados*

Los gestores no responderán de los actos celebrados “... si su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción (de la sociedad) y, en su

caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad". Tal vez el precepto hubiese necesitado un desarrollo mayor para evitar que los fundadores, alargando el proceso de registración de la sociedad (por ej., omitiendo en la presentación algún poder o documento necesario para ella, recurriendo contra la calificación del Registrador, etc.) puedan dilatar la inscripción y, por tanto, la decisión de asumir el acto, para estudiar mientras su conveniencia o la evolución de las circunstancias económicas; la prudencia de los profesionales que intervengan en la negociación debe aconsejar el señalamiento de un plazo máximo para la inscripción y aceptación, transcurrido el cual, el tercero contratante quedaría libre. La falta de este plazo supone tanto como dejar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, en contra del artículo 1.254 CC.

El acto que se celebre con este condicionamiento no puede asimilarse a los celebrados a nombre de otra persona por quien no acredita su representación, porque aquí falta, no ya el elemento justificativo de la representación, sino la persona misma representada y su voluntad; no podrá aplicarse analógicamente el artículo 164.2 del Reglamento Notarial. Notarialmente el acto condicionado a la inscripción y aceptación se asemeja más a los casos contemplados en el artículo 76 del mismo RN: "la aceptación de la oferta a que se refiere el artículo 1.262 y de la estipulación a favor de tercero del artículo 1.257, la ratificación del párrafo segundo del artículo 1.259, todos del Código Civil y, en general, la adhesión a todo negocio jurídico...", y podrá autorizarse, con advertencia de las reservas y limitaciones propias del caso, para recoger la posterior aprobación social, si recayere, en diligencia a continuación si se produce dentro de los sesenta días, o en escritura separada, en otro caso.

Pero la escritura así autorizada no podrá ser inscrita en el Registro de la Propiedad, puesto que recoge un acto al que falta el elemento esencial del consentimiento de una de las partes; sin embargo, no es propiamente un acto inexistente de los comprendidos en el artículo 1.261 CC, sino más bien un acto incompleto que no ha culminado el total ciclo negocial: y tal vez por ello, y porque ese camino no va a ser muy largo, debiera considerarse hipotecariamente que la escritura adolece de defecto subsanable y permitírsele la protección registral provisional a través de la anotación preventiva de suspensión.

c) *Actos de responsabilidad limitada de la sociedad*

La sociedad en formación responde, pero sólo con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios por los actos y contratos indispen-

sables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios”.

Parece que se engloban aquí dos clases de obligaciones:

- Los gastos necesarios para la constitución, que es lógico no sean soportados por los promotores o fundadores; se tratará de gastos de tramitación sin trascendencia registral inmobiliaria.
- Otros en que la responsabilidad de la sociedad, limitada a los bienes aportados, parece surgir más bien de las reglas mixtas de una primitiva comunidad de bienes, mandato a sus gestores y contrato de sociedad. Pueden ser adquisiciones inmobiliarias, en cuyo caso, su tratamiento registral debe ser el mismo del apartado b) anterior; ya que, aunque la vinculación de la sociedad es más sólida, está también supeditada a la inscripción (art. 15.3 LSA); y en cualquier caso, hasta que se produzca esa inscripción en el Registro Mercantil, sigue faltando el elemento esencial de una personalidad jurídica que sustente la inscripción.

d) *Actos aceptados por la sociedad*

Finalmente, según el artículo 15.3 LSA, “una vez inscrita ... también quedará obligada la sociedad por aquellos actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción”, cesando entonces la responsabilidad de socios, administradores y representantes.

El acto, una vez aceptado por la sociedad plenamente constituida, deviene perfecto e inscribible en el Registro de la Propiedad.

La principal cuestión que plantea la interpretación de este apartado es la de si esa aceptación por la sociedad puede recaer una vez transcurrido el plazo de los tres meses. Si se investiga la finalidad del legislador, incluso repasando el antiguo artículo 7 LSA, puede comprobarse que los tres meses no son un plazo preclusivo, sino que suponen la obligación de la sociedad de revisar en ese tiempo los contratos celebrados en su nombre y marcan el momento en que, de no haber recaído la aceptación, queda expedita la vía de responsabilidad de los gestores. Pero la posible responsabilidad del apoderado que se excede en su función no es óbice a la ratificación por el dueño del negocio. La sociedad podrá ratificar el acto aun después de ese plazo, porque no pueden ser de peor condición los actos realizados por los gestores que los realizados por un extraño. Lo que ocurre es que, transcurridos los tres meses, dado que la sociedad no está

vinculada, el tercero podrá optar, bien por exigir la responsabilidad de los gestores, bien por revocar su compromiso conforme al artículo 1.259 CC.

e) *Relación entre los artículos 15 y 41 LSA*

Las normas del artículo 15 LSA que tratan de los que se han llamado “actos condicionados” y “actos de responsabilidad limitada de la sociedad” son normas generales, que han de ceder frente a la más específica del artículo 41 LSA. O sea, los gestores podrán realizar actos que condicionen a la aprobación por la sociedad una vez inscrita, o actos para los que resulten facultados por la escritura o por todos los socios. Pero deberán abstenerse, en los términos vistos, de adquisiciones onerosas comprendidas en el artículo 41 hasta que, inscrita la sociedad y preparados los informes preceptivos, puedan ser aprobadas por la junta general.

IV. DESENVOLVIMIENTO

Una vez constituida la sociedad, y hasta su extinción, puede realizar muy diversos actos; se tratan a continuación los más representativos de la biología social, tratando de dilucidar su mayor o menor trascendencia hipotecaria. Para ello, debe recordarse la norma del artículo 383 RH: “No podrá practicarse a favor de sociedad mercantil ninguna inscripción de aportación o adquisición por cualquier título de bienes inmuebles o derechos reales, sin que previamente conste haberse extendido la que corresponda en el Registro Mercantil. Una vez practicada la inscripción en el Registro de la Propiedad, podrá volverse a presentar el título en el Mercantil para que, por nota al margen de la respectiva inscripción, se hagan constar las inscripciones efectuadas en aquél.” Y, en torno a este precepto, la doctrina, ya expuesta, de la Resolución de 2 de abril de 1986, de que el Registrador de la Propiedad no puede realizar una nueva calificación de los mismos documentos.

A) MODIFICACIONES ESTATUTARIAS ESPECIALES

El artículo 150 LSA, tras referirse en el párrafo 1 a la publicidad del cambio de denominación, domicilio o cualquier modificación del objeto social y a su constatación en el Registro Mercantil, se ocupa en el párrafo 2 solamente de la constancia en otros registros del cambio de nombre. Y, en efecto, las demás modificaciones tienen, para el Registro de la Propiedad, escasa trascendencia pero no nula.

a) *Cambio de nombre*

Dice el artículo 150.2 LSA que “una vez inscrito el cambio de denominación social en el Registro Mercantil, se hará constar en los demás Registros por medio de notas marginales”. Uno de esos Registros es el de la Propiedad; el asiento que debe practicarse no es, pues una inscripción, sino una nota marginal, que debe clasificarse entre las de modificación jurídica. Así lo entendió la Dirección en Resolución de 26 de noviembre de 1971, según la cual no puede “decirse que el referido precepto (antiguo art. 86 LSA equivalente al actual 150) contradice la naturaleza de esta clase de asientos, toda vez que en la misma legislación hipotecaria se regulan diversas notas marginales que la doctrina denomina de modificación jurídica y que tienen por finalidad consignar registralmente hechos o circunstancias que alteran la situación jurídica registrada sin tener la trascendencia necesaria para motivar una nueva inscripción”.

En cuanto al título formal, la misma Resolución de 26 de noviembre de 1971 dice que “los títulos que pretenden tener acceso al Registro deben contener la descripción de las fincas a que los mismos se refieran, sin que siquiera sea suficiente, como regla general, la simple consignación de los datos registrales y sólo en algunos supuestos excepcionales se admite por la legislación hipotecaria practicar asientos respecto a todos los bienes inscritos a nombre de una persona en virtud de títulos que no los describan, sin que sea uno de dichos supuestos el de la nota prevista en el artículo 86 (hoy 150) de la Ley de Sociedades Anónimas”. A pesar de todo, no parece esencial que la descripción de las fincas propiedad de la sociedad que cambia de nombre haya de hacerse precisamente en la misma escritura de modificación estatutaria, y aún será raro que se haga así; el cambio de nombre en el Registro de la Propiedad puede solicitarse en virtud de instancia en la que se describan reglamentariamente los bienes y a la que se acompañe copia de la escritura de modificación; el artículo 298 RH se refiere a la inmatriculación en virtud de un “título singular o universal que no describa o especifique las fincas o derechos adquiridos”, y para las inscripciones posteriores debe admitirse también.

b) *Cambio de objeto*

El mismo artículo 150 LSA no prevé que el cambio de objeto se haga constar en el Registro de la Propiedad; sin embargo, cabría imaginar el interés de esa posibilidad cuando el cambio de objeto pueda influir, para un acto o contrato que se pretenda realizar, en los poderes dispositivos de los administradores, o incluso de la misma sociedad, cada vez más limitada

en el Derecho moderno por la definición legal de objetos exclusivos y excluyentes. Si se pretendiese esa constancia registral del cambio de objeto, la forma adecuada, por analogía con el cambio de nombre, habría de ser también la nota marginal.

c) *Cambio de domicilio.*

Tampoco prevé el artículo 150 LSA la constancia en el Registro de la Propiedad del cambio de domicilio. Sin embargo, también se podría reflejar en nota marginal de modificación jurídica en algunos casos, no frecuentes, como, por ejemplo, cuando el cambio de domicilio implique también cambio de nacionalidad y, por tanto, del régimen jurídico aplicable a la sociedad.

La sociedad deudora hipotecaria o tercera poseedora de finca hipotecada puede también cambiar el domicilio fijado registralmente para notificaciones y requerimientos en el procedimiento judicial sumario. Pero este es un cambio que poco tiene que ver con lo que la Ley de Sociedades Anónimas regula como cambio de domicilio, porque ese “domicilio hipotecario” es señalado arbitrariamente por el deudor; el artículo 130 LH se refiere a la determinación “de un domicilio, que fijará el deudor”, pero no exige que se trate precisamente del domicilio “del” deudor, que muchas veces no desea tener, en la inmediatidad de sus oficinas, empleados a vecinos, notoriedad ninguna de sus deudas; el domicilio señalado debe ser el lugar donde el deudor desea recibir las notificaciones; puede ser el de un gerente o administrador, el de su Abogado, o el de empresas especializadas en la recepción de mensajes. Este domicilio (mejor sería decir “dirección”) puede variarse por la especial tramitación registral regulada en el artículo 130 LH, y no requiere constancia previa alguna en el Registro Mercantil ni en ningún otro.

B) AUMENTO Y REDUCCIÓN DE CAPITAL

La Ley sujeta las aportaciones no dinerarias al mismo régimen en el aumento de capital que en la constitución, especialmente en cuanto al informe de expertos independientes; y, también igual que en la constitución, debe afirmarse que el Registro de la Propiedad inscribe la transmisión inmobiliaria que supone la aportación del socio, y no el aumento de capital, cuya calificación corresponde al Registro Mercantil. Hoy ni siquiera se plantea el antiguo problema de que la aportación y las acciones recibidas a cambio hubiesen de superar el obstáculo del derecho de prefe-

rente suscripción de los demás socios, puesto que la exclusión de este derecho aparece regulada claramente en el artículo 159 LSA.

Lo mismo debe decirse de la reducción de capital, cuando se haga con devolución de aportaciones inmobiliarias a alguno de los socios o a todos.

C) TRANSFORMACIÓN

La transformación de una sociedad anónima en otra de distinta clase, o viceversa, según el artículo 228 LSA “no cambiará la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subistiendo bajo la forma nueva”. Permaneciendo, pues, la personalidad jurídica, la transformación no da lugar a ninguna transmisión inmobiliaria. Por tanto, parece que, a efectos del Registro de la Propiedad, deben equipararse la transformación y el cambio de nombre, y reflejarse por nota marginal de modificación jurídica, por muchas y profundas que sean las diferencias entre ambas figuras en el ámbito mercantil.

D) FUSIÓN Y ESCISIÓN

Como en la constitución y en el aumento de capital, no son las figuras mercantiles de la fusión y escisión las que han de inscribirse (y calificarse) en el Registro de la Propiedad, sino las transmisiones inmobiliarias que se deriven de aquéllas, sea en favor de personas jurídicas anteriormente existentes, sea de las creadas en la operación; éstas son las posibles transmisiones:

- De las sociedades fusionadas a la de nueva creación.
- De la sociedad absorbida a la absorbente.
- De la sociedad “matriz” a la escindida o a la que absorbe a ésta.
- De la sociedad que se divide a cada una de las resultantes o a las que absorben a éstas.

Como tales transmisiones inmobiliarias se recogerán en asiento de inscripción (art. 2.1 LH).

En cambio, no hay transmisión, y no habrá lugar a asiento alguno inmobiliario:

- En la sociedad absorbente, respecto a sus propios bienes, sin perjuicio de que se reflejen otras modificaciones estatutarias, como el eventual cambio de nombre (como en el caso contemplado en la Resolución de 26 de noviembre de 1971).

- En la sociedad “matriz” de una escisión por segregación, respecto a los bienes que conserva.
- En la sociedad que absorbe a la escindida, respecto a los bienes que anteriormente le pertenecían.

E) OBLIGACIONES HIPOTECARIAS

Tres puntos de contacto puede tener con el Registro de la Propiedad la emisión de obligaciones hipotecarias: la propia emisión de las obligaciones, la modificación de condiciones de la emisión y la cancelación de la garantía.

a) *Emisión de obligaciones*

La emisión de obligaciones con garantía hipotecaria debe inscribirse primero en el Registro de la Propiedad y después en el Mercantil. Así resulta de la propia naturaleza de la hipoteca, cuya inscripción es constitutiva, y así lo supone el artículo 274.5.ª RRM, que exige hacer constar en la inscripción en el Registro Mercantil “el Registro público donde se ha inscrito la hipoteca”. Pero en este caso no puede decirse que el Registro de la Propiedad inscriba el derecho real de hipoteca y el Mercantil la emisión de obligaciones; el carácter accesorio de la hipoteca hace que en el Registro de la Propiedad deba inscribirse todo el complejo negocio jurídico de emisión de obligaciones con garantía hipotecaria (como se inscribe en su caso todo el complejo del préstamo hipotecario). Y por eso cabría preguntarse si la doctrina de la Resolución de 2 de abril de 1986, de que el Registrador de la Propiedad no puede volver a calificar los documentos inscritos en el Registro Mercantil, es aplicable a la inversa; parece que sí, puesto que hay igualdad de razón, salvo la calificación que pueda emitirse en el Registro Mercantil por obstáculos que surjan del mismo.

Efectivamente, la calificación del Registrador de la Propiedad y del Mercantil recaerían sobre materias sustancialmente idénticas; pero el contenido de la inscripción en uno y otro Registro presenta algunas diferencias. Procede examinar separadamente ambos extremos, calificación e inscripción.

1. Calificación en el Registro de la Propiedad

El Registrador de la Propiedad ha de calificar la escritura de emisión de obligaciones con garantía hipotecaria, otorgada por la representación

de la sociedad, y por el comisario “en nombre de los futuros obligacionistas” (art. 283 LSA). La calificación se hará según las reglas generales, pero habrá de prestarse especial atención a:

- Acuerdo de la junta con los quórum cualificados de concurrencia o de voto del artículo 103 LSA.
- Constitución del sindicato de obligacionistas.
- Autorización administrativa previa, si fuere necesaria de acuerdo con el artículo 25 LMV; y, en cualquier caso, según el artículo 26 LMV, comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y registro de ésta del acuerdo de emisión, auditoría de estados financieros y folleto informativo de la emisión.

En cambio, no deben exigirse ni calificarse otros requisitos que han de ser previos a la inscripción de las obligaciones, pero no a la inscripción, como la publicación del acuerdo por la Comisión (art. 26 LMV) o, en el *BORME*, por la sociedad (art. 286 LSA).

2. Circunstancias de la inscripción

Habrán de buscarse en una regulación diseminada por diversos preceptos, serán:

- 1.º Las generales de la legislación hipotecaria (arts. 9 LH y 51 RH).
- 2.º Las “propias de la constitución de hipoteca”, como dice el artículo 154 LH, “que quedará constituida a favor de los tenedores presentes o futuros de las obligaciones”.
- 3.º Las que puedan tener trascendencia hipotecaria entre las exigidas por el artículo 274 RRM, que regula las de inscripción en el Registro Mercantil; éste permite prescindir del artículo 154 LH, ya que amplía sus circunstancias, alguna de las cuales ha quedado obsoleta en la nueva regulación (como la exigencia de títulos talonarios, frente a las anotaciones en cuenta):
 - Identificación de la sociedad (según el artículo 51 RH), por su “clase, denominación y domicilio, el hecho de su inscripción en el Registro (Mercantil)”; no interesan para el Registro de la Propiedad el capital ni el valor de los bienes y reservas.
 - “El importe total de la emisión y la serie o series de los valores que deban lanzarse al mercado, indicando si se representan por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta.”
 - “Las condiciones de la emisión, la fecha en que deba abrirse la suscripción y el plazo para su realización.”

- “El valor nominal, así como los intereses, vencimientos y primas y lotes de las obligaciones, si los tuviere.”
- “La constitución del sindicato de obligacionistas; pero no parece necesaria la exacta especificación del funcionamiento y de las reglas sobre relaciones entre la sociedad y el sindicato; todo esto puede considerarse materia propia de las relaciones entre acreedor y deudor, de carácter personal y, por tanto, sin trascendencia hipotecaria. El tercero que quiera conocer estos extremos deberá acudir al Registro Mercantil y no al de la Propiedad.

b) *Modificación de garantías*

El artículo 278 RRM prevé la modificación de las condiciones de la emisión convenida entre la sociedad y el sindicato. Si esa modificación afecta a la hipoteca o a la obligación garantizada, y no a relaciones personales entre deudora y sindicato, también será precisa la previa inscripción en el Registro de la Propiedad, con las consecuencias vistas en el apartado anterior.

c) *Cancelación de garantías*

El artículo 279 RRM contiene una tácita remisión al artículo 156 LH, ya que la cancelación de la emisión en el Registro Mercantil ha de hacerse presentando “cualquiera de los documentos a que se refiere el artículo 156 de la Ley Hipotecaria” con la nota de haberse practicado la cancelación o cancelaciones correspondientes en el Registro de la Propiedad. También podrá practicarse en virtud de certificación literal o en relación de la cancelación practicada, expedida por el Registrador de la Propiedad; pero las cosas han variado mucho desde la redacción del precepto hipotecario, y es preciso hacer, sobre el, algunas puntualizaciones.

1. *Anotaciones en cuenta*

Si las obligaciones están representadas por anotaciones en cuenta, el supuesto no está previsto, como es lógico, en la Ley Hipotecaria; adviértase que la inutilización de un título no puede sustituirse por la inutilización del certificado expedido por la entidad encargada del registro contable, ya que, según el artículo 12.2 LMV, “dichos certificados no conferirán más derechos que los relativos a la legitimación. Serán nulos los actos de

disposición que tengan por objeto los certificados”; efectivamente, el certificado en favor de la entidad emisora de las obligaciones puede acreditar el pago de la deuda, pero no garantiza que la obligación no se ponga de nuevo en circulación. Debe entenderse que la inutilización del título exigida en la Ley Hipotecaria equivale, en los representados por anotaciones en cuenta, a cancelación de sus asientos contables. El artículo 309 LSA parece entenderlo así cuando, para cancelar las garantías con subsistencia de la obligación, considera “preciso devolver los certificados a que se refiere el artículo 12 de la Ley del Mercado de Valores y practicar el consiguiente asiento de modificación”; asiento de modificación que será de cancelación cuando se trate de extinguir tanto la deuda como su garantía hipotecaria.

2. Convenios de rescate

Los convenios de rescate de las obligaciones celebrados entre la sociedad emisora y el sindicato, conforme al artículo 280 RRM, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad cuando, conformes también con el último párrafo del artículo 156 LH (que exige la aprobación de “los tenedores que representaren las tres cuartas partes de los títulos en circulación”), se dirijan a la cancelación total o parcial de la garantía hipotecaria; si sólo contienen la obligación de hacerlo en lo futuro, su registración se dirigirá únicamente a modificar las condiciones de pago pactadas en la emisión, a través de una inscripción de rectificación de la principal.

3. Límite cuantitativo de la emisión

Según el artículo 282 LSA la emisión de obligaciones no puede ser “superior al capital social desembolsado, más las reservas que figuren en el último balance aprobado y las cuentas de regularización y actualización de balances, cuando hayan sido aceptadas por el Ministerio de Economía y Hacienda”; el precepto no afecta al Registro de la Propiedad, pues, según el artículo 284 LSA, la limitación impuesta por razones de capital y reservas no será aplicable cuando la emisión esté garantizada con hipoteca. Pero podría preguntarse si impide que, como se prevé en algunos preceptos de la Ley, se cancele la garantía con subsistencia del crédito, cuando este crédito exceda de aquel límite. En principio no debe obstaculizarse la cancelación si recae la aprobación del sindicato conforme al último párrafo del artículo 156 LH, puesto que el equilibrio entre las obligaciones en circulación y la suma de capital y reservas se defiende por

la Ley en interés exclusivo de los obligacionistas, como demuestra el artículo 289 LSA, que permite romper ese equilibrio mediante la reducción del capital o de las reservas siempre que se preste el consentimiento del sindicato.

V. EXTINCIÓN

A) LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN

La representación de la sociedad después de declararse en liquidación corresponde a los liquidadores; puede examinarse esa representación en paralelismo con la de los administradores durante la vida social ordinaria.

a) *Ejercicio*

Según el artículo 268 LSA “Cuando los estatutos no hubieren establecido normas sobre el nombramiento de liquidadores, corresponderá su designación a la junta general. El número de liquidadores será siempre impar”. Actuarán, según el artículo 269 LSA, bajo la fiscalización de los interventores que pueden nombrar el sindicato de obligacionistas y los accionistas que representen la vigésima parte del capital social; y, según el artículo 270 LSA, bajo la presidencia, en los casos de importancia, de la persona que puede designar el Gobierno para velar por el cumplimiento de las leyes y del estatuto social.

Es frecuente la previsión estatutaria de que sean liquidadores los mismos administradores; pero la exigencia de número impar obligará a establecer en los estatutos el cese de uno de ellos cuando sea par el de administradores (el más antiguo o el más moderno, el de más o el de menos edad); y cuando haya llegado a ser par con posterioridad (por cese de alguno o algunos), la junta que acuerde la disolución deberá proveer al nombramiento o cese de un administrador como liquidador.

Según el artículo 209 RRM en la inscripción del nombramiento de liquidadores “se hará constar su identidad y el modo en que han de ejercitar sus facultades”. Si se quiere establecer un paralelismo con los administradores, parece no cabe nombrar un liquidador único, varios solidarios (pero no dos mancomunados por la exigencia del número impar) que decidan por mayoría y actúen colegiadamente, o individualmente por delegación de la junta o de los demás liquidadores.

b) *Ambito*

La sociedad en liquidación no pierde, mientras la liquidación se realiza, su personalidad jurídica (como expresamente declara el art. 264 LSA) ni sufre una *capitisdiminutio*; pero, como ha de cesar en la explotación que constituía su objeto y encaminar toda la actividad social a la liquidación, no tiene por qué celebrar nuevos actos y contratos en relación con dicha explotación. Por eso el artículo 228 C. de C. limita la actuación de los liquidadores “a percibir los créditos de la compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo, y a realizar las operaciones pendientes”, a las que añade el artículo 272 LSA “las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad”. El objeto social pierde su valor de guía de la actividad social y medida de las facultades de sus representantes; pero, en cambio, por otra parte, el objeto no limita a los liquidadores como lo hace con los administradores; los primeros pueden, por ejemplo, enajenar los bienes sociales, todos los bienes sociales, lo que tal vez fuese, para los administradores, contrario u obstativo al objeto social.

Pero el poder de los liquidadores, distinto en su ámbito al de los administradores, es también un poder tipo de contenido legal mínimo que la sociedad puede ampliar, pero no limitar. Ese contenido se encuentra en el artículo 272 LSA.

c) *Forma*

El nombramiento de liquidadores se inscribe, y se acredita, igual que el de los administradores (art. 211 RRM); su inscripción en el Registro Mercantil es igualmente obligatoria (arts. 22.2 C. de C. y 125 LSA); y la vigencia del cargo no está sujeta a plazo de caducidad, sino que el nombramiento se entiende efectuado “por todo el período de liquidación” (artículo 209 RRM).

B) EN ESPECIAL, LA VENTA DE BIENES. SUBASTA

Según el artículo 272 LSA “incumbe a los liquidadores de la sociedad: ... c) Realizar aquellas operaciones comerciales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad. d) Enajenar los bienes sociales. Los inmuebles se venderán necesariamente en pública subasta.”

a) *Regla general: venta y subasta*

La regla general en la liquidación es la venta de todos los bienes, para pago de deudas y de cuotas de liquidación, y, en cuanto a los inmuebles, en subasta pública. Y debe recordarse lo antes dicho sobre la diferencia entre subasta pública y subasta en forma pública; establecido este requisito en garantía de acreedores y de socios, será necesaria una subasta en forma pública y, además, públicamente anunciada.

No obstante, ambas reglas, de venta y de subasta, admiten excepciones, como se verá a continuación.

b) *Excepciones a la venta*

Los bienes sociales no han de ser enajenados necesariamente. Por supuesto que, como dice el artículo 277 LSA, “los liquidadores no podrán repartir entre los socios el patrimonio social sin que hayan sido satisfechos todos los acreedores o consignado el importe de sus créditos”. Pero, cuando el activo sea superior al pasivo y hayan sido pagados todos los acreedores, cabe que las cuotas de liquidación se paguen mediante la adjudicación de bienes a todos los socios, o sólo a un socio o grupo de socios con pago a los restantes en dinero. Esta posibilidad se deriva del principio general de libertad de pacto y podría también deducirse de los artículos 277 LSA y 207 RRM, que sujetan la liquidación a las normas establecidas en los estatutos, o por la junta.

Pero la adjudicación a un socio o grupo de socios propiciaría que los dominantes consiguieran una adjudicación por valor inferior al real de los bienes, en perjuicio de los demás socios; si la junta fuese soberana en este punto, la mayoría podría expoliar a la minoría, precisamente en un derecho del accionista tan esencial como el de la cuota de liquidación. Por ello parece exigible no sólo que el proyecto de división se apruebe por la junta general (sin que sean exigibles los quórum de concurrencia o de voto propios de las modificaciones estatutarias), sino también que cada una de las adjudicaciones proyectadas se apruebe por mayoría de las acciones pertenecientes a los socios no adjudicatarios, por analogía con lo que exige el artículo 148 LSA para los acuerdos que lesionen directa o indirectamente los derechos de una clase de acciones.

Cumplidos estos requisitos para la adjudicación de bienes a los socios, la escritura en que se formalice deberá otorgarse con intervención de los adjudicatarios; la Resolución de 13 de febrero de 1986 rechazó el que, por aplicación subsidiaria a la liquidación de sociedades de las normas sobre partición de herencias, el liquidador realice por sí solo la adjudicación a la

manera de un contador partidario; ya que, al implicar esta adjudicación una transmisión de dominio, “las normas de derecho inmobiliario exigen que se pueda apreciar la capacidad de los adjudicatarios como comparecientes en la escritura calificada, para la que es necesaria su comparecencia”.

c) *Excepciones a la subasta*

La subasta en la venta de inmuebles es requisito para garantía de los acreedores (que se verían perjudicados por la venta de los bienes sociales por precio vil); pero algunos acreedores pueden ser precisamente de dominio de bienes concretos, que reclaman una adjudicación directa. Y también es requisito de garantía de los mismos accionistas (cuyas cuotas de liquidación se reducirían o desaparecerían en el mismo caso). Por eso cabe entender:

1. Enajenaciones anteriores

La subasta no procede cuando se trate de enajenaciones convenidas anteriormente (v. gr., derivadas de una opción de compra concedida por la sociedad) o de formalización de operaciones pendientes (v. gr., elevación a pública de una venta en documento privado). Estas operaciones no son propiamente de “enajenación de bienes sociales” del párrafo *d)* del artículo 272 LSA, sino más bien de las “operaciones comerciales pendientes” del párrafo *c)*. Para todas ellas está legitimado el liquidador sin necesidad de autorización expresa por los estatutos o por la junta; pero, cuando se trata de formalizar una venta perfeccionada con anterioridad, ha de resultar claramente del acto otorgado que se trata de tal formalización de una operación pendiente, y no dar al documento la forma de una venta *ex novo* hablando, en presente, de que la sociedad “es” dueña de la finca (porque dejó de serlo al vender), de que “vende” (en realidad vendió), o de que “está” libre de cargas y arrendatarios (libertad que la sociedad ignora en el momento presente).

2. Venta directa

Pagados o afianzados los créditos, la junta general puede autorizar la venta directa de algunos o de todos los bienes. En esta autorización vuelve a producirse el peligro de expolio de la minoría que antes se señalaba, puesto que los socios mayoritarios pueden propiciar ventas en condiciones

ventajosas en favor de familiares o testaferros; y como ese peligro no puede conjurarse ahora con la exigencia de mayorías en grupos especiales de acciones, no cabe más garantía de los accionistas que el acuerdo unánime en junta universal; y sin que quepa admitir la autorización por mayoría para la enajenación de bienes concretos, porque la importancia de la subasta y la razón de su exigencia no puede medirse por el número de bienes. La falta de tal acuerdo unánime en junta universal facultará a cualquier accionista para impugnar el acuerdo solamente mayoritario, conforme a los artículos 115 y sigs. LSA, como contrario a la Ley y, en especial, al “necesariamente” del artículo 272 LSA.

3. El tercer adquirente en otros casos

Mientras no estén pagados todos los acreedores o consignado el importe de sus créditos, no cabe enajenar bienes inmuebles sin el requisito de la subasta; así debe interpretarse el repetido “necesariamente” del artículo 272 LSA. Sin embargo, la eventual enajenación directa acordada por la junta y realizada por los liquidadores no debe perjudicar al tercer adquirente, a quien no se puede pedir que descienda a averiguar si están pagadas las deudas; las acciones de los acreedores no pueden ser las de nulidad del artículo 115 LSA, sino las rescisorias de los artículos 1.291.3.º CC y 37.4.º LH, que sólo “perjudicarán a tercero ... cuando hubiese adquirido por título gratuito (o) ... cuando, habiendo adquirido por título oneroso, hubiese sido cómplice en el fraude”.

C) OPERACIONES PENDIENTES TRAS LA EXTINCIÓN

En ocasiones la sociedad termina su proceso registral de extinción olvidando que quedan pendientes algunas relaciones jurídicas; el olvido debe tener distinta trascendencia según se trate de relaciones con contenido económico o sin él.

a) *Operaciones de contenido económico*

Es raro que la sociedad, pese a las garantías contables de que la ley rodea el proceso de extinción, olvide incluir en la liquidación algún bien o derecho de contenido económico; pero si así fuera, la liquidación habrá sido incorrecta, no se habrá extinguido la personalidad jurídica de la sociedad ni el mandato de los liquidadores, y no habrá más posible subsanación que la rectificación de la escritura de liquidación por los liquida-

dores y de la cancelación de la sociedad en el Registro Mercantil, para concluir correctamente el proceso liquidatorio.

Esto desde el punto de vista de la sociedad. Por lo que respecta al eventual deudor que quiera cumplir su obligación con la sociedad y conseguir la devolución o cancelación de las garantías, tiene a su disposición el recurso de la consignación de los artículos 1.176 y sigs. CC; según el 1.180.1 “hecha debidamente la consignación, podrá el deudor pedir al Juez que mande cancelar la obligación”.

b) *Operaciones sin contenido económico*

Lo más frecuente es que algunas obligaciones pendientes de la sociedad sean olvidadas precisamente por ser meramente formales, sin trascendencia económica para la sociedad en liquidación ni, consiguientemente, para los socios; es el caso, por ejemplo, de bienes vendidos sin haberse otorgado escritura pública, de precios cobrados sin haberse otorgado la carta de pago, de documentos erróneos o defectuosos que deben rectificarse o subsanarse. El rigor formal de rehacer el proceso liquidatorio parece excesivo: no puede exigirse la cancelación del asiento de cancelación social en el Registro Mercantil para realizar la operación pendiente y volver a cancelar en los mismos términos. La práctica ha sugerido otras soluciones alternativas:

1. La actuación unilateral del acreedor

En el derecho de obligaciones y en el hipotecario hay una serie de figuras que permiten al acreedor de aquellas obligaciones formales una actuación unilateral. Algunas tienen, desde antiguo, una regulación típica, como ocurre con la limitación temporal del usufructo en favor de personas jurídicas (art. 515 CC) o de gravámenes sobre el usufructo (art. 107 LH y 175.1.º RH), que permitirán prescindir del consentimiento de la sociedad usufructuaria extinguida; con la cancelación del retracto convencional por “caducidad”, a instancia del concedente, una vez transcurrido el plazo de ejercicio (art. 177 RH); y en general, con la cancelación de asientos caducados en el Registro de la Propiedad (art. 353.3 RH, entre otros muchos), que podrá conseguirse por mera solicitud del interesado, incluso presunta, al margen de la voluntad del titular registral. Pero otras figuras y recursos han sido forjados muy recientemente; son ejemplos de ello:

- La cancelación de la condición resolutoria por demostración del pago. Las más recientes resoluciones de la Dirección General afir-

man la posibilidad de que el comprador pueda solicitar por sí mismo la nota cancelatoria de la condición resolutoria explícita, acreditando objetivamente el hecho del pago; el caso más representativo de “demostración objetiva del hecho del pago”, y el primero en forzar una jurisprudencia registral que constituye su única regulación, es el acta notarial acreditativa de la tenencia por el comprador de las letras de cambio representativas del precio aplazado; no es necesario para ello el consentimiento previo del vendedor (pueden verse varias resoluciones a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1980 hasta las Resoluciones de 3 y 4 de diciembre de 1986); pero es indispensable (Resolución de 21 de julio de 1986) que las letras “aparezcan reseñadas en forma que no ofrezca duda su identificación”, o sea, con “dato tan esencial como es la serie y el número de la letra”; aunque, a diferencia de la cancelación de hipoteca cambiaria, no sea precisa la inutilización de la letra, porque la condición resolutoria no garantiza el pago de ésta, sino el pago del precio, y no a cualquier tenedor, sino precisamente al vendedor.

Por otra parte, las Resoluciones de 3 y 4 de diciembre de 1986 se refieren a la “necesaria cancelación de un asiento cuando se justifica fehacientemente la completa extinción del derecho inscrito”; la Resolución de 21 de julio de 1986 se remite al “buen criterio del Notario y Registrador”, que podrá resolver los casos concretos que se presenten. Sin embargo, esta reiterada apelación a “demostraciones objetivas” no era muy necesaria (se trataba en todos los casos de una demostración del pago por exhibición de letras, que ya estaba suficientemente consolidada), a no ser que se entienda como una invitación a la búsqueda de nuevos caminos. Y tal vez la próxima “demostración objetiva del hecho del pago” sea la que pueda hacerse justificando el ingreso en una cuenta bancaria señalada al efecto por el vendedor.

- La cancelación de la condición resolutoria por “caducidad”. Bien entendido que se trata de una caducidad impropia, referida al caso de que se establezca un plazo máximo para su ejercicio de tal forma que el vendedor consiente que, transcurrido dicho plazo, el comprador pueda pedir por sí solo la constancia registral de extinción de la condición. La Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse sobre dos de estas cláusulas, rechazando la Resolución de 11 de diciembre de 1974 las de cancelación por caducidad del asiento conforme al artículo 355 (hoy 353.3) RH, por tratarse de un precepto excepcional y por regularse la caducidad de los asientos por normas de orden público sustraídas a la disposición de los particulares; y admitiendo la Resolución de 28 de noviembre de

1978 las que (más acertadamente) establecían la cancelación por caducidad del derecho potestativo de resolución, es decir, que, pactado un plazo de ejercicio de la facultad resolutoria, la nota cancelatoria se extenderá a petición de cualquier interesado (comprador o posterior adquirente o titular de derecho real), pero no de oficio por el Registrador.

- El ejercicio unilateral de la opción de compra. Con apoyo en las Resoluciones de 7 de diciembre de 1978 y 7 de septiembre de 1982, el supuesto es que el derecho de opción de compra (en este caso, el concedido por la sociedad antes de extinguirse) se pacte como derecho real inscribible de manera que, en su ejercicio, sea suficiente la simple voluntad afirmativa del optante expresada en escritura pública para que quede perfeccionada la compraventa y consumada la tradición; para ello, el optante deberá tener pagado o consignado el precio.
- La cancelación de la opción por “caducidad”. Se trata, en este caso, de la cancelación de un derecho de opción que un tercero hubiese concedido a la sociedad extinguida. La doctrina y la práctica no admiten unánimemente la cancelación de la opción por “caducidad”; sin embargo, esta posibilidad se deduce claramente del artículo 174.1 RH: “La misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción será título suficiente para cancelarla si resultare de ella o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado ha caducado o se ha extinguido”; a la alegación de que la opción ha podido ser prorrogada o ejercitada judicial o extrajudicialmente, cabría responder que el Registrador sólo ha de calificar por los documentos presentados y los libros del Registro; no le corresponde la protección de situaciones extrarregistrales que no han buscado el auxilio del Registro y a las que, analógicamente, se le pueden conceder, a lo sumo, los ocho días de gracia previstos por el artículo 177 RH para el retracto convencional.

2. El llamado “poder *post mortem*”

La sociedad, previendo eventualidades de esta especie, puede otorgar antes de su cancelación, un poder en favor de los liquidadores, de algún socio, o de una tercera persona. Esta es una posibilidad que no puede rechazarse, sin más, por la consideración rigorista de que, según el artículo 1.732 CC, “el mandato se acaba ... por muerte ... del mandante”, porque la muerte no es equiparable a la extinción social, donde no hay herederos, ni puede decirse en puridad que la sociedad se haya extinguido mientras

quede una operación pendiente. Cuando el artículo 212.2.3.^a RRM habla de que se haga constar en la cancelación de la sociedad “el importe de las cantidades consignadas y de las aseguradas, así como la entidad en que se hubieran consignado y la que hubiera asegurado el pago de los créditos no vencidos”, se está refiriendo claramente a un mandato *post mortem* que la sociedad confiere a una entidad para pago de deudas aún no vencidas; y la obligación pendiente de pago de dinero no debe ser a estos efectos de mejor condición que la obligación de otorgar una escritura de venta o de pago.

3. Actuación *post mortem* de los liquidadores

Según la Resolución de 28 de julio de 1986, “la liquidación termina con el cumplimiento de estas funciones (las de los liquidadores), y en particular, cuando se agotan las relaciones jurídicas de las que la sociedad es titular, porque hasta entonces ha de persistir la personalidad de la sociedad como sujeto de derechos y obligaciones y han de persistir las facultades de los liquidadores en relación con los terceros”; en el caso contemplado añadía que “no puede hacerse constar, todavía, en el Registro la total extinción de la sociedad, porque de los títulos presentados resulta que aún no han quedado extinguidas todas las deudas sociales ... mientras esto no ocurra no puede el Registro reflejar la liquidación y extinción de la personalidad jurídica de la sociedad.

Mientras subsisten relaciones jurídicas de las que la sociedad es titular no se extingue la personalidad jurídica ni el poder de los liquidadores; la hoja registral tampoco puede cancelarse; pero sí, a pesar de todo, se cancelara, no se extinguirán por ello la personalidad y los poderes, sino que los liquidadores podrían seguir actuando. Esta solución se rechaza en ocasiones alegando el carácter de la inscripción social en el Registro Mercantil, constitutivo de la personalidad jurídica; pero una cosa es que la sociedad no nazca como tal persona hasta la inscripción, y otra es que se extinga por una cancelación errónea, incorrecta o, como es el caso, apresurada; la personalidad nace por la inscripción, hasta entonces la sociedad no es sujeto de derechos; pero no subsiste por un aliento vital de la inscripción, sino por la necesidad de dotar de sujeto a unas relaciones jurídicas que aún no se han extinguido.

Problema distinto es si será preciso, para la actuación de los administradores, la previa cancelación de la inscripción social. Tal vez debiera exigirse cuando esa actuación tenga una significación económica, para evitar una gestión clandestina hacia los socios y concluir con éstos la liquidación. Pero resultaría de un rigor formal excesivo la exigencia de

una rectificación de la escritura de liquidación y de la cancelación, cuando la gestión pendiente carezca de trascendencia económica (carta de pago, cancelación de garantías, formalización en escritura pública de contratos privados, etc.); si hubiera de procederse a esa rectificación, serían los liquidadores los legitimados para hacerlo; y si lo están para eso, también debe reconocérseles legitimación para el cumplimiento de obligaciones formales sin trascendencia económica, sin obligar a rodeos costosos, complicados e inútiles.

4. Soluciones judiciales

Si por la negativa de apoderados o liquidadores, o por el transcurso del tiempo, no fuese posible acudir a alguna de las dos anteriores soluciones, el tercero interesado en exigir a la sociedad el cumplimiento de una obligación formal no tendrá más solución que la judicial, a través de varias posibles vías:

- El juicio declarativo contra la sociedad cancelada, dirigido a obtener una sentencia declarativa (del pago de una deuda y extinción de condición resolutoria, por ej.) o de condena (al otorgamiento de escritura, y otorgamiento de la misma en ejecución de sentencia).
- El expediente de liberación de cargas y gravámenes, dirigido a obtener el mandamiento formal de cancelación de la condición resolutoria, hipoteca, etc.
- El expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido de los artículos 200 y sigs. LH; pero debe tenerse en cuenta que este sistema sólo es posible cuando las inscripciones contradictorias tengan la antigüedad requerida y cuando realmente haya habido una ruptura del tracto; respecto a esto último, es doctrina de la Dirección General (v. Resolución de 30 de mayo de 1988 y después la Resolución de 27 de junio de 1989, que no pudo entrar en el fondo por motivos formales) que la finalidad del expediente de dominio es declarar la adquisición por el promotor cuando éste no trae causa directa del titular inscrito, pero no cuando es adquirente de dicho titular, porque el asiento a favor del transmitente está bajo la salvaguardia de los Tribunales y no puede ser rectificado mediante la inscripción de las transferencias más que por la presentación del título adecuado o por resolución judicial que ordene la rectificación, dictada en juicio declarativo, que asegure la tutela del derecho del transmitente. Tal vez debiera suavizarse este rigor cuando el transmitente al que se pretende proteger es una sociedad

extinguida, porque hay una real ruptura del tracto por desaparición del titular registral sin dejar sucesor.

VI. LA NOTA AL PIE DEL TÍTULO

A) LA NOTA AL PIE DEL TÍTULO Y LA REFORMA DEL REGLAMENTO NOTARIAL

Según el artículo 253 LH “al pie de todo título que se inscriba en el Registro de la Propiedad pondrá el Registrador una nota, firmada por él, que exprese la especie de inscripción o asiento que se haya hecho, el tomo y folio en que se halle, el número de finca y el de la inscripción practicada”.

Hasta ahora, la acumulación al documento de hojas destinadas a notas fiscales, de otros Registros administrativos, de Registros de la Propiedad donde radicasen otras fincas comprendidas en el documento, y del mismo Registro para hacer constar los datos de presentación, hacían que la nota de despacho no se extendiese, como correspondía a su nombre, “al pie del título”, sino varias hojas más atrás; con ello, no podía decirse que la nota tuviese fehaciencia pública, porque la hoja en que se extendía podía ser fácilmente separada del documento y añadida, errónea o fradulentamente, a otro distinto; el sello del Registro estampado a caballo sobre dos folios contiguos, o el comienzo en un folio con “Ins-” o “Inscrito ...” para continuar en el siguiente con “... el precedente documento ...” no podían considerarse una garantía seria; sólo en casos extremos, como cuando la nota se pedía para recurrir contra ella, se acudía a una identificación con la reseña del documento: “Inscrito (o suspendida la inscripción de) el precedente documento —escritura autorizada por el Notario de ... don ... el día ..., número ... de protocolo— en el tomo (o por el defecto) ...”.

El problema no era muy grave porque esta nota no tenía, quizá porque no podía tener, más valor que el meramente informativo de que el documento había sido inscrito; el artículo 225 LH dice que “la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sólo podrá acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro”, y lo mismo debe entenderse de la titularidad registral u otros extremos de la inscripción, cuya justificación fehaciente no debe hacerse por la nota en el título, sino por certificación.

Pero el Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, en su artículo 3.º contiene una disposición adicional que añade un nuevo párrafo al artículo 241 del Reglamento Notarial; este artículo regula la nota de suscripción de copias

y, entre sus requisitos, incluye “el número de pliegos, clase, serie y numeración de su timbre o de los móviles con que vayan reintegrados los anteriores al de la autorización”. El párrafo añadido ahora dice que “igualmente se reseñarán, rubricarán y sellarán el folio o pliego que se agregue a la copia para la consignación de notas por los registros y oficinas públicas”. Con lo que las notas extendidas por el Registro de la Propiedad, y por el Mercantil, irán amparadas por la fe notarial, como referidas a un documento determinado y sólo a éste.

B) ACTUACIÓN DEL NOTARIO Y DEL REGISTRADOR

Parece que esa correspondencia es buscada ahora por el Decreto, y para ello debe tenerse en cuenta:

1. Es preciso que el Notario reseñe en la nota de suscripción la serie y número del pliego agregado a la copia; aunque el precepto diga “pliego”, en singular, nada se opone a que sean más de uno si se prevé una larga serie de notas y trámites, o a que se prescinda de agregar ninguno cuando en el último pliego quede espacio sobrado para las notas previsibles. Lo que es esencial es que el número de pliegos y su numeración (que puede consignarse en guarismos) han de consignarse precisamente en el que el Notario ponga su signo, firma y rúbrica; resulta inaceptable que en el pliego anterior a la firma se diga que “es copia exacta ... que expido en tres pliegos de clase ... números tal, tal” y se pasase al último diciendo “y tal, en ... (lugar y fecha)”, con lo que los elementos de autorización notarial, y la nota registral a continuación, podrían amparar el texto de cualesquiera otros pliegos con que fraudulentamente se sustituyeran los auténticos dos primeros; si la redacción con las líneas reglamentarias aboca a tal desdichado final, puede añadirse en el último pliego, antes de la firma: “Repito: Queda extendida esta copia en tres pliegos de clase ..., serie ..., números ..., ... y ...”; y, en cualquier caso, añadirse el pliego agregado para notas.

2. Debe extenderse la nota de despacho precisamente “al pie del título” o en esos pliegos agregados.

3. Si no fuese posible cumplir lo anterior por haberse agotado los pliegos agregados o por cualquier otra causa, debe reseñarse el documento en la propia nota para cumplir con el espíritu de la norma.

PEDRO AVILA NAVARRO

Registrador de la Propiedad de Barcelona
Notario

DICTAMENES Y NOTAS

La sociedad civil y su conexión registral

(Conferencia dada en el Centro de Estudios
Hipotecarios de Granada, febrero de 1990)

SUMARIO: PREAMBULO —PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—DIFERENCIAS ENTRE SOCIEDAD CIVIL Y SOCIEDAD MERCANTIL: SOCIEDADES MIXTAS.—UTILIDAD DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL TRAFICO JURIDICO ACTUAL —EL PROBLEMA DE LA APORTACION DE INMUEBLES: ACTOS O CONTRATOS SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN.—LA CONEXION REGISTRAL.—CONCLUSIONES: PROPUESTA DE CAMBIOS LEGISLATIVOS.—JURISPRUDENCIA.—BIBLIOGRAFIA

PREAMBULO

Uno de los temas más oscuros en nuestra vigente legislación es el tratamiento de la Sociedad civil (SC) y el papel que esta figura ha de jugar, y de hecho juega en las relaciones jurídicas. Cuando se recibe en los despachos notariales, así como en las oficinas del Registro, algo que directa o indirectamente esté relacionado con la SC, las espadas se ponen en alto, y casi siempre se trata de convencer al cliente para que busque otra forma societaria más clara. Esta realidad, que he constatado día a día, es la que me ha movido a redactar estas humildes líneas, que no sé si aportarán mucha o poca luz, pero que son el resultado de una reflexión práctica y teórica que debe preocuparnos a todos los que nos enfrentamos con la realidad cotidiana.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Para poder llegar a alcanzar mínimamente determinadas conclusiones parece conveniente partir de un esquema global de problemas que surgen del primer contacto con el tema:

En *primer lugar* debemos analizar si es o no sencillo *distinguir una SC y una mercantil*; una vez contestada esta cuestión, habría que acudir al *concepto de sociedades mixtas*.

En un *segundo paso* sería necesario analizar si es posible la existencia de SC en nuestro contexto jurídico, *en las relaciones mercantiles*, y si merece la pena su aplicación.

En un *tercer momento*, si a pesar de todo se siguen autorizando SC, el distinto tratamiento cuando *se aportan a las mismas bienes inmuebles*, o cuando se realicen *actos o contratos objeto de inscripción*.

En un *cuarto proceso* de análisis, apreciar si nuestra vigente legislación, civil y registral, dotan de suficiente *seguridad, frente a terceros*, al movimiento económico y jurídico de las SC.

Por último, intentar llegar a algunas *vías de solución* al desorden existente, y propuesta de *cambios legislativos* necesarios a tal fin.

En cuanto a las diferencias entre SC y Sociedad Mercantil: Se han utilizado múltiples criterios, tanto doctrinales como incluso jurisprudenciales, para determinar la diferenciación entre las SC y Mercantiles. Se acude al criterio del objeto, o de la forma, según sea éste de uno u otro tipo; otras veces se combinan ambos, objeto y forma, es decir, se caracteriza a la Sociedad Mercantil como aquella que además de tener un objeto mercantil reúne los requisitos establecidos en el Código de Comercio, o lo que es lo mismo, escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

Parece, en principio, que el criterio de la forma en sí y, por sí, no significa nada, ya que se trata de una adjetivación del Derecho o una forma de manifestación de una institución (salvo en el caso de las Anónimas, Limitadas o de garantía recíproca, en las que la forma atrae a la sustancia, y en estos casos la sociedad es *ab initio* mercantil, con independencia del objeto). En los demás supuestos nunca podríamos llegar por la simple forma a una distinción clara; lo más que puede dar la forma, si ésta es *ad solemnitatem*, es el nacimiento o no de la sociedad, pero nunca su naturaleza mercantil o civil.

En teoría, parece que es el objeto el que nos debe dar el *quid* de la cuestión. Autores como MANUEL DE LA CÁMARA (1) se inclinan claramente por este criterio. Aunque, ciertamente, parece acertado el criterio del objeto, para determinar o no la mercantilidad, creemos que a la hora de trasladar la teoría a la práctica diaria la dificultad se acrecienta.

La conjugación del artículo 116 del Código de Comercio, con el 1 y el 2 del mismo cuerpo legal, en relación con el 1.665 del Código Civil, no dan a nuestro entender una solución clara a tal distinción.

(1) *Estudios de Derecho Mercantil*, volumen primero, Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1977.

Está claro que una sociedad constituida para la gestión y administración de los elementos comunes de una urbanización, por ejemplo, no tiene un objeto mercantil, y parece que su forma más adecuada sea la de una sociedad civil; pero el caso de la explotación de una cafetería u otro establecimiento similar, o la de la compra de un solar entre varios sujetos para la construcción y posterior venta, se dan como ejemplos de agrupaciones que pueden revestir la forma de SC; en estos supuestos, no acabo de entender por qué se obvia aquí el aspecto mercantil o comercial; más tarde tendremos ocasión de volver sobre este tema a la hora de comprender o no la existencia de SC útiles en nuestro tiempo actual.

La jurisprudencia, en verdad, no nos ha resuelto el problema ni mucho menos, pues nos la encontramos con una gran vacilación en este punto. Un criterio jurisprudencial se sumerge de lleno en la teoría de las sociedades mercantiles atípicas, aquellas, por ejemplo, que con objeto mercantil y constituidas en escritura pública, no se hubieren inscrito en el Registro Mercantil, aplicándoles el régimen de sociedad civil irregular y los preceptos del Código Civil. Otras veces, la jurisprudencia ha esgrimido el criterio mixto de forma y objeto, y otras reconoce, en parte, la aplicación de normas mercantiles.

Buena prueba de ello es la transcripción aquí de algunas sentencias recientes que indican este confusionismo y que las recojo por su modernidad, lo que acrecienta aún más la problemática.

Por lo que se refiere a las *Sociedades Mixtas*, el artículo de partida es el 1.670 del Código Civil: "Las SC, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código." El supuesto contemplado en el 1.670 es el de aquellas sociedades que, con objeto civil, revistan una forma establecida en el Código de Comercio; exclusión hecha de las anónimas, limitadas y de garantía recíproca que, como bien sabemos, son siempre mercantiles, quedan sólo las formas colectiva y comanditaria. A este respecto, han habido muchas opiniones doctrinales, pero quizá las más acertadas, como dice FRANCISCO CAPILLA (2) y DE LA CÁMARA (3), son las que entienden "que a este tipo de sociedades se les debe aplicar íntegramente el régimen

(2) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXI, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1986, pág. 67. En el mismo sentido, GIRÓN, *Derecho de sociedades*, cit., pág. 92.

(3) En el mismo sentido DE LA CÁMARA, siguiendo a GIRÓN TENA: "... entendemos que el artículo 1.670 sólo cobra sentido si distinguimos, de una parte, la estructura y funcionamiento de la Sociedad y el estatus, por otra...", *Estudios de Derecho Mercantil*, vol. 1.º, 1972, pág. 153.

del tipo social mercantil escogido, excepto las normas que obedecen a la condición de comerciante de la sociedad”.

Lo importante en este tipo de sociedades es establecer claramente qué tipo de normas van a ser aplicadas, las civiles o las mercantiles; en todo caso, y a la vista de lo dicho anteriormente, existirán indudablemente un conjunto de normas mercantiles que se les deberán aplicar para dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico, y así se aplicarán. “Los preceptos mercantiles referentes a la constitución de la sociedad, representación de la misma, organización corporativa y régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales” (4).

Quizá lo que más nos importe en este sentido sea el acceso registral de estas sociedades; cuestión íntimamente relacionada con el objeto de este trabajo, ya que al ser sociedades de objeto civil, aunque revistiendo formas mercantiles en principio, no por ello pasan a tener la condición de Sociedades Mercantiles, y si tuvieran acceso al Registro Mercantil, porque no lo podrán tener las sociedades civiles “puras”, que aunque diferentes en su tratamiento normativo, coinciden en el objeto; esta cuestión será abordada más adelante, cuando tratemos el fundamental aspecto de la conexión registral.

Siguiendo el hilo argumental, en lo que se refiere a la *utilidad de las SC en el tráfico jurídico actual*, uno de los problemas clásicos que se plantean los juristas, a la hora de solucionar cotidianamente los problemas de la realidad práctica, es saber si una determinada institución, en este caso la SC, está adecuada o no a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada. A los profesionales del Derecho, y en concreto a los Notarios, se nos presentan con frecuencia minutas de SC y, más aún, de comunidades de bienes, que al llegar a nuestras manos éstas tiemblan y, como consecuencia, tendemos a convencer al cliente o al Abogado para persuadirle de encauzar el tema por otra vía.

Y he evitado expresamente el introducirme en el mundo de las comunidades de bienes, ya que si hay problemas con las SC más aún con las primeras; y ello porque, al fin y al cabo, las SC son personas jurídicas, diferenciadas de los miembros que las componen, mientras que las otras no lo son, por más que alguna “minuta” se empeñe en hacernos creer lo contrario. Cuando llega la comunidad de bienes al Registro de la Propiedad, porque posee algún inmueble, éste se inscribe *pro indiviso* a nombre de los comuneros y no a nombre de la comunidad como tal. El tema se hace aún más peliagudo cuando en los Organismos de Hacienda se les concede a éstas un número de identificación fiscal. En este caso, aunque parezca tajante mi opinión, desaconsejo por principio la autorización de

(4) Cfr. DE LA CÁMARA: *Ob. cit.*, pág. 153.

éstas dentro del campo que aquí estoy estudiando: tráfico de inmuebles, acceso registral y protección de los terceros, porque sobrepasan en mucho lo que entiendo como mínimos jurídicos, que en el caso de las SC sí se pueden estudiar, pero en el caso de las comunidades de bienes no se podría ni entrar, al menos con los mismos argumentos.

Es muy frecuente que un grupo de personas se quieran unir, muchas veces ocasionalmente y para un solo negocio, para la adquisición de un solar, edificarlo y posteriormente enajenarlo a terceros. El Notario, en este caso, se plantea desde el primer momento la caracterización o calificación del objeto, y ciertamente es muy difícil, casi utópico, calificarlo como no mercantil. Los argumentos históricos del 325 del Código de Comercio, que parece mirar sólo la mercantilidad con respecto a los bienes muebles, y no a los inmuebles, ha sido ampliamente rebatida por un gran sector doctrinal (CASTÁN, GARRIGUES, GIRÓN), empezando por el argumento de la exposición de motivos del propio Código de Comercio, a más de entender las circunstancias históricas de la redacción del 325. Lo mismo podríamos decir de la adquisición de terceros de inmuebles, para parcelarlos, y luego enajenarlos, no debemos olvidar tampoco la legislación fiscal, y en especial la del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), que da un tratamiento bastante claro a estos supuestos y el concepto que baraja en la ocasionalidad o habitualidad.

No obstante, y a pesar de ello, abundante jurisprudencia sigue considerando a estos supuestos como SC (5).

He expuesto estos dos casos, porque son los que más frecuentemente vemos. Ante este panorama ¿debemos negarnos a su autorización?, ¿es función nuestra la calificación de la mercantilidad y, como consecuencia, exigir la remisión al Código de Comercio o a la LSA o LSRL?

Creo que nuestra función está en el asesoramiento, lo más profundo y adecuado, pero una vez agotadas todas nuestras facultades disuasorias (que pueden ser varias así en el tema de responsabilidad con diferencias notables en cuanto a una anónima o limitada), es posible su autorización con las reservas y advertencias pertinentes. El problema básico va a consistir en la vida y funcionamiento de dicha sociedad, sobre todo en las relaciones con terceros, a los efectos de su adecuada protección; y ello conlleva un problema en la seguridad jurídica del tráfico, que, como sabemos, cada día se complica más y está más interrelacionada, más aun cuando, creo, estamos utilizando una figura jurídica inadecuada para conseguir unos fines que deberían alcanzarse, en buena lógica jurídica, a través de las Sociedades Mercantiles.

(5). 11 de mayo de 1971, 3 de abril de 1982, 29 de enero de 1983, cifra CAPILLA, *ob. cit.*, pág. 151, nota 52.

El campo de aplicación de las SC, creemos debe ser reducido a sus límites estrictos; sociedades agrícolas o pecuarias, de pequeña entidad de tipo familiar, que encajan dentro del artículo 326 del Código de Comercio, en cuanto a su no mercantilidad. Un supuesto que posiblemente encajaría, y a falta de regulación actual, como indica CÁMARA (6), es la organización, bajo la forma societaria civil, de las comunidades de propietarios, en urbanizaciones, en las que existan muchos intereses en común (piscinas, clubes sociales, viales, etc.) en que es posible que la sociedad civil se adapte para el uso de determinadas cosas.

Las sociedades de profesionales (7), en las que los profesionales son socios (en base al art. 1.678 del CC), otra cuestión serán estas mismas entidades en las que los profesionales no son socios, sino que están vinculados a la sociedad por una relación de empleo, cuyo problema es, como cita CAPILLA (8): "...de las profesiones colegiadas, que sólo pueden ser ejercidas exclusivamente por personas físicas..."

Ya, para terminar, la jurisprudencia también encaja o ha encajado a las explotaciones de bares, cafeterías, espectáculos, dentro de las normas del Código Civil (9). En estos casos la actividad mercantil es clara tanto subjetivamente, normalmente empresario individual, como objetivamente, actividad mercantil; no obstante, la jurisprudencia, en mi opinión, con criterios desfasados, no se lanza a la respuesta del actual tráfico jurídico, y se decide por la aplicación de las normas civiles.

El problema de *cuando se aportan bienes inmuebles y se realizan actos o contratos susceptibles de inscripción*: Existen en el Código Civil tres preceptos fundamentales, que regulan aspectos tan importantes, como el régimen de constitución y como consecuencia la personalidad jurídica de las SC, y en relación con ello la publicidad de la misma. Así el artículo 1.667, el 1.668 y 1.669.

En principio, el artículo 1.667, en su primera parte: "La sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma...", está en consonancia con el principio de libertad de forma, de los artículos 1.278, 1.279 y el mal interpretado casi siempre, en nuestra opinión 1.280, donde se mezclan formas *ad probationem* y formas *ad solemnitatem*.

En este sentido, si no se aportan bienes inmuebles (está claro que no es necesaria la escritura pública, y seguirá el principio general). Pero ¿y si se

(6) *Ob. cit.*, págs. 148 y 149.

(7) DE LA CÁMARA: *Ob. cit.*, pág. 150.

(8) *Ob. cit.*, pág. 153.

(9) Sentencias TS de 5 de febrero de 1971, 24 de mayo de 1972, 15 de mayo de 1973, 30 de marzo de 1974, 7 de octubre de 1976, 2 de junio de 1981, cifra CAPILLA, *ob. cit.*, pág. 147.

aportan bienes inmuebles (caso más normal que se plantee en nuestros despachos, pues los otros no suelen pasar por nuestras manos)?

En cuanto al requisito del inventario del artículo 1.668, ha quedado claro que éste se unirá a la escritura cuando los inmuebles se aporten en un momento posterior y no en la constitución de la sociedad (así la resolución de 31 de diciembre de 1924, recogida por CASTÁN y citada por CAPILLA, *ob. cit.*, pág. 30). Resolución, por otra parte, concorde y congruente con la propia práctica notarial y por lo ordenado en la Ley y en el Reglamento Notarial.

Se han dado muchas interpretaciones al citado artículo 1.667 en lo referente a la aportación de inmuebles, así desde aquellas que siguiendo a una reiterada jurisprudencia del Supremo (10) entienden que no se requiere para la validez del contrato de sociedad el otorgamiento de escritura pública, o bien que distingue la eficacia *inter partes* de la eficacia frente a terceros, admitiendo la primera, pero no la segunda e incluso condicionando la existencia jurídica de la sociedad si falta ese requisito, pero sólo en relación a esos terceros. CAPILLA (11) cree "que la jurisprudencia en realidad quiere significar que la aportación de inmuebles a una sociedad es oponible a terceros si consta en escritura pública. Pues ir más allá (implicando la cuestión de la personalidad jurídica) difícilmente encuentra acomodo en nuestro ordenamiento".

En nuestra opinión, que quizá pueda parecer demasiado tajante, este artículo 1.667 tiene una interpretación que se deriva de la propia sistemática del Código Civil. Sabemos que por el sistema de libertad de forma, criterio espiritualista, son muy pocos los contratos en los que el Código Civil exige específicamente una forma esencial (donación de inmuebles, art. 633 CC, capitulaciones matrimoniales, hipoteca, etc.) y cuando este cuerpo legal así lo determina, de ello deben derivarse todas sus consecuencias.

En sede de donaciones el régimen es claramente diferenciador para los bienes muebles o inmuebles, aplicando una libertad de forma a los inmuebles y una forma imperativa *ad solemnitatem* o de valor a los muebles. Podremos discutir el porqué de esta diferencia, cuando podría ocurrir, y de hecho ocurre, que determinados muebles tienen un valor *in substantia* mayor que otros inmuebles, pero todos conocemos el momento y el tiempo histórico de nuestro proceso codificador. En este caso sabemos que si la donación de inmuebles no se realiza en escritura pública, el contrato no ha

(10) 7 de octubre de 1961, 23 de mayo de 1962, 27 de abril de 1973, 22 de febrero de 1974, 28 de junio de 1975, 14 de junio, 7 de octubre y 10 de noviembre de 1976, 2 de junio de 1981, cifra CAPILLA, *ob. cit.*, pág. 31.

(11) *Ob. cit.*, pág. 36.

nacido, no existe al mundo jurídico, y lo mismo podríamos decir de las capitulaciones matrimoniales o de la hipoteca.

En nuestra opinión, sería una discusión sibilina el plantearse los efectos interpartes de esa donación de inmuebles y los efectos externos, pues el más interesado en que la donación valga es el donatario y si no se hace en escritura pública, no tiene nada.

Pues bien, traspolando esta pequeña disgresión al mundo de la S. Civil con aportación de bienes inmuebles, el planteamiento me parece más que válido, como en el supuesto de la donación de inmuebles. ¿Por qué aquí la jurisprudencia y gran parte de la doctrina truncan toda la argumentación? ¿Quizá porque se trata de un contrato asociativo, que implica a más personas con efectos para terceros? Los efectos para terceros pueden darse también en una donación de inmueble, y en cuanto a una Sociedad Anónima o Limitada, hecha en documento privado, sabemos bien lo que la mayoría de la doctrina dice sobre ellas, pues el tema de las Sociedades Irregulares se plantea principalmente en la falta de inscripción en el Registro Mercantil y, por tanto, en un segundo momento posterior a su constitución. Otro tema será el de la responsabilidad que puedan tener los posibles sujetos que han querido hacer una tentativa de sociedad en la que se aportaren bienes inmuebles y que con engaño han querido actuar frente a terceros como si fueran una Sociedad Civil.

Distinto es el supuesto en el que posteriormente aporten bienes inmuebles (ya que en un primer momento puedan constituir la sociedad en cualquier forma y luego deban adoptar la forma pública al aportarse éstos, con el inventario relacionado); o bien el supuesto en que compre la sociedad bienes inmuebles, en donde la importancia de la forma será fundamental para que puedan tener acceso al registro los actos sujetos a inscripción, es decir, la propia compra o las posteriores enajenaciones.

Intimamente relacionado con todo esto aparece el artículo 1.669 del Código Civil: "No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a las comunidades de bienes." También han existido grandes discusiones doctrinales sobre este artículo, ya que su enunciado está realizado en sentido negativo, y conocemos las dificultades que implica hacer interpretaciones *a sensu contrario*. No se nos escapa la gran problemática que acarrea la publicidad de la SC, aún más acrecentada cuando ésta se hace en documento privado, o incluso cuando sus pactos se modifican.

En cuanto a la primera parte de este artículo, se puede entender de dos formas: una, según la cual, para conseguir la eficacia y oponibilidad frente

a terceros de la sociedad, es necesario que éstos conozcan el sentido de los pactos y que, además, los socios actúen en nombre de la entidad; la otra sería entender que basta con que se dé uno de los dos requisitos para que efectivamente sea oponible el régimen de la sociedad, esta opinión es defendida por CAPILLA (12).

Del inciso final del 1.669 ("... Esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a las comunidades de bienes"), se deriva una posible conclusión: que el Código Civil no dice que se convierten en comunidades de bienes, sino que siguen siendo sociedades, parece que ocultas, a las que como régimen se les aplica las normas de las comunidades; en este sentido DE BUEN, citado por CAPILLA (13).

Nosotros creemos que si estamos ante una sociedad civil, hay que ser consecuentes con las normas de aplicación del Código Civil, y que si se reúnen los requisitos establecidos por el mismo, ésta debe tener personalidad jurídica, puesto que no es bueno extrapolar figuras e instituciones venidas del campo mercantil; otro tema fundamental es el de si esa congruencia lógica, desde el punto de vista civil, es o no segura para dar satisfacción y eficacia a las exigencias del sistema moderno del tráfico inmobiliario. Todo girará en torno a cuál debería ser el mecanismo que de manera incontestable no planteara ninguna duda sobre el conocimiento y la publicidad de la sociedad frente a terceros temas que trataré líneas más abajo.

LA CONEXION REGISTRAL

Bajo este epígrafe es necesario diferenciar la conexión con el Registro Mercantil, con el Registro de la Propiedad o, en su caso, con algún futuro Registro Especial.

Desde el principio de este trabajo nos ha venido preocupando un tema fundamental, la seguridad y el tráfico, y la manera que tenemos los Notarios o Registradores de poder cohesionar ambos principios de forma armónica con las sociedades civiles, y enlazado con ello debemos plantearnos las conclusiones finales y lo que pensamos sería deseable en este tema.

El ya derogado artículo 16 del Código de Comercio establecía: "El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de: ... 5. Cualesquiera personas o entidades naturales o jurídicas, públicas o privadas, aunque no se dediquen habitualmente al comercio, cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción, según las leyes o reglamentos." Este artículo

(12) *Ob. cit.*, pág. 51

(13) *Ob. cit.*, pág. 47.

ha dado poco juego, en la práctica diaria, para poder encajar el número 5 dentro del esquema de las SC. Al establecer el precepto que realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción, algún sector entiende que debe ser en el Registro Mercantil (14).

Ciertamente, parece que esa es una interpretación lógica, ya que es en la sede mercantil, Código de Comercio, donde la norma está establecida; quizá también pudiera extrapolarse y abarcar a la inscripción en el Registro de la Propiedad, que, por otra parte, es bastante lógico a los efectos de dotar de seguridad jurídica a las SC que trafican con inmuebles y, en todo caso, porque después van a tener que inscribirse en el Registro de la Propiedad al tratarse de inmuebles.

Por su parte, el ya también derogado RRM de 14 de diciembre de 1956, en su artículo 6.º establecía: "En el Registro Mercantil se inscribirán en libros distintos ... 2. Las sociedades mercantiles. En su artículo 84 disponía: En los libros de sociedades se inscribirán: 1.º las Sociedades que se constituyan con arreglo a las disposiciones o formas del Código de Comercio o a Leyes especiales." Por su parte, el artículo 14, número 3, del RRM sólo hablaba de Colectivas, Comanditarias, Limitadas y Anónimas. Vemos que tampoco el antiguo Reglamento nos daba ninguna pista para la inscripción de las Sociedades Civiles.

En base al párrafo 5 del artículo 16 del antiguo Código de Comercio y de su artículo 122 (por regla general las compañías mercantiles se constituirán adoptando alguna de las siguientes formas) se han podido ir inscribiendo en el Registro Mercantil, por ejemplo, las sociedades de garantía recíproca, reguladas en el Real Decreto 1885/1978, de 26 de julio, determinando su inscripción en el Registro Mercantil, en una Resolución de la Dirección General de 16 de mayo de 1982 (15).

Esto engarza cuando anteriormente, y con ocasión de hablar de las Sociedades Mixtas, dejamos en suspense su inscripción en el Registro Mercantil. Creemos que si adoptan la forma colectiva o comanditaria no habría problema alguno para su inscripción, en base a la legislación ya derogada y que hemos visto, y también a la que está en vigor y que pronto veremos. DE LA CÁMARA (16) se plantea la misma cuestión en cuanto a las sociedades mixtas. Este autor citaba una Resolución de 21 de mayo de 1935, que claramente permitía su inscripción, y daba una correcta interpretación, según DE LA CÁMARA expone, de la naturaleza de las Socieda-

(14) ANGEL BADÍA SALILLAS, en la *RCDI*, año LXII, núm. 573, pág. 326, en torno a la problemática de la personalidad jurídica de la Sociedad Civil en el Derecho español, citando Aurelio Menéndez en las *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, IV, "Registro Mercantil", págs. 130 y 132.

(15) ANGEL BADÍA SALILLAS: *Ob. cit.*, pág. 320.

(16) *Ob. cit.*, pág. 154.

des Mixtas. El mismo autor cita el RRM anterior al de 1956, entonces cuando escribió esas líneas estaba aún vigente y hoy ya ha sido derogado; ese Reglamento admitía la inscripción de las Sociedades Mixtas.

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que el marasmo de confusión estaba reinante en la legislación ya derogada y que es la manejada por la doctrina y la jurisprudencia hasta hace poco. Ante este confuisionismo, la realidad práctica es que las SC, por una u otra causa, no se han inscrito en los Registros Mercantiles y, en muchos casos, tampoco los actos o contratos sobre inmuebles que ellas realizaban y que sí se inscribían en los Registros de la Propiedad.

Para botón de muestra a continuación menciono los pormenores más importantes de una Resolución del Centro Directivo de 28 de junio de 1985: “En dicha resolución, el Registrador denegó la inscripción de la compra de un local hecho por una sociedad civil, cuyo objeto era la elaboración y comercialización de congelados agrícolas, ganaderos, marinos...; compraventa y reventa de productos congelados y de elementos industriales.”

El Registrador basó su denegación en que el objeto de la sociedad, aunque se hubiera constituido civilmente, era de carácter mercantil y la denomina el Registrador dentro del grupo “de las sociedades de objeto mercantil atípicas”. Apoyándose en el artículo 118 del Código de Comercio, esto supondría para él “la regular constitución de la sociedad, compañía mercantil”; asimismo aducía al artículo 383 del Reglamento Hipotecario.

El Notario interpuso recurso gubernativo constatando que la inscripción en el Registro Mercantil no es requisito exigible a las sociedades civiles reguladas por los artículos 1.665 y sigs. del Código Civil. También el Notario establecía que así como el artículo 1.670 del Código Civil admite sociedades civiles por el objeto con forma mercantil, esto no excluía la inversa, es decir, sociedades civiles por la forma con objeto mercantil, en base a que de la amplia redacción del artículo 1.665, ya que al hablar es de “ánimo de partir entre sí las ganancias”, no está excluyendo la actividad mercantil.

En su caso, el Registrador de la Propiedad vuelve a insistir en su informe, en el criterio objeto de distinción, citando algún autor que explica que el propósito de lucro o ganancia es común a las dos clases de sociedades, lo que debe diferenciar a ambas sociedades será la clase de actos que realicen, según sean o no actos de comercio; apoya su tesis en la jurisprudencia del TS y vuelve a apoyarse en los artículos 118 y 120 del C. de C. y 383 del Reglamento Hipotecario, indicando que la misión de este precepto es evitar que las Sociedades Irregulares se infiltren en el Registro de la Propiedad.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador.

Por último, la DGRN, al entrar en el fondo del problema, lo centra indicando que: "La cuestión planteada en si puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la adquisición de un inmueble, de una sociedad no inscrita en el Registro Mercantil, porque aunque tiene objeto mercantil es, según pretende el recurrente, de carácter civil por su constitución". La Dirección sigue exponiendo que: "Todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actos de comercio tiene consideración de acto de comercio; y por ello regulada en primer lugar en las disposiciones contenidas en el C. de C. Admite también el carácter imperativo de las normas mercantiles de las sociedades, no sustraíbles por la simple voluntad de los socios.

Indica a continuación que aunque el contrato de sociedad en el C. de C. es válido entre las partes como tal contrato, cualquiera que sea la forma de celebración, sólo alcanza plenitud de efectos frente a terceros al otorgarse la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil. Para esta conclusión se apoya en argumentos de orden histórico del sistema jurídico general, en donde "la inscripción en un Registro Público, a la vez que proclama oficialmente la legalidad de la constitución de la nueva entidad jurídica, proporciona la exigida publicidad a los pactos sociales". Por último, resalta el artículo 383 del Reglamento Hipotecario.

Esta resolución tampoco entra y podría haber aprovechado la ocasión, en el caso de las sociedades civiles "puras", o incluso en el de las sociedades mixtas del 1.670. Su argumentación se basa en el carácter mercantil por el objeto de la sociedad y la necesidad de estar inscrita como tal previamente en el Registro Mercantil, para que puedan ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad la compra de un inmueble por la misma.

He reseñado con detalle esta resolución, porque en ella existe una discusión importante acerca de lo que deben ser los criterios de distinción entre las sociedades civiles y mercantiles, discusión que mantienen el Notario y el Registrador, y con menor claridad, en nuestra opinión, el Centro Directivo.

¿Encajaban en el antiguo artículo 16, número 5, del C. de C. las sociedades civiles "puras"?; yo creo que era el único argumento mínimamente certero al que podríamos acudir con las matizaciones que ya hicimos a dicho artículo; habiendo abierto en el Registro Mercantil una sección especial para ellas, y para su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad cuando se refieran a actos o contratos sobre bienes inmuebles.

Más peliagudo era el artículo 17 del C. de C., que declaraba obligatoria la inscripción de las sociedades comprendidas en el número 5 del artículo 16.

Un sector entiende que si no se inscribe en el Registro Mercantil la constitución, tampoco podrían registrarse los actos o bienes sujetos a inscripción en dicho Registro (17); pero, ¿qué ocurre con la inscripción en el Registro de la Propiedad?, que es ciertamente uno de los temas claves en nuestro quehacer diario. Sostuvimos la opinión de la plena personalidad jurídica de las SC, una vez que fueran constituidas conforme a las normas del CC, que no alteran lo dispuesto en el artículo 1.670 de dicho Código, y si fuéramos consecuentes con ello, no sería justo exigir la inscripción previa en el Registro Mercantil, para poder inscribir en el de la Propiedad sus actos o contratos sobre bienes inmuebles.

Aunque ese argumento es lógico, pesa sobre nosotros otro de mayor entidad, que es el de la seguridad jurídica frente a terceros, el cual implica que deben evitarse todo tipo de figuras jurídicas que distorsionen un sistema que intenta dar seguridad y protección a los terceros.

En todo caso la forma pública sería imprescindible para toda SC que tuviera acceso al Registro Mercantil. Lo hasta ahora dicho es conforme a la legislación antigua; la nueva Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial, modifica, entre otros, el artículo 16 del C. de C., que establece: "Artículo 16. 1. El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de: ... 5.º Cualesquiera personas, naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la ley". Observamos que la diferencia fundamental frente al artículo derogado es que en el antiguo se hablaba de la realización de actos o posesión de bienes sujetos a inscripción; y en el nuevo se indica con esa fórmula omnicomprendensiva, que al serlo tanto nunca dicen nada, de cuando así lo disponga la ley. Por su parte, el RRM recientemente aprobado, en nuestra opinión con demasiados artículos, en el artículo 81 establece los sujetos y actos de inscripción obligatoria, y en su letra *m*): "Las demás personas o entidades que establezcan las leyes". En este caso, por lo menos, es un poco más lúcido que el anterior, que era totalmente parco sobre el asunto. El nuevo legislador no determina la posibilidad o no de inscripción en el Registro de esas otras entidades, por el acto o la posesión de bienes sujetos a la inscripción, sino cuando la ley así lo disponga. Esa remisión genérica a la ley nos sigue creando un mar de dudas, porque la única ley que regula las sociedades civiles es el Código Civil y ya hemos visto con claridad lo que exige.

Por su parte, el nuevo artículo 19 del C. de C. se parece bastante al antiguo artículo 17 en relación con la obligatoriedad de la inscripción.

Otros autores no llegan a tal conclusión, en cuanto a la inscripción en el Registro Mercantil, a los efectos de la posterior inscripción en el Regis-

(17) BADÍA, *ob. cit.*, pág. 326, recoge la opinión de Aurelio Menéndez en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*.

tro de la Propiedad, cuando hacemos referencia a bienes inmuebles o derechos reales. Así, BADÍA SALILLAS (18) se remite a los artículos 1.667 y 1.668 del Código Civil, en cuanto a las aportaciones de inmuebles en el contrato sustitutivo, con su acceso inmediato al Registro de la Propiedad. El mismo autor indica que en cuanto a las posteriores adquisiciones de inmuebles de la SC, y su acceso al Registro, habría que distinguir entre el documento constitutivo que acredite la personalidad jurídica de la Sociedad, que él presupone por el artículo 1.679 del Código Civil, y el documento de adquisición, ambos deben constar en escritura pública (art. 3.º LH), exigido por el Derecho Registral.

Continúa diciendo que aunque la SC se constituyera en documento privado, por no tener inmuebles desde su constitución, si la SC los adquiere posteriormente al tener contacto con el Registro de la Propiedad, el Registrador debe exigir la forma pública; entendemos que la fórmula sería la elevación a público de documento privado de constitución que haya sido debidamente liquidado del impuesto en su momento, en la actualidad el 1 por 100 sobre el capital social.

Por nuestra parte, ya hemos explicado los motivos que nos inclinan a la exigencia de inscripción en el Registro Mercantil, por razones exclusivamente de seguridad, antes apuntadas, y pudiendo aducir el artículo 383 del RH, todo ello en relación con nuestro argumento o hilo conductor.

Una vez vista esta exposición sucinta, queda el momento de las posibles *conclusiones y lo deseable legislativamente*, es decir, lo que tenemos de *lege data* y lo que nos gustaría tener de *lege ferenda*. El legislador de la nueva década podría haber aprovechado el momento, como ha hecho con otras entidades en el nuevo RRM, cuando en su artículo 81 hace una pormenorizada relación de entidades y sujetos de inscripción, podría haber introducido a las sociedades civiles, que existen con gran frecuencia en la realidad de todos los días, y quizá, esa reforma hubiera implicado un retoque a la normativa del Código Civil en materia de publicidad aunque fuere necesario conectarlo con el Derecho mercantil, que aunque considerándome yo un humilde civilista a ultranza, los tiempos actuales, en determinados casos, se requieren nuevas soluciones.

Aunque lo ideal sería la titulación pública para todo tipo de sociedades civiles y su posterior conexión registral (esto pudiera parecer quizá excesivo cuando el propio legislador mercantil en el comerciante habitual deja el carácter postestativo de la inscripción), nos conformaríamos con que la reforma hubiere claramente establecido a las Sociedades Civiles, como sujetos de inscripción en el Registro Mercantil, y su obligatoriedad, cuando realicen actos, poseyeran bienes o traficaran con ellos, objeto de inscrip-

(18) *Ob. cit.*, págs. 330 y sigs.

ción en los Registros Mercantiles y de la Propiedad no sólo porque la sociedad enajene esos bienes, sino porque los terceros acreedores, por ejemplo, conocieran el patrimonio de la misma y actuaran en consecuencia.

Otra última solución, regresiva (a diferencia de las anteriores, que serían expansivas), resultaría de reconducir a la SC a unos cauces muy estrictos, permitiendo su utilización como medio o instrumento jurídico para conseguir fines muy específicos que no rozaran el tráfico jurídico ni inmobiliario ni mercantil, cambiando la definición o concepto que de ella da el Código Civil en su artículo 1.665, que ha servido de “puerta de escape” para que se “colaran” sociedades que de civil tenían muy poco y constriñendo su objeto y finalidades de tal manera que no pudiesen plantearse problemas interpretativos ni de seguridad.

En definitiva, *el camino está en potenciar la figura de la Sociedad Civil, creando los mecanismos de seguridad para todos, o bien reducirla al máximo.*

La vía de la creación de un Registro especial para la inscripción de las SC pudiera parecer sugestiva en un primer momento, por el motivo de no mezclar en un mismo Registro sociedades de objeto tan diferente en su naturaleza; pero ello nos acarrearía problemas de ubicación y de control. ¿De quién dependería este Registro?, la respuesta sería rotunda: de un profesional cualificado y conocedor del sistema societario, es decir, del Registrador Mercantil. Esta respuesta nos lleva ineludiblemente a ser prácticos y, como consecuencia de ello, aprovechar la existencia del propio Registro Mercantil, que ya tiene unos mecanismos establecidos y que pueden ser utilizados en las SC, y a lo sumo habría que introducir en el RRM alguna especialidad concreta típica de las SC que se adaptaran mejor a su funcionamiento.

Si el camino no se desarrolla de esa manera estaremos “jugando al gato y al ratón”, seguiremos en una nebulosa que impedirá a los profesionales que manejamos estas artes tener criterios mínimamente claros que redundan en un perjuicio para nuestros clientes, que directa o indirectamente buscan figuras jurídicas, creadas para un tiempo pasado, pero que hoy, tal como se desarrolla el tráfico jurídico, ponen en grave peligro la seguridad jurídica del sistema.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS

Académico Correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación

Notario de Alora (Málaga), del Ilustre Colegio de Granada

Profesor Asociado de la Cátedra de Derecho Civil
en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga

JURISPRUDENCIA

Sentencia TS de 2 de junio de 1981: Existe la SC desde la celebración del contrato, aun cuando uno de los socios no haya aportado a la sociedad lo convenido.

Entre el recurrente y el recurrido se estableció un *pacto verbal* para realizar la explotación de una cafetería, con las correspondientes aportaciones convenidas e intención de obtener una ganancia común a los dos, y que la ganancia o pérdida eventual haya de ser repartida entre ellos, *claramente se configura el contrato de sociedad que contempla el artículo 1.665 del Código Civil, al darse los supuestos que el mismo contempla y configura aquella relación jurídica; y sin que a ello obste la circunstancia*, aducida por el recurrente, *de que el consocio, ahora recurrido, pudiese no estar al corriente en las aportaciones que hubiese que realizar a dicha sociedad, pues esto, en su caso, lo que únicamente determinaría sería la posibilidad de que el otro consocio, ahora recurrente, requiriese a aquél para que lo hiciere*, en consideración a que, a tenor de lo normado en los párrafos segundos de los artículos 1.681 y 1.682 del Código Civil, cada uno de los asociados “es deudor a la sociedad de lo que haya prometido aportar a ella”, “el socio que se ha obligado a aportar una suma de dinero y no la ha aportado es de derecho deudor de los intereses desde el día en que debió aportarla, sin perjuicio de indemnizar además de los daños que hubiere causado”, *pero no para establecer la inexistencia del vínculo social, ya que conforme previene el artículo 1.679 del Código Civil “la sociedad comienza desde el momento mismo de la celebración del contrato, si no se ha pactado otra cosa”* y según lo normado en el artículo 1.680 del mismo cuerpo legal sustantivo, *al no existir, en el caso examinado, tiempo convenido de duración, mantiene su vida “por el tiempo que dure el negocio que haya servido exclusivamente de objeto a la sociedad, si aquél por su naturaleza tiene una duración limitada”*.

Sentencia del TS de 24 de marzo de 1984: Tercería de dominio, embargo de finca aportada a Sociedad Anónima, cuya descripción en Registro Mercantil se efectuó con posterioridad a la fecha de embargo; SOCIEDAD CIVIL: PERSONALIDAD JURIDICA.

Si ciertamente la Sociedad Anónima constituida, mediante escritura pública, no adquirió personalidad jurídica como tal hasta que fue inscrita la escritura fundacional en el correspondiente Registro Mercantil, tampoco cabe desconocer que, establecido un convenio social con la consiguiente

aportación a su base económica por parte del socio, desplazó el dominio de ésta al referido ente social creado, puesto que aunque *no pueda tener personalidad jurídica con alcance y efectos de Sociedad Anónima en tanto no se lleve a cabo su inscripción registral, ni posibilita la existencia de una sociedad irregular con ese carácter, sí merece el alcance de un vínculo con aspecto y consideración civil*, que autoriza a *sensu contrario* el artículo 1.670 del Código Civil, *en cuanto se han cumplido los requisitos de forma y fondo para generar relación societaria, por darse los requisitos prevenidos en los artículos 1.665 y 1.668 del Código Civil*, y más en cuanto la aportación sometida a controversia no fue un pacto que se hubiera mantenido oculto entre los socios, al venir constatado en escritura pública, dado los términos del contrato, precisamente por su claridad, ponen de manifiesto, por el sentido literal de sus cláusulas, que se efectuó un vínculo societario a cuya masa de bienes se efectuó una aportación, en cuestión, en contraprestación de su participación como socio, *que si no produjo efectos en el concepto de Sociedad Anónima con la consiguiente personalidad jurídica de esa naturaleza mercantil, ante la falta del requisito complementario constitutivo de la inscripción registral, sin embargo produjo efectos, en tanto esa inscripción no tuvo lugar, como sociedad privada de índole civil y, por tanto, con efectos en el ámbito estrictamente civil, conducentes, en consecuencia, a que se produzca una situación jurídica de comunidad entre los socios*.

Las Sociedades Anónimas no tienen derecho a ejercitar acciones civiles en tanto no sean inscritas en el correspondiente Registro, pero no impide la atribución de dominio en favor de ella para cuando quede constituida evidentemente con esa específica personalidad ni, por tanto, para desplazar el correspondiente dominio al ente social de índole civil, derivado de sociedad irregular general producida en el período de tiempo transcurrido desde el convenio societario hasta su inscripción registral. En la sociedad privada de índole civil se dan los tres precisos requisitos de título de dominio, identidad de la cosa y detentación o posesión.

Sentencia del TS de 5 de julio de 1982: COMUNIDAD DE BIENES Y SOCIEDAD CIVIL: DIFERENCIAS ENTRE AMBAS. No es comunidad de bienes, sino sociedad civil, la relación jurídica patrimonial surgida del convenio verbal por el que se aportan dinero, bienes e industria con ánimo de partir las ganancias.

Los litigantes convinieron verbalmente la construcción de un pozo y su posterior explotación, satisfaciendo por mitad la totalidad de los gastos, pasando el mismo, juntamente con los terrenos necesarios para su insta-

lación, a ser propiedad de los cuatro socios, por partes iguales, repartiéndose las ganancias y pérdidas que se produjeran.

El Juez de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 2 de mayo de 1978, condenando a las partes, actores y demandados, a otorgar la oportuna escritura pública de constitución de comunidad, así como el *pro indiviso* del pozo, camino, centro de transformación de energía eléctrica, maquinaria y terreno necesario, así como a la constitución de servidumbre de acueducto, condenando igualmente a los demandados a continuar, junto con los actores, la explotación del pozo de autos y a rendir cuentas inmediatas, detalladas y justificadas.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, en Sentencia de 9 de junio de 1979, desestimó en alzada el recurso de apelación.

El TS considera que la sentencia recurrida infringe por violación el artículo 609 en relación con el 1.095, ambos del Código Civil, que consagran en nuestro Derecho la teoría del título y el modo; los contratos son idóneos para la transmisión de la propiedad, pero no son suficientes; constituyen una parte —el título— que ha de ir necesariamente acompañada del modo “mediante la tradición”. Según resulta de la apreciación de los hechos, las partes hoy en litigio convinieron verbalmente, en la confianza nacida de su parentesco, “concertar y unificar esfuerzos, aportar cantidades de dinero a medias y poner sus fines a disposición de la voluntad común para realizar una perforación” con el objeto de su explotación y común provecho, *convenio que el Juez de primer grado calificó de “comunidad de bienes”*, aceptando la demanda y condenando a los demandados, en síntesis, a constituir esa comunidad en escritura pública, mediante atribución dominical de parte de las fincas a dicha comunidad formada por las partes e indivisión por mitad del pozo, aparatos eléctricos, maquinaria, caminos y terrenos necesarios, así como la constitución de las pertinentes servidumbres de acueducto, a seguir en comunidad la explotación del pozo y a rendirse mutuamente cuentas.

Si bien es cierto que entre la comunidad ordinaria de bienes y las sociedades civiles irregulares pueden advertirse, y de hecho así ocurre, ciertas semejanzas, también lo es que ello obedece, más que a una real similitud, a la necesaria disposición legal (art. 1.669 CC), que remite la regulación interna de esas sociedades a la de la comunidad de bienes, cuando las primeras carezcan de personalidad jurídica, pero sin que ello suponga necesariamente que, nacida por voluntad contractual una sociedad civil —que por falta de requisitos sea irregular—, esté por ello sometida totalmente en su estructura, y sobre todo en sus efectos económicos y patrimoniales, al régimen ordinario de la copropiedad, sobre todo si no consta de modo claro el fundamental resultado que jurídicamente opera

esa figura jurídica, es decir, el paso de la propiedad individual a la común e indivisa, según nuestro sistema jurídico, resultado que, como es sabido, mira nuestro Derecho con recelo, hasta el punto de autorizar permanentemente la acción divisoria.

En este sentido, es cometido del intérprete y aplicador delimitar y fijar con claridad los hechos y las voluntades contractuales y evitar con ello la constitución de relaciones jurídicas más gravosas de lo realmente querido en atención a los intereses, y así, *no es posible calificar como comunidad de bienes la relación jurídica patrimonial originada por el convenio verbal origen del pleito, que es una verdadera sociedad civil claramente definida en el artículo 1.665 del Código Civil, ya que las partes acordaron "poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias", pero sin que resulte que los contratantes tuvieron intención, ni la expresaron, de ser su voluntad transmitir la propiedad de parte de sus fincas ni, por consiguiente, establecer una copropiedad, sino una aportación de dinero, trabajo y el uso de sus fincas respectivas, en la medida precisa, para un único fin: explotar a medias el caudal obtenido.* Consecuentemente se ha hecho incorrectamente por el juzgador de instancia, al concluir, con exceso lógico, que las partes realizaron actos de disposición o traslación de dominio de parte de sus fincas para formar una copropiedad; por otra parte, fijada la relación jurídica como una sociedad civil irregular, hay que estar congruentemente a lo dispuesto en los artículos 1.671 y sigs. del Código Civil, en relación con la naturaleza y efectos de dicho contrato asociativo, si bien como sociedad irregular sólo produce efectos inter partes, esta eficacia no puede ir más allá de la que viene marcada por la ley en atención a su especie y es ésta la limitación en cuanto a la disponibilidad de los bienes.

BIBLIOGRAFIA

Aparte de la bibliografía específica, citada en el trabajo (véase notas), los manuales clásicos y tratados de Derecho Civil y Mercantil, también son interesantes:

GIRÓN TENA: "Sociedades civiles y Sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Comparado", *Revista de Derecho Mercantil*, 1964, pág. 345.

AZURZA: "Problemas de la Sociedad Civil", *Anuario de Derecho Civil*, tomo V, fascículo 1.º

GONZÁLEZ ORDÓÑEZ: "Los criterios del Derecho español sobre distinción de Sociedades Mercantiles y Sociedades Civiles y sus consecuencias

prácticas”, *Revista de Derecho Mercantil*, enero-marzo 1956, págs. 51 a 98.

GARRIDO PALMA: “Hacia un nuevo enfoque jurídico de la Sociedad Civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1972, págs. 759 y sigs.

TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, JOAQUÍN: “Una extraña figura: las Sociedades Civiles con objeto mercantil”, *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 259, septiembre 1989, págs. 1837 y sigs.

ZATTI Y COLUSSI: *Lineamenti di Diritto privato*, Milán, 1987, págs. 601 y sigs.

En tema de anagramas

El Diccionario define anagrama como “la palabra que resulta de una trasposición de letras” y señala un ejemplo que ha devenido clásico: Amor es anagrama de Roma, y Roma lo es de Amor.

No es éste, sin embargo, el sentido en que se habla de anagramas en tema de Sociedades, ya que bajo esta expresión se hace referencia a un vocablo único, generalmente acrofónico, que expresa condensada y abreviadamente la denominación social propiamente dicha y con la que se identifica a la sociedad misma.

Forma parte (junto con otros como el logotipo, ideograma o pictograma) de una serie de elementos que persiguen fines de identificación de la persona jurídica y a los que se engloba modernamente bajo la denominación genérica de “signos de identidad corporativa”. Tales signos, a pesar de que en determinadas ocasiones se utilizan en el tráfico “junto a” la denominación social o “a modo” de denominación social, no son denominación social ni parte de ella.

Decimos que el anagrama es generalmente acrofónico porque con frecuencia se forma por el encadenamiento de las primeras letras de todas las palabras integrantes de la denominación, incluida la indicación del tipo social. De lo que podemos citar muchos ejemplos: “Empresa Nacional de Electricidad, Sociedad Anónima” se expresa en anagrama “ENDESA”; “Fábrica Española de Magnetos, Sociedad Anónima” hace en anagrama “FEMSA”; “Fomento de Obras y Construcciones, Sociedad Anónima” hace “FOCSA”; “Sociedad Anónima Española de Cartón Ondulado” hace “SAECO”; “Compañía Española de Petróleos, Sociedad Anónima” hace “CEPSA”; “Fuerzas Eléctricas de Cataluña, Sociedad Anónima” hace “FECSA”. Y así sucesivamente.

Una pequeña variante se produce cuando del anagrama se excluyen tan sólo las siglas relativas a la indicación social. Es el caso, por ejemplo, de “Banco Bilbao Vizcaya, Sociedad Anónima”, que hace “BBV”; o de “Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, Sociedad Anónima”, que hace “CAF”; o de “Sociedad Nacional de Industrias y Aplicaciones de la Celulosa Española, Sociedad Anónima”, que hace “SNIACE”.

Otro grupo importante de anagramas (igualmente acrofónicos) se forma por encadenamiento no ya de las primeras letras, sino de las primeras sílabas de las palabras que integran la denominación social, a las que unas veces se añaden las siglas S. A., correspondientes al tipo social de la Anónima, y otras veces no. Así sucede, por ejemplo, con "**Car**tera de **Tít**ulos, S. A.", que hace "**CART**ISA"; con "**Renta** de **Tít**ulos, S. A.", que hace "**RENT**ISA", con "**Banco Comercial Transatlántico**, S. A.", que hace "**BANCOTRANS**".

Finalmente, pueden señalarse otros anagramas en que se combinan más o menos letras o sílabas de la denominación social, incluso a veces tomadas de las letras finales de algunas de sus palabras componentes, y con una cierta arbitrariedad. Es el caso de "**Banco Español de Crédito**, S. A.", que hace "**BANESTO**"; de "**Banco del Desarrollo Económico, Español**, S. A.", que hace "**BANDESCO**"; de "**Banco Intercontinental Español**, S. A.", que hace "**BANKINTER**"; de "**Petróleos del Mediterráneo**, S. A.", que hace "**PETROMED**"; de "**Aviación y Comercio**, S. A.", que hace "**AVIACO**"; de "**Hidroeléctrica de Cataluña**, S. A.", que hace "**HIDRUÑA**", de "**Hidroeléctrica Española**, S. A.", que hace "**HIDROLA**".

Por último, en algunos anagramas es la discrecionalidad la única norma. Y así, "**Cubiertas y MZOV**, S. A." hace "**CMZ**"; como "**Compañía Española de Tubos por Extrusión**, S. A." hace "**TUBACEX**"; "**Corporación Financiera Reunida**, S. A." hace "**COFIR**"; "**Mercados en Origen**, S. A." hace "**MERCO**", o "**Fabricación de Automóviles Renault de España**, S. A." hace "**FASA RENAULT**".

Recapitulando: aunque se observa en la formación de los anagramas una clara tendencia a combinar letras o sílabas iniciales de la denominación social, la decisión final en términos empresariales se toma con absoluta libertad por razones de "marketing" o mercadotecnia, tomando en cuenta tan sólo su fuerza expresiva y, sobre todo, que el anagrama escogido resulte bien sonante (en términos publicitarios y de mercado).

Ello, desde el punto de vista empresarial. ¿Qué decir jurídicamente? Parece que relativamente poco, pero veámoslo.

El punto de partida en Derecho debe ser el de hacer notar la escasez de normas que regulan los anagramas o abreviaturas de la denominación social.

Tan escasas son éstas, que hasta la reciente reforma de nuestra legislación mercantil puede decirse que casi no había ninguna, pues contábamos sólo —que nosotros sepamos— con las Resoluciones de 21 de junio de 1983 y las de 12 de enero y 25 de abril de 1984, más la Instrucción de 16 de septiembre de 1987 (todas ellas de la Dirección General de los Registros y del Notariado), que mencionan expresamente el término y resuelven algún

supuesto concreto. Y, sobre todo (dado su carácter de norma legal), con la recientísima Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988, que acoge en sus artículos 76 y 82 el anagrama como uno de los posibles elementos constitutivos del nombre comercial y del rótulo del establecimiento.

Y tras dicha reforma, sólo el Reglamento del Registro Mercantil dicta una norma al respecto: la del artículo 363. Artículo que: *a)* ni utiliza el término anagrama (pues habla de siglas o denominaciones abreviadas); *b)* ni siquiera ocupa todo su texto (ya que sólo el párrafo segundo se ocupa de la materia).

A pesar de ello, sobre este artículo podemos apoyar las siguientes consideraciones:

Primero.—El anagrama no es denominación social ni forma parte de ella, por el hecho incontestable y palmario de que en nuestro Derecho rige el principio de unicidad de la denominación social, que formula con carácter general el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil, cuando taxativamente afirma que:

“Las sociedades y demás entidades inscribibles sólo podrán tener una denominación.”

Ello quiere decir que cuanto el artículo 116 del mismo texto legal [y lo mismo el art. 9.a) de la Ley de Anónimas] considera la denominación social como una de las “menciones obligatorias de los Estatutos”, no está incluyendo en ella el anagrama, que en todo caso es sólo una mención potestativa y voluntaria, en los términos que veremos más adelante.

Y supone, consecuentemente, que la Sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central recoge sólo denominaciones propiamente dichas y en ningún caso anagramas. Es más: éstos ni siquiera se pueden incluir en la certificación de denominación social, so pena de desnaturalizarlos, ya que inmediatamente dejarían de ser anagramas para pasar a ser parte integrante de la denominación misma. En este punto debe entenderse que continúa vigente la doctrina establecida por la Instrucción de 16 de septiembre de 1987, de la Dirección General de los Registros, cuando disponía en su punto primero (respecto al anterior Registro General de Sociedades) que:

“El Registro de Sociedades no certificará sobre anagramas. Al expresarse en una solicitud de certificación la denominación social, no se agregarán abreviaturas o anagramas que no formen parte integrante de ella.”

Segundo.—Como homenaje a la realidad social y a los usos arraigados en el mundo de los negocios, se permite, sin embargo, que el anagrama

figure junto a la denominación social, aunque en ningún caso —hay que insistir sobre este punto— forme parte de ella. Y ello, tanto en la escritura pública de constitución y en los Estatutos como en el Registro Mercantil.

Ya fue aceptado así en la anterior legislación por la Resolución de 25 de abril de 1984, al permitir que junto a la denominación social propiamente dicha (en el caso “Altos de Miraflores, S. A.”) figurara el correspondiente anagrama (ALMISA). El fundamento, en palabras de la Dirección General, es el de que:

“La abreviatura entre paréntesis puesta a continuación no viene a alterar la denominación precedente, dado su sentido incidental y sin enlace con el resto de las palabras utilizadas.”

Con su Resolución, la Dirección General dio la razón al Notario autorizante (Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS), que entendía que la utilización de anagramas es un “uso mercantil”, y negó que sea una “corruptela”, como sostenía el Registrador Mercantil en defensa de su nota.

Este mismo criterio del Notario y de la Dirección General es el adoptado por la nueva legislación, como lo prueba el reciente Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 363. Precepto que, por cierto, quedó afectado por la mastodóntica corrección de errores del texto legal.

En efecto, el artículo 363, en la redacción del *BOE* de 30 de diciembre de 1989, decía:

- “1. Las Sociedades y demás Entidades inscribibles sólo podrán tener una denominación.
2. Las siglas o denominaciones abreviadas no podrán formar parte de la denominación *ni consignarse en el Registro*. Quedan a salvo las siglas indicativas del tipo de Sociedad o Entidades previstas en el artículo 368.”

En el *BOE* de 9 de enero de 1990 (dentro de las casi ocho páginas de correcciones) se modifica este artículo de forma que donde dice: “... no podrán formar parte de la denominación ni consignarse en el Registro”, debe decir: “... no podrán formar parte de la denominación”.

Está claro, pues, por una simple interpretación “a contrario”, que las expresiones anagramáticas no forman parte de la denominación social, pero pueden constar en la escritura de constitución y en los Estatutos sociales y, consiguientemente, pueden acceder al Registro Mercantil.

Sólo elogios debe merecer esta postura realista de nuestra legislación (ya iniciada, como se ha visto, por la Dirección General—, pues mantener la postura contraria habría sido crear una distancia artificiosa e innecesaria entre el Registro Mercantil y la realidad jurídica extrarregistral, además

de un empeño inútil contra una corriente imparable del tráfico mercantil, e incluso del idioma mismo (no en balde el propio Dámaso Alonso calificó al nuestro como un “siglo de siglas”).

Como regla práctica de conducta derivada de todo lo anterior, tenemos que:

- a) Los solicitantes de una denominación no deben incluir en ésta el anagrama, con lo que la certificación del Registro tampoco hará ninguna referencia a él.
- b) El Notario autorizante debe aceptar y hacer constar tanto en la escritura como en los Estatutos el anagrama que hayan escogido libremente los socios al tiempo de constituir la Sociedad o de modificar su denominación social; y lo debe hacer constar a continuación de la denominación, fuera de las comillas expresivas de ésta, y entre paréntesis, guiones, corchetes o cualquier otro signo de puntuación que lo diferencie y singularice.
- c) El Registrador Mercantil debe inscribir el anagrama en los libros del Registro, a pesar de no figurar en la certificación denominativa. Y lo debe hacer constar a modo de una pura y simple “mención” que mantiene viva la conexión del Registro con la realidad mercantil extrarregistral, pero que no debe ser objeto de publicidad (aunque el asunto resulte una minucia sobre la que no se debe hacer cuestión, creo que el anagrama se puede hacer constar en el *BORME*, a continuación de la denominación y diferenciado de ella, al tiempo de publicar la constitución de la sociedad y en caso de cambio de denominación. En los demás actos publicables, su constancia no parece ni relevante ni necesaria).

Todo lo cual se hace, a nuestro juicio, con el loable afán de que el Registro refleje —aunque no proteja— un uso mercantil tan implantado en el mundo de los negocios como es este de los anagramas societarios. Cualquier animosidad o animadversión posible frente a los anagramas debe, por tanto, desaparecer una vez que queda aclarado su papel en las sociedades mercantiles.

Tercero.—Aunque el anagrama conste en escritura pública y figure inscrito en el Registro Mercantil, no está protegido por la “identidad de denominación” que establecen la Ley y el Reglamento. Por varias razones:

1.º Porque como ya hemos visto, no es denominación social, aunque figure al lado de ella. Podríamos decir que el anagrama es a las personas jurídicas lo que el alias o apodo es a las personas físicas.

2.º Porque la libertad e incluso el capricho que preside la conforma-

ción del anagrama (como antes hemos visto) puede provocar muchos casos de distinta denominación con igual anagrama.

No es difícil imaginar coincidencias de este tipo. Así, por ejemplo, "Promociones y Construcciones, S. A." se podría expresar en anagrama como "PYCSA". Pero "PYCSA" podría igualmente ser anagrama de todas estas denominaciones sociales que se nos ocurren: "P.Y.C. Sociedad Anónima"; "Pedro y Carlos, S. A."; "Palomeque y Carvajal, S. A."; "Pascual Yelo Calanda, S. A."; "Portes y Cargos, S. A."; "Perforaciones y Calicatas, S. A."; "Promociones Ysabel Camacho, S. A."; "Productos del Yeso y la Cal, S. A.". Por no citar otras muchas imaginables.

Incluso hemos observado en el tráfico mercantil varios supuestos reales de distinta denominación con igual anagrama. Así, "CASA" es anagrama de "Construcciones Aeronáuticas, S. A.", pero también lo es de otras dos Sociedades —al menos— que nosotros conozcamos: "Constructora Asturiana, S. A." y "Cosecheros Abastecedores, S. A."

3.º Porque el anagrama no es exclusivo de las Sociedades mercantiles, aunque sea especialmente frecuente en las Sociedades Anónimas y Sociedades Anónimas Laborales (por razones de fonética fáciles de entender). También es utilizado por otras Entidades como Asociaciones ("Asociación Española de Deportes, Ocio y Tiempo Libre para Minusválidos Psíquicos" hace "ANDE", como "Asociación para la Lucha Contra las Enfermedades del Riñón" hace "ALCER" o "Asociación Española de Banca Privada" hace "AEB"), Fundaciones ("Fundación para el Desarrollo de la Función Social de las Comunicaciones" hace "FUNDESCO", como "Fundación Institucional Española" hace "FIES") e incluso organismos públicos (así, "Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario" hace "YRIDA", como "Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo" hace "MOPU" o como "Instituto de Reforma de las Estructuras Comerciales" hace "IRESCO"), etc.

En consecuencia, cuando los artículos 372 y 373 del Reglamento del Registro Mercantil interpretan auténticamente qué debe entenderse por "identidad de denominación", no se están refiriendo en absoluto al anagrama, sino sólo a la denominación propiamente dicha.

Consecuencia de esta no protección es la posibilidad de que, en alguna ocasión, las relaciones entre anagrama y denominación social puedan plantearse en términos de conflicto. Así, cuando una Sociedad adopta como denominación el anagrama de otra (el caso inverso es imaginable, pero muy poco probable).

En esta hipótesis, la no protección registral del anagrama posibilita que una Sociedad que se denomine, por ejemplo, "Constructora Almeiriense, S. A. (y que incluso ha podido hacer constar su anagrama "COAL-

SA" en el Registro Mercantil) tenga que contemplar inerte cómo otra Sociedad constituida posteriormente y denominada, por ejemplo, "Coalsa, S. L.", es inscrita en el Registro sin que la primera pueda hacer nada por impedirlo. Claro que si la primera no puede impedir la inscripción y denominación de la segunda, tampoco la segunda puede —a nuestro juicio— evitar que la primera utilice el anagrama que venía usando con anterioridad.

¿Cómo proteger entonces el anagrama *erga omnes*, con carácter exclusivo y excluyente? La verdad es que tal protección no es posible *en tanto que tal anagrama*, ya que el legislador ha preferido abandonar este punto a los usos sociales y mercantiles, sin incluirlo en la denominación social (lo que comportaría su consiguiente protección, encomendada al Registro Mercantil).

Lo único que cabe es protegerlo *vía propiedad industrial*. En efecto, la Ley de Marcas de 1988 señala en su artículo 2 que podrán constituir marca, entre otros, "las palabras o combinaciones de palabras incluidas las que sirven para identificar las personas". Y los artículos 76 y 82, respecto al nombre comercial y al rótulo del establecimiento, respectivamente, disponen que podrán constituirse ambos por "las razones sociales y las denominaciones de las personas jurídicas" o por "los anagramas".

Es decir, se protege el anagrama "en tanto que marca, nombre comercial o rótulo de establecimiento", pero no como tal anagrama. Y no es preciso insistir en que esta protección afecta a productos o servicios, o a establecimientos, pero no al mismo nombre, primer dato identificador de las personas jurídicas. Lo que no puede ser de otra forma, dado el distinto campo de acción de las denominaciones sociales y del Registro de la Propiedad.

Cuarto.—La modificación del anagrama también merece algunas palabras, por los conflictos a que puede dar lugar en el mundo de la ya mencionada "identidad corporativa". A nosotros se nos ocurre, al menos, dos supuestos distintos: uno, cuando la sociedad decide cambiar su anagrama manteniendo la misma denominación social (supuesto al que se puede asimilar el de adopción de anagrama por parte de una sociedad que carecía de él); y otro, cuando la sociedad —generalmente por la difusión y éxito del anagrama acuñado— decide convertirlo en la denominación social propiamente dicha.

A) Sustitución de un anagrama por otro:

Si —como hemos visto— el anagrama consta en los Estatutos sociales y éstos figuran inscritos en el Registro Mercantil, la modificación del anagrama supone, por pequeña que sea, una modificación de los Estatutos.

Tal modificación habrá de realizarse con los requisitos consiguientes de ésta, es decir:

- Junta general debidamente convocada (o, en su caso, Junta universal).
- Quórum reforzado del artículo 103 LSA (no basta el simple del art. 102, por tener el carácter de “cualquier modificación de los Estatutos sociales”).
- Inclusión en el orden del día de la Junta (art. 158 RRM).
- Voto favorable de la mayoría del capital social desembolsado (arts. 93 y 44 LSA).
- Elevación a instrumento público del acuerdo social (arts. 107 y sigs. RRM).
- Inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil (art. 113 RRM).

Sin embargo, y porque el anagrama no es denominación social, no se necesita el “anuncio en dos diarios de gran circulación de la provincia”, previsto en el artículo 163 del Reglamento para el supuesto de cambio de denominación social.

B) Conversión del anagrama en denominación social:

El supuesto es más frecuente de lo que parece a primera vista y es expresivo de la fuerza que tienen en nuestra sociedad las siglas, abreviaturas y expresiones de síntesis, especialmente impuestas por exigencias publicitarias y de mercado. Y como caso destacado de ellas, los anagramas.

De nuevo podemos aquí tomar ejemplos extraídos de la propia realidad mercantil: la Sociedad “Compañía de Seguridad, S. A.”, en anagrama “PROSEGUR”, ha optado recientemente por incorporar esos términos a su denominación social, pasando a denominarse “PROSEGUR, Compañía de Seguridad, S. A.” (diario *ABC*, de Madrid, del 10 de mayo de 1990). Otro caso: hace unos meses, la Sociedad “Juan Obregón Toledo Construcciones, S. A.”, conocida en anagrama como “JOTSA”, ha cambiado su denominación social por la de “JOTSA, Sociedad Anónima” (diario *ABC*, de Madrid, del 2 de febrero de 1990).

Y sin necesidad de tener grandes dotes adivinatorias, puede vaticinarse que, como consecuencia de la entrada en vigor del Mercado Unico a partir de 1993, la actual “Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, Sociedad Anónima” (en anagrama “CAMPSA”) acabará tomando como denominación el que hoy es simplemente su anagrama: “CAMPSA”.

Pues bien, desde el punto de vista jurídico, este caso hace tránsito al supuesto común de modificación de Estatutos por cambio de denomina-

ción social, sin especialidad ninguna y con inclusión, por supuesto, de los anuncios previstos en el artículo 163.

Y sin contar para ello —y esto interesa remarcarlo— con ningún tipo de preferencia, reserva o rango, por lo que puede darse el caso —y la consiguiente sorpresa— de que la certificación de denominación resulte positiva, por existir ya otra sociedad inscrita con la denominación pretendida.

ALBERTO SÁENZ DE SANTA

MARÍA VIERNA

Notario

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) **Tratados internacionales y Derecho comunitario**

1. **DUODECIMA DIRECTIVA DEL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 21 DE DICIEMBRE DE 1989**

Después de una serie de citas, de vistos y considerandos pasa al texto articulado.

Artículo 1. Hace una relación del tipo de sociedad a que afecta en cada uno de los Estados miembros, indicando...

— En España: Sociedades de Responsabilidad Limitada.

.....

Art. 2. 1. La sociedad podrá constar de un socio único en el momento de su constitución, así como mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular (sociedad unipersonal).

2. Hasta una posterior coordinación de las disposiciones nacionales en materia de derecho de agrupaciones, las legislaciones de los Estados miembros podrán prever disposiciones especiales o sanciones:

- a) Cuando una persona física sea socio único de varias sociedades, o
- b) Cuando una sociedad unipersonal o cualquier otra persona jurídica sea socio único de una sociedad.

Art. 3. Cuando una sociedad se convierta en sociedad unipersonal mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular, deberá indicarse esta circunstancia, así como la identidad del socio único, ya sea en el expediente de la sociedad o inscribirse en el Registro a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva 69/151/CEE, ya sea transcribirse en un Registro de la sociedad accesible al público.

Art. 4. 1. El socio único ejercerá los poderes atribuidos a la junta general.

2. Las decisiones adoptadas por el socio único en el ámbito contemplado en el apartado 1 deberán constar en acta o consignarse por escrito.

Art. 5. 1. Los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad representada por el mismo deberán constar en acta o consignarse por escrito.

2. Los Estados miembros podrán no aplicar dicha disposición a las operaciones corrientes celebradas en condiciones normales.

Art. 6. Cuando un Estado miembro admita también para la sociedad anónima la sociedad unipersonal definida en el apartado 1 del artículo 2, se aplicarán las disposiciones de la presente Directiva.

Art. 7. Un Estado miembro podrá no permitir la sociedad unipersonal cuando su legislación prevea, para los empresarios individuales, la posibilidad de constituir empresas de responsabilidad limitada al patrimonio afectado a una actividad determinada, siempre y cuando se prevean, con respecto a estas empresas, unas garantías equivalentes a las impuestas en la presente Directiva, así como en las demás disposiciones comunitarias que se aplican a las sociedades mencionadas en el artículo 1.

Art. 8. 1. Los Estados miembros adoptarán, antes del 1 de enero de 1992, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva. Informarán de ello a la Comisión.

2. Los Estados miembros podrán prever que, con respecto a las sociedades ya existentes el 1 de enero de 1992, las disposiciones de la presente Directiva no se apliquen antes del 1 de enero de 1993.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Art. 9. Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros.

Hecho en Bruselas el 21 de diciembre de 1989.

2. ACUERDO DE COOPERACION CULTURAL ENTRE ESPAÑA Y CANADA

En el *BOE* del día 1 de mayo se publica este Acuerdo, hecho en Madrid el 31 de mayo de 1989.

Según su artículo 1.º, ambas Partes fomentarán el intercambio entre los dos países de expertos, profesores, investigadores, estudiantes, artistas, miembros de instituciones culturales y académicas, así como de otras personas relacionadas con actividades culturales, científicas o académicas.

Ambas Partes fomentarán una estrecha cooperación entre las instituciones culturales y académicas de los dos países. También fomentarán el

intercambio de visitas de expertos, profesores o investigadores para dar conferencias, llevar a cabo estudios de investigación, participar en congresos y seminarios e intercambiar información.

B) Legislación española

1. *Ley de Procedimiento Laboral*.—En el *BOE* del día 2 de mayo se publica el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el cual se aprueba el texto articulado de dicha Ley, de acuerdo con los criterios y principios contenidos en la Ley de Bases 7/1989, de 12 de abril.

En el *BOE* del día 23 de mayo se publicó una corrección de errores bastante amplia, que debe tenerse en cuenta.

2. *Reglamento de la Ley de Marcas*.—Se aprobó por Real Decreto 645/1990, de 18 de mayo. En el título I se regulan las marcas en general; en el II el régimen de las demás modalidades de signos distintivos, y en el III se regula el Registro de Marcas.

3. *Ley de modificación de la Propiedad Horizontal*.—Por la Ley 3/1990, de 21 de junio, se modifica el primer párrafo de la norma primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, en el sentido de sustituir la exigencia de la unanimidad por los tres quintos que serán suficientes cuando los acuerdos tengan por objeto suprimir barreras arquitectónicas que dificulten la movilidad de personas con minusvalía.

4. En el *BOE* del día 30 de junio aparecen dos Leyes de materia presupuestaria, financiera y tributaria, ambas de fecha 29 de junio.

La primera es la Ley 5/1990, que reproduce los preceptos que se dictaron por el Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre.

La segunda es la Ley 6/1990, de Presupuestos Generales del Estado para este año. En sus disposiciones adicionales destacamos la quinta, que señala el interés legal del dinero en el 10 por 100, pero el de demora a efectos de la Ley General Tributaria es el 12 por 100. En la disposición final décima se suprimen las Cámaras de la Propiedad Urbana.

C) Comunidades Autónomas

1. *Canarias*.—Con fecha 14 de mayo de 1990 se promulgan dos Leyes, la primera de Disciplina Urbanística y Territorial y la segunda del Consejo Económico y Social de Canarias. Su publican en el *Boletín Oficial de Canarias* en los días 21 y 23 de mayo, respectivamente.

La Ley de 23 de mayo de 1990, de Colegios Profesionales de Canarias, se publica en dicho *Boletín* del día 28 siguiente.

2. *Castilla y León*.—Se ha publicado la Ley de 16 de marzo de 1990, de Carreteras de la Comunidad, inserta en el *Boletín regional* el 4 de abril y en el *BOE* del 21 del mismo mes.

Y la Ley de Cajas de Ahorro de la misma Comunidad, de fecha 26 de abril, se publica en el *Boletín regional* del 7 de mayo.

3. *Madrid*.—La Ley de 10 de mayo de 1990, publicada en el *Boletín de la Comunidad* del 15 de junio, declara Parque Natural la Cumbre, Circo y Lagunas de Peñalara.

4. *Murcia*.—La Ley de 5 de abril de 1990, de Hacienda de la Región de Murcia, publicada en su *Boletín regional* del 27 de abril, regula el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico de esta Comunidad.

5. *País Vasco*.—La Ley de 6 de abril de 1990, que determina la capitalidad de los partidos judiciales de esta Comunidad, se publica en su *Boletín* del día 14 de mayo.

6. *Valencia*.—La Ley de 7 de junio de 1990, que se publica en su *Diario Oficial* del día 18 siguiente, regula la Estadística de esta Comunidad.

II. Información del Consejo de Redacción

El pasado día 26 de junio celebró reunión el Consejo de Redacción de esta Revista, bajo la presidencia de don Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

En primer lugar, tomaron posesión el nuevo Decano del Colegio de Registradores don José Poveda Díaz, y el nuevo Director del Centro de Estudios Registrales don Juan Pablo Ruano Borrella, así como los dos señores Consejeros elegidos en la sesión anterior, don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, Magistrado del Tribunal Supremo, y don José Luis Laso Martínez, Registrador de la Propiedad excedente y Abogado del Colegio de Madrid.

El Consejo acordó que constase en acta el profundo sentimiento por el fallecimiento del que fuera distinguido Consejero don José Luis Lacruz Berdejo, que todos lamentamos. En el número de enero-febrero pasado se publicó una sentida nota *in memoriam* redactada por el Consejero don José María Chico Ortiz.

Para cubrir esta vacante el Consejo acordó la designación de don Joaquín Rams Albesa, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura, autor de vario libros y trabajos.

Igualmente, se acordó nombrar Consejero a don Francisco Corral Dueñas, Registrador de la Propiedad de Madrid, que ya viene desempeñando el cargo de Secretario de esta Revista desde marzo de 1986.

En consecuencia, la composición del Consejo de Redacción será en lo sucesivo la que figura en la página primera de este número.

III. Información de actividades

I. SEMINARIOS SOBRE HIPOTECAS Y SEGURIDAD JURIDICA

Durante los días 7, 8 y 9 de mayo se ha celebrado este seminario organizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, en su salón de sesiones de Madrid.

La inauguración estuvo a cargo de don Julio Rodríguez López, Presidente del Banco Hipotecario de España, el cual resaltó la gran conexión que existe entre dicho Banco y la Institución registral, explicable si se tiene en cuenta que la mayoría de sus préstamos son a largo plazo y con la garantía hipotecaria; en la actualidad, dijo, el Banco es titular de unas setecientas mil inscripciones de hipoteca y eso hace que comparta todas las preocupaciones por los temas registrales.

A continuación se desarrollaron dos ponencias. La primera a cargo de don Manuel Amorós Guardiola, Registrador de la Propiedad de Madrid y Catedrático de Derecho Civil, sobre "La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada". Y la otra ponencia del primer día corrió a cargo de don Pedro Avila Navarro, Registrador de la Propiedad de Barcelona y Notario excedente, quien expuso el tema "Obligaciones y cláusulas accesorias en la hipoteca: problemas y posible garantía".

Las ponencias de los días 8 y 9 han sido las siguientes:

"La garantía hipotecaria de los intereses. Interés a tipo variable. Los llamados intereses de demora", por don Jesús Muro Villalón, Registrador de Igualada.

"La hipoteca y la legislación de defensa de los consumidores", por don Ramón Sánchez de Frutos, Registrador de Madrid y Notario excedente.

"Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo", por don César García-Arango y Díaz-Saavedra, Registrador de la Propiedad de Oviedo.

“La hipoteca y la retroacción de la quiebra”, por doña Carmen Iglesias Mayoralgo, Registradora de la Propiedad de Ocaña.

Y “Procedimientos de ejecución hipotecaria: perspectivas procesal y registral”, por don Pablo Vidal Francés, Registrador de la Propiedad de Barcelona.

Ha asistido numerosa concurrencia de profesionales que han seguido con gran interés las ponencias, como quedó demostrado con las preguntas e intervenciones de los coloquios consiguientes.

La clausura de este seminario corrió a cargo del Decano del Colegio, ilustrísimo señor don José Poveda Díaz.

Dado el gran interés que suscitó el seminario celebrado en Madrid, éste se ha repetido con iguales temas y los mismos ponentes, tanto en Barcelona como en La Coruña.

2. CURSO SOBRE DERECHO REGISTRAL, INMOBILIARIO Y MERCANTIL

Ha continuado en el Colegio de Abogados de Barcelona el curso práctico sobre Derecho Registral, Inmobiliario y Mercantil, que se celebra en colaboración con el Centro de Estudios de Cataluña y bajo la coordinación de nuestro compañero Pedro Avila Navarro, Registrador de la Propiedad de la Ciudad Condal.

En mayo y junio se han desarrollado las siguientes conferencias:

“El arbitraje, visión general y aspectos registrales”, por don Elías Campo Villegas, Notario de Barcelona.

“Repercusiones registrales de la separación y del divorcio”, por don Antonio Isac Aguilar, Registrador de Vich.

“Prohibiciones de disponer y condición resolutoria”, por don Pablo Vidal Francés, Registrador de Barcelona.

“La adjudicación en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria”, por don José López Liz, Abogado.

“Sustitución fideicomisaria y enajenación de bienes en fideicomiso”, por don Alberto Yusta Benach, Registrador de Barcelona.

“Cancelaciones especiales”, por don Pedro Avila Navarro, Registrador de Barcelona y Notario excedente.

“La resolución judicial ante el Registro”, por doña Amelia Mateo Marco, Magistrada-Juez de Barcelona, y don José María Alfin Massot, Registrador de Barcelona.

“Modernización del Registro”, por don Mariano Va Aguaviva, Registrador de Mataró.

Como final de este curso práctico, por el Seminario de Registradores Mercantiles de Barcelona se expusieron distintos temas relacionados con el nuevo Reglamento del Registro Mercantil.

La clausura tuvo lugar el día 14 de junio, con dos clases prácticas en un Registro de la Propiedad sobre la presentación del documento y proceso de inscripción y sobre la consulta del Registro de la Propiedad y Mercantil, a cargo del coordinador del curso, el Registrador de la Propiedad de Barcelona don Pedro Avila Navarro.

3. V CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO

Se ha celebrado durante los días 21 a 26 de mayo pasado en la Universidad de Navarra, en Pamplona. Ha estado organizado por el Instituto de Ciencias para la Familia y se ha estudiado el tema: "Libertades fundamentales y sistema matrimonial".

4. III ENCUENTRO SOBRE INFORMATICA EN LAS FACULTADES DE DERECHO

Ha tenido lugar en la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), de Madrid, los días 4 y 5 de mayo, bajo la coordinación de don Miguel Angel Cavara, Director del Instituto de Informática Jurídica, con la colaboración de varias Facultades y Colegios profesionales jurídicos.

El trabajo se desarrolló en cuatro grupos: Derecho informático, Documentación, Gestión y Enseñanza.

Las ponencias fueron las siguientes:

Primera ponencia. Tema: "La construcción de un aula informática en una Facultad de Derecho", Profesor doctor Mario Losano, Profesor de Teoría General del Derecho y Presidente del Centro de Cálculo Automático de la Universidad Estatal de Milán.

Segunda ponencia. Tema: "Enseñanza del Derecho informático y de la informática jurídica en Colombia", Profesora doctora María Fernanda Guerrero, Facultad de Finanzas y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Público.

Tercera ponencia. Tema: "La informática como apoyo a la docencia y a la investigación en la Facultad de Derecho", Profesor doctor Miguel Angel Davara, Director del Instituto de Informática Jurídica y Profesor

de Informática para Juristas de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas.

Cuarta ponencia. Tema: "Representación del lenguaje jurídico a través de un lenguaje documental. El Tesoro jurídico", Profesora Concepción Alvaro, Licenciada en Derecho y en Ciencias de la Información Coordinadora del Área de Documentación Jurídica del Instituto de Información y Documentación en Ciencias Sociales y Humanidades (Consejo Superior de Investigaciones Científicas).

5. XII JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL

Se han celebrado en Mérida del 7 al 11 de mayo pasado, organizadas por la Universidad a Distancia en su Centro Regional de Extremadura.

Las ponencias y conferencias desarrolladas han sido éstas:

Primera ponencia: "Cooperación judicial en el área iberoamericana". Ponentes: Don Jairo Parra Quijano, Profesor de Derecho Procesal (Colombia); don José Luis Vázquez Sotelo, Abogado y Catedrático de Derecho Procesal; don Siro Francisco García Pérez, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Conferencia sobre "Justicia y pobreza", por Mariolga Quintero Tirado, Profesora de Derecho Procesal (Venezuela).

Segunda ponencia: "Arbitraje en el área iberoamericana". Ponentes: Don Jorge Fábrega P., Abogado y Profesor de Derecho Procesal (Panamá); don Fernando Gómez de Liaño, Catedrático de Derecho Procesal (Oviedo); don Antonio del Cacho Fragó, Vocal del Consejo General del Poder Judicial.

Conferencia sobre "La reforma del proceso penal", por don Víctor Fairen Guillén, Catedrático de Derecho Procesal.

Tercera ponencia: "Protección procesal de los derechos humanos en el área iberoamericana". Ponentes: Don Hugo Anabalón Pereira, Profesor de Derecho Procesal (Chile).

Cuarta ponencia: "La reforma del proceso penal". Ponentes: Doña Ada Pellegrini Grinover, Profesora de Derecho Procesal (Brasil); don Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, Catedrático de Derecho Procesal; don Antonio González Cuéllar, Vocal del Consejo General del Poder Judicial.

Conferencia sobre "La reforma del proceso penal", por don Julio Bernardo J. Maier, Profesor de Derecho Penal (Argentina).

6. VI JORNADA NOTARIAL DEL CONO SUR

Organizada por la Unión Internacional del Notariado Latino y la Asociación de Escribanos del Uruguay, se celebró esta Jornada durante los días 8 a 11 de marzo pasado, en Punta del Este, Uruguay.

Constituyó un importante acontecimiento doctrinal, por la concurrencia de destacados profesionales y se desarrolló bajo la presidencia del señor Gilles Demere, Presidente de la Unión Internacional del Notariado Latino. Por la Asociación de Escribanos del Uruguay, la organización estuvo a cargo del Escribano señor Hugo Pérez Montero.

Los temas tratados han sido los siguientes: :

I. “Adopción y legitimación adoptiva en el Derecho internacional privado”. Actuó de coordinadora la Escribana Doelia Terra Corbo, de Uruguay.

II. “El secreto profesional”. Coordinador: Enrique J. Barales, Escribano de Argentina.

III. “El *leasing* inmobiliario”. Coordinadora: Escribana Susana Cambiasso, de Montevideo, Uruguay.

A este tema presentó una documentada comunicación, titulada “Especial consideración del *leasing* inmobiliario”, el español don José Manuel García Collantes, Notario de Alorcón.

IV. “La intervención notarial en el documento informático”, bajo la coordinación de la Asociación de Notarios de Chile.

Agradecemos el envío del texto de las ponencias, así como la amplia información de primera mano que nos ha proporcionado nuestra colaboradora la señora Cambiasso.

7. CURSO SOBRE MULTIPROPIEDAD Y PROMOCION URBANA PUBLICA Y PRIVADA

Se han desarrollado en Madrid entre los días 21 al 24 de mayo último, organizado por la Escuela Libre de Derecho y Economía y bajo la dirección de don Gerardo Muñoz de Dios, Notario de Madrid.

Profesores: Antonio Pau Padrón, José Cándido Paz Ares, José Ignacio Rubio San Román, Víctor Manuel Garrido Palma, José Luis Pérez de Ayala y Luis Alvarez López.

Temas: “La multipropiedad en el Derecho comparado y en el Derecho comunitario”; “Multipropiedad: régimen proyectado”; “La multipropiedad en el Derecho español vigente”; “Promoción urbana, pública y privada”; “Aportación de solar”; “Comunidad para construir”; “Aspectos fiscales de

la promoción urbana”; “Promoción pública municipal. Plan: 18.000 viviendas de Madrid”.

8. CONGRESO DE LA FEDERACION INTERNACIONAL DE MUJERES DE CARRERAS JURIDICAS

Se ha celebrado en Tel Aviv, Israel, en los días 6 al 10 de mayo. En sesión abierta se trató de un tema en íntima relación con la mujer, que son los hijos, y que aunque no sea específico del sexo femenino, condiciona grandemente su vida y actuaciones.

El tema del estudio fue “Los derechos humanos del niño”, dividido en tres subtemas: 1.º aspectos penales; 2.º aspectos civiles, y 3.º convenciones internacionales.

9. CURSO SOBRE LA REFORMA DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS

En una residencia de Miraflores de la Sierra, Madrid, organizado por la Universidad Autónoma de Madrid y patrocinado por el Ministerio de Justicia, se ha desarrollado este curso bajo la dirección de don José Cándido Paz-Ares, Catedrático de Derecho Mercantil y Director general de los Registros y del Notariado.

Los actos celebrados han sido los siguientes:

Miércoles 16 de mayo

“Presentación del curso”. Don Cándido Paz-Ares, Director general de los Registros y del Notariado; don Fernando Vallespín Oña, Vicerrector de Actividades Culturales y Extracurriculares, UAM.

“Reflexiones generales sobre la reforma de las sociedades anónimas”. Don Aurelio Menéndez, Catedrático de Derecho Mercantil, UAM.

“La fundación de la sociedad anónima”. Don Manuel de la Cámara, Notario de Madrid.

“El capital social”. Don Rafael García Villaverde, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

“La acción como valor mobiliario”. Don Cándido Paz-Ares, Catedrático de Derecho Mercantil.

Jueves 17 de mayo

“La autocartera”. Don Ricardo Alonso Soto, Catedrático de Derecho Mercantil y Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.

“La Junta general de accionistas”. Don Antonio Pau Padrón, Subdirector general del Notariado y de los Registros; don Vicente Gimeno Sendra, Catedrático de Derecho Procesal y Magistrado del Tribunal Constitucional.

“La administración de la sociedad anónima”. Don Gaudencio Esteban, Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid.

“La modificación de estatutos”. Don Juan Luis Iglesias, Catedrático de Derecho Mercantil, UAM.

Viernes 18 de mayo

“Aumento y reducción de capital”. Don Angel Rojo, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Alcalá de Henares.

“Fusión y escisión de sociedades anónimas”. Don Fernando Rodríguez Artigas, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

“La sociedad y la Bolsa”. Don Aníbal Sánchez Andrés, Catedrático de Derecho Mercantil y Consejero de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

“Mesa redonda sobre la adaptación de estatutos de sociedades anónimas a la legislación reformada”. Intervienen: Los ponentes que han participado en el curso y don Juan Alvarez-Sala Walther, Notario de Madrid, y don Valentín Barriga, Encargado del Registro Mercantil de Madrid.

10. XXV CURSO DE DERECHO AGRARIO

Se han celebrado las bodas de plata de este curso, que desde hace veinticinco años viene impartiendo la Asociación Española de Derecho Agrario.

Durante los meses de mayo y junio se han desarrollado los distintos temas sobre Derecho agrario general, autonómico y de las Comunidades Europeas, a cargo de profesores especialistas.

La sesión de clausura ha tenido lugar el día 29 de junio, a cargo del Presidente de la Asociación don Alberto Ballarín Marcial, Notario de Madrid, con asistencia del Director del curso, don Juan José Sanz Jarque, Catedrático de Derecho Agrario y Sociología de la Universidad Politécnica de Madrid, y todo el profesorado, así como de numerosos alumnos que han pasado por estos cursos a lo largo de sus veinticinco años de andadura.

11. ACADEMIA SEVILLANA DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Por Decreto de la Junta de Andalucía de 27 de febrero pasado, se ha creado la Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, acogiendo así la petición formulada por el Colegio de Abogados de Sevilla, el Colegio Notarial de Sevilla y la Junta de la Facultad de Derecho de la Universidad Hispalense.

Dicha Academia se constituye como corporación de Derecho público para la investigación, cultivo, fomento y difusión de la ciencia del Derecho, gozando de personalidad jurídica propia y extendiendo su ámbito territorial a toda la provincia de Sevilla.

La Academia ahora creada estará integrada por un máximo de veintiocho académicos numerarios, seis académicos de honor y veintiocho académicos correspondientes, y se regirá por los estatutos que igualmente han sido aprobados por la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, los cuales aparecieron publicados en el *BOJA* del pasado 6 de abril.

La Junta gestora está integrada por el Presidente de la Audiencia de Sevilla, Francisco Escobar Gallego; el Decano del Colegio de Abogados de esta ciudad, José Angel García Fernández; el Decano del Colegio Notarial, Francisco Cuenca Anaya; el de la Facultad de Derecho, Pedro Escribano, y el Delegado del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Presidente territorial de Andalucía Occidental, don Manuel Rodríguez Sañudo.

12. CONCESION DE BECAS DE ASISTENCIA AL IX CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL (V CENTENARIO DEL DESCUBRIMIENTO DE AMERICA)

Convocatoria

El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, con motivo del V Centenario del Descubrimiento de América, convoca la concesión de becas de asistencia al IX Congreso Internacional de Derecho Registral a celebrar en España en el año 1992.

Bases

Primera.—Cada beca estará dotada de la cantidad precisa para cubrir los gastos de desplazamiento, estancia y cuota de inscripción.

Segunda.—Podrá concederse una beca por cada país iberoamericano.

Tercera.—Pueden optar a la concesión de las becas los juristas de los países iberoamericanos.

Cuarta.—Los trabajos, que podrán ser individuales o conjuntos, tendrán una extensión máxima de 100 folios y mínima de 20, a doble espacio y por una sola cara. Deberán presentarse acompañados de un extracto de cinco folios. Los trabajos serán inéditos y se presentarán por duplicado, haciéndose constar el nombre, apellidos, nacionalidad y domicilio del autor.

Quinta.—Los trabajos deberán versar sobre el tema genérico “La publicidad registral, base de la seguridad jurídica del tráfico de bienes inmuebles: El Registro de la Propiedad como garante de dicha seguridad”.

En los trabajos deberá hacerse especial detenimiento en el estudio de las posibles huellas de la Legislación Registral Inmobiliaria española.

Sexta.—Los trabajos deberán remitirse antes del 31 de agosto de 1991 al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, calle Príncipe de Vergara, 72, 28006 Madrid.

Séptima.—Los trabajos que obtengan beca serán de propiedad del Colegio, quien se reserva el derecho a publicarlos total o parcialmente.

Octava.—Las becas serán concedidas por la Comisión Redactora de las “Leyes Hipotecarias y Registrales de España: Fuentes y evolución”.

Novena.—La presentación de los trabajos implica la total aceptación y conformidad con estas bases.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 26 de abril de 1990.—INFRACCIONES Y SANCIONES TRIBUTARIAS.—Cuestión de inconstitucionalidad de la Ley 10/1985, que modificaba la Ley General Tributaria en esta materia.—Pleno.—Ponente: Señor Leguina Villa.

Fallo.—El Tribunal Constitucional lleva a cabo una interpretación de los artículos 82.h), 86 y 145.3 de la Ley General Tributaria, y desestima el recurso interpuesto y las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en cuanto a los demás preceptos recurridos.

Todo ello se razona en los siguientes

Fundamentos jurídicos

Primero.—El presente proceso constitucional tiene por objeto la resolución de una impugnación directa y de dos cuestiones de inconstitucionalidad relativas a diversos preceptos de la Ley 10/1985, de 26 de abril, por la que se modifica parcialmente la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 (LGT). En relación con una de estas cuestiones, la promovida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo y registrada con el número 1960/1988, tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado manifiestan que no se han satisfecho las condiciones procesales necesarias para su admisión a trámite, pues en el Auto de planteamiento no se ofrece un razonamiento suficiente acerca del modo en que la solución del asunto deducido en la vía judicial depende de la validez de la norma legal cuestionada. Es menester, por consiguiente antes de entrar en el fondo de asunto, comprobar si se ha cumplido con lo exigido en el artículo 163 de la Constitución y en el artículo 35.1 de la LOTC.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con los artículos 58.2.b), 80.4, 81.1.a), 82.b), 83.3.f) y 86 de la LGT en la redacción dada a los mismos por la citada Ley 10/1985. Para el Ministerio Público, la falta del juicio de relevancia afecta a todos aquellos preceptos, en tanto que para el Abogado del Estado sólo alcanzaría a los artículos 83.3.f) y 58.2.b).

El proceso contencioso-administrativo de origen tiene por objeto una impugnación directa de una disposición general, el Real Decreto 2631/1985, de 18 de diciembre, sobre procedimiento para sancionar las infracciones tributarias. Esta circunstancia inclina al Fiscal General del Estado a insistir en el carácter abs-

tracto de la cuestión planteada, pues ésta ha sido promovida en un proceso en el que se recurre por el Consejo General de la Abogacía una disposición general de la Administración y no un acto singular, sin que se haya producido una lesión individualizada y actual de derechos o intereses de la corporación recurrente, ni esté en juego la aplicación concreta de la Ley o del Real Decreto. En síntesis, el Fiscal General sostiene que la Sala ha desbordado la función de control concreto que la vía de la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes debe cumplir según los artículos 163 de la Constitución y 35 de nuestra Ley Orgánica. Por su parte, el Abogado del Estado muestra también su perplejidad ante el planteamiento de una cuestión en la que se discute un pretendido vicio de inconstitucionalidad mediata de un reglamento cuyo origen inmediato se imputa a la Ley 10/1985 de la que aquél trae causa, si bien limita su oposición a la falta del necesario juicio de relevancia en relación con los dos preceptos anteriormente citados.

En cualquier caso, y con el fin de reducir a sus justos términos el alcance efectivo que las anteriores objeciones tienen en el presente proceso constitucional, es oportuno advertir que, salvo el artículo 83.3.f), todos los preceptos legales de cuya constitucionalidad se duda por la Sala Tercera del Tribunal Supremo han sido también discutidos, sea en el recurso 895/1985, sea en la cuestión 889/1988.

El llamado juicio de relevancia, que es el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada, ofrece sin duda matices singulares en los casos en que el proceso previo tiene por objeto la impugnación directa de una disposición general cuya constitucionalidad es dudosa para el órgano judicial porque dudosa es para este mismo órgano la adecuación a la Constitución de la Ley que el Reglamento viene a ejecutar o desarrollar. El carácter concreto de la función de control de normas con rango de ley que la vía de la cuestión de inconstitucionalidad pone en marcha se ve en estos supuestos algo diluidos, pero esta tendencia a la abstracción del control no priva de sentido al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues es claro que también en estos casos el proceso judicial no puede resolverse si antes no se despeja la duda acerca de la adecuación o no a la Constitución de los preceptos legales que las normas reglamentarias impugnadas desarrollan o ejecutan. Ello no excluye, sin embargo, que en tales casos el órgano judicial haya de exteriorizar la conexión existente entre la norma de rango reglamentario y la de rango legal cuya constitucionalidad se discute, debiendo coincidir los preceptos reglamentarios que el recurrente impugna en el proceso ordinario con el contenido de los preceptos legales cuestionados, pues, según ha afirmado este Tribunal en anterior ocasión con una declaración de alcance general, la revisión del juicio de relevancia tiene necesariamente que realizarse a la luz de la "interdependencia entre pretensión procesal, proceso y resolución judicial", dado que la cuestión de inconstitucionalidad se suscita en el seno de un concreto y determinado proceso (STC 166/86, F.J. 6; y STC 86/1985, F.J. 2).

En el presente caso, el Consejo General de la Abogacía ha impugnado ante el Tribunal Supremo, entre otros preceptos, el artículo 143.f) del Real Decreto 263/85, según el cual se entenderá que el sujeto infractor ha actuado de mala fe si se diera una "falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición". En el razonamiento que sustenta dicha impugnación se hace expresa mención del artículo 83.3.f) de la LGT, relativo a la sanción de la omisión del deber de colaboración tributaria por falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición, y que es uno de los preceptos cuya relevancia se discute por el Abogado del Estado. Asimismo, se

impugnan en la demanda contencioso-administrativa distintos preceptos del citado Real Decreto 2631/85 (art. 10.5, art. 19 y disposición adicional 1.^a) que se refieren a las sanciones por ingresos fuera de plazo y, en concreto, al interés de demora que, conforme al artículo 58.2.b) de la LGT, en su nueva redacción, es el legal del dinero incrementado en un 25 por 100; y nuevamente se hace expresa referencia al precepto legal que las normas reglamentarias impugnadas desarrollan. Es patente, por tanto, la íntima conexión habida entre los preceptos legales y reglamentarios citados en la *causa petendi* y en la pretensión procesal ejercida en el proceso previo.

Una vez comprobado este extremo, debe bastar ahora con determinar si el Auto por el que se promueve la cuestión de inconstitucionalidad ha exteriorizado suficientemente el juicio de relevancia en lo que concierne a los artículos 83.3.f) y 58.2.b) de la LGT, pues, como recuerda el Fiscal General del Estado, la Sala no puede abandonar todo protagonismo y limitarse a trasladar a este Tribunal las supuestas inconstitucionalidades que la Corporación recurrente denunció, sino que es el propio órgano judicial el que debe exponer de forma razonada sus dudas sobre la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley de las que depende el fallo, como exige con toda claridad el artículo 163 de la Constitución.

En el Auto de planteamiento de la cuestión, la Sala argumenta con algún pormenor acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 83.3.f) de la LGT, pero no cita ningún artículo del Real Decreto 2631/85 del que dicho precepto legal resulte jurídicamente habilitante. Sin embargo, es fácil advertir la conexión existente entre el texto del artículo 83.3.f) de la LGT y el del artículo 14.3.f) del Real Decreto 2631/85, pues el segundo es en parte transcripción literal del primero, y la concreta impugnación de la norma reglamentaria se funda en la pretendida inconstitucionalidad de la norma legal. Por ello la omisión por la Sala de la cita expresa del precepto reglamentario impugnado por la parte no es en este caso un obstáculo que impida entender que existe una mención implícita de tal precepto cuya eventual inconstitucionalidad derivaría de la que adoleciera la norma legal que desarrolla.

En lo referente al artículo 58.2.b) de la LGT, la Sala entiende que dicho precepto legal es jurídicamente habilitante de los artículos 10.5, 19 y disposición adicional 1.^a del Real Decreto 1631/85 y argumenta su presunta contradicción con los artículos 14 y 25.1 de la Constitución. El Abogado del Estado denuncia la falta de conexión existente entre aquellos artículos, ya que, a su juicio, los citados preceptos reglamentarios se refieren simplemente a los intereses de demora por el tiempo transcurrido entre la finalización del plazo voluntario de pago y el día en que se practiquen las liquidaciones, en tanto que el artículo 58.2.b) de la LGT incluye un incremento de un 25 por 100 del interés legal del dinero a la hora de cuantificar dicho interés; este incremento, que es el verdadero objeto de debate en este proceso constitucional, no viene, en cambio, recogido en los preceptos reglamentarios. Pero la objeción no puede ser admitida, pues, aun siendo cierto que los artículos antes citados del Real Decreto 2631/85 no mencionan el discutido incremento de un 25 por 100 sobre el interés legal del dinero, no lo es menos que vienen a concretar su aplicación en ciertos supuestos. Es claro, por tanto, que aquellos preceptos reglamentarios parten de un concepto previo de interés de demora cuya cuantificación resulta de lo dispuesto en el artículo 58.2.b) de la LGT, concepto que, al desarrollarse su aplicación a supuestos concretos, no es preciso ni obligado que sea reproducido por dichas normas reglamentarias.

Por consiguiente, han de entenderse satisfechos respecto de ambos preceptos legales los requisitos necesarios para plantear la cuestión de inconstitucionalidad

y, en concreto, la presencia del juicio de relevancia, pues la Sala promoviente ha justificado la relación existente entre la constitucionalidad de las normas legales cuestionadas y el fallo que haya de pronunciarse en el asunto concreto —la impugnación directa de normas reglamentarias— sometido a su enjuiciamiento. Todo ello de acuerdo con una interpretación flexible de nuestra Ley Orgánica, que es la que inspira en general las actuaciones de este Tribunal, y que se justifica además, en lo que ahora importa, por *la conveniencia de que las cuestiones promovidas por los órganos judiciales encuentren, siempre que sea posible y sin menoscabo de los presupuestos procesales que son de orden público, una solución por Sentencia, al objeto de contribuir a la depuración del ordenamiento jurídico de preceptos presuntamente inconstitucionales, extendiendo así la fuerza vinculante de la Constitución gracias a una imprescindible cooperación entre órganos judiciales y Tribunal Constitucional*. Pues, a fin de cuentas, sólo cuando resulte evidente que la norma legal cuestionada no es en modo alguno aplicable al caso cabe declarar inadmisibles una cuestión de inconstitucionalidad. Pero, como se ha visto, no es esto lo que ocurre en el presente caso.

Segundo.—Una vez desechada esta objeción formal, procede que fijemos con claridad el cuadro impugnatorio que resulta de las dos cuestiones y del recurso de inconstitucionalidad acumulados en este proceso. Por una u otra vía, se combaten los siguientes preceptos de la Ley 10/85, agrupados según un orden lógico o por bloques de materias: *a)* artículos 1 y 4 en la nueva redacción que ofrecen, respectivamente, de los artículos 38.1 y 77.1 de la LGT sobre responsabilidad derivada de las infracciones tributarias; *b)* artículo 4 en la modificación que introduce de los artículos 80.4, 81.1.a) y 86 de la LGT, referidos a la sanción de suspensión del ejercicio de profesionales oficiales; *c)* artículo 4 en la redacción que da al artículo 82.b) de la LGT relativo a la ponderación de la capacidad económica como criterio para graduar las sanciones; *d)* artículo 4 en cuanto otorga una nueva redacción a los artículos 82.h) y 89.2 de la LGT referidos al uso de la conformidad del sujeto pasivo como criterio, respectivamente, para graduar las sanciones y para solicitar la condonación de las sanciones tributarias de forma graciable; *e)* artículo 5 en la redacción que da a los artículos 140.c) y 145.3 de la LGT por los que se atribuye a la Inspección de los Tributos facultades para practicar las liquidaciones que resulten de las actuaciones de comprobación e investigación en los términos que reglamentariamente se establezcan, y se reconoce a las actas y diligencias extendidas por la Inspección de los Tributos la naturaleza de documentos públicos que hacen prueba de los hechos que motiven su formalización salvo que se acredite lo contrario; *f)* artículo 3 que modifica el artículo 58.2.b) de la LGT en lo relativo a la introducción de un incremento de un 25 por 100 sobre el interés legal del dinero para los intereses de demora, y *g)* artículo 4 en la redacción que otorga al artículo 83.3.f) de la LGT sobre sanción al contribuyente por la falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición.

Tercero.—Pero antes de iniciar el enjuiciamiento de los citados preceptos legales, conviene traer a colación una breve consideración general sobre el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que a todos impone el artículo 31.1 de la Constitución, pues sólo a partir de esta consideración —que es un *príus* lógico cuando de infracciones y sanciones tributarias se trata— puede entenderse cabalmente la singular posición en que la Constitución sitúa respectivamente a los poderes públicos, en cuanto titulares de la potestad tributaria, y

a los ciudadanos, en cuanto sujetos pasivos y, en su caso, sujetos infractores del deber de contribuir. Dicho precepto constitucional dispone, en efecto, que "todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio". *Esta recepción constitucional del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según la capacidad económica de cada contribuyente configura un mandato que vincula tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos e incide en la naturaleza misma de la relación tributaria. Para los ciudadanos este deber constitucional implica, más allá del genérico sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que el artículo 9.1 de la norma fundamental impone, una situación de sujeción a la colaboración con la Administración tributaria en orden al sostenimiento de los gastos públicos cuyo indiscutible y esencial interés público justifica la imposición de limitaciones legales al ejercicio de los derechos individuales. Para los poderes públicos este deber constitucional comporta también exigencias y potestades específicas en orden a la efectividad de su cumplimiento por los contribuyentes.*

Este Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de declarar, en concreto, que *para el efectivo cumplimiento del deber que impone el artículo 31.1 de la Constitución es imprescindible la actividad inspectora y comprobatoria de la Administración tributaria, ya que de otro modo "se produciría una distribución injusta en la carga fiscal", pues "lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar"; de ahí la necesidad y la justificación de "una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz, aunque pueda resultar a veces incómoda y molesta" (STC 110/1984, F.J. 3.º). La ordenación y despliegue de una eficaz actividad de inspección y comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias no es, pues, una opción que queda a la libre disponibilidad del legislador y de la Administración, sino que, por el contrario, es una exigencia inherente a "un sistema tributario justo" como el que la Constitución propugna en el artículo 3.1.: en una palabra, la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria. De donde se sigue asimismo que el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias, sancionando, en su caso, los incumplimientos de las obligaciones que correspondan a los contribuyentes o las infracciones cometidas por quienes están sujetos a las normas tributarias.*

Cuarto.—Dicho lo que antecede, procede que entremos ya en el examen de los preceptos de la Ley 10/1985, relativos todos ellos a infracciones y sanciones tributarias, cuya constitucionalidad se discute en este proceso.

El primer grupo de preceptos impugnados se refiere a los artículos 1 y 4 de la Ley 10/85, en cuanto dan una nueva redacción a los artículos 38.1 y 77.1 de la LGT, respectivamente. Según los Senadores recurrentes, se consagra en dichos artículos un peligroso régimen de responsabilidad objetiva de las infracciones tributarias que hace desaparecer cualquier exigencia de voluntariedad o intencionalidad en las conductas sancionadas; y, dado que las sanciones tributarias participan de la misma naturaleza que las penas, se transgrede el principio conforme al cual no existe responsabilidad criminal sin culpabilidad y se llega a un

resultado lesivo de la seguridad jurídica y del principio de legalidad penal (artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución).

A) La impugnación no puede ser acogida ni en su premisa ni en sus consecuencias, debiendo en cambio compartirse la argumentación ofrecida por el Abogado del Estado cuando sostiene que la Ley 10/85 no ha alterado el sistema de responsabilidad en materia de infracciones tributarias, en el cual sigue rigiendo el principio de responsabilidad por dolo o culpa.

Centrado en primer término la atención en el artículo 77.1, no es difícil advertir que el legislador tributario de 1985 ha procedido a adaptar el tenor de este precepto a la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio. Para comprobar este aserto basta comparar la redacción del artículo 1 del Código Penal en sus versiones anterior y posterior a la reforma de 1983 con el texto del artículo 77.1 de la LGT, igualmente en su versión originaria y actual. Tanto del actual artículo 1 del Código Penal como del citado artículo 77.1 de la LGT ha desaparecido el adjetivo "voluntarias" que seguía a los sustantivos "acciones u omisiones". Es cierto que, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Código Penal, en el que se ha sustituido aquel término por la expresión "dolosas o culposas", en la LGT se ha excluido cualquier adjetivación de las acciones u omisiones constitutivas de infracción tributaria. Pero ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. *En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, tal resultado sería inadmisibile en nuestro ordenamiento. Pero, como se ha dicho, nada de esto ocurre. El propio artículo 77.1 de la LGT dice, en su inciso segundo, que las infracciones tributarias son sancionables "incluso a título de simple negligencia", lo que con toda evidencia significa, de un lado, que el precepto está dado por supuesta la exigencia de culpabilidad en los grados de dolo y culpa o negligencia grave; y de otro, que más allá de la simple negligencia los hechos no pueden ser sancionados.*

No existe, por tanto, un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias ni nada ha cambiado al respecto la Ley 10/1985. Por el contrario, y con independencia del mayor o menor acierto técnico de su redacción, *en el nuevo artículo 77.1 sigue rigiendo el principio de culpabilidad* (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), *principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente*. Con ello queda dicho también que el citado precepto legal no ha podido infringir en modo alguno los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) y de legalidad sancionadora (art. 25.1 de la Constitución).

B) El artículo 38.1 de la LGT se encuentra en una muy directa conexión con el artículo 77.1, de modo que sólo puede ser correctamente entendido mediante una interpretación conjunta con este último. Según aquel precepto, "responderán solidariamente de las obligaciones tributarias todas las personas que sean causantes o colaboren en la realización de una infracción tributaria". La lectura de este texto indica a las claras que la responsabilidad solidaria que en el mismo se recoge queda regulada ciertamente en unos términos más amplios que en la redacción anterior, pero de ello no puede deducirse sin otros esfuerzos argumentales que, como los recurrentes pretenden, la norma legal adolezca de vicio de inconstitucionalidad.

Ha de señalarse, en primer lugar, que *el precepto no consagra, como ya se ha*

dicho, una responsabilidad objetiva, sino que la responsabilidad solidaria allí prevista se mueve en el marco establecido con carácter general para los ilícitos tributarios por el artículo 77.1 que gira en torno al principio de culpabilidad. Una interpretación sistemática de ambos preceptos permite concluir que también en los casos de responsabilidad solidaria se requiere la concurrencia de dolo o culpa aunque sea leve. En segundo lugar, debemos declarar que no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal—en la medida en que la pena consista en la privación de dicha libertad—que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria, siempre prorrateable a posteriori entre los distintos responsables individuales. De ahí la necesidad de tener en cuenta en esta ocasión, como en otras semejantes, que la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico.

Por lo demás, ha de declararse también que no es aplicable al supuesto que ahora estamos considerando la doctrina establecida por este Tribunal en la Sentencia 45/1989, a propósito de los artículos 31.2 y 34.6 de la Ley 44/1987, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que establecían la solidaridad en el pago de la deuda tributaria y de las sanciones por infracciones entre los sujetos pasivos que componen una unidad familiar, ya que, si bien tales preceptos fueron declarados inconstitucionales por vulneración de los artículos 14, 31 y 39.1 de la Constitución, la razón de dicha inconstitucionalidad está “en la conexión concreta que ahora guarda la regla de la responsabilidad solidaria con el sistema de simple acumulación de rentas de la nulidad familiar impuesto por el artículo 7.3, al que expresamente se remite el apartado segundo del artículo 34”. O, dicho con otras palabras, el hecho que en el supuesto concreto de los artículos 31.2 y 34.6 de la Ley 44/1978 determinó la declaración de inconstitucionalidad no fue el establecimiento de la responsabilidad solidaria, sino el origen que la misma tenía en aquel caso, y ello explica la precisión argumental con que este Tribunal justificó en tal supuesto su fallo de inconstitucionalidad; sin que pueda olvidarse tampoco que el artículo 38.1 de la LGT, a diferencia de los citados artículos de la Ley 44/1978, conecta con toda nitidez la responsabilidad solidaria a la realización o colaboración en la realización de una infracción tributaria.

C) Los Senadores recurrentes reprochan también a la Ley impugnada la falta de mención expresa del error de Derecho como causa de exención de responsabilidad por infracción tributaria. Esta omisión redundaría, a su juicio, en una vulneración de los principios de seguridad jurídica y de legalidad sancionadora (arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución).

Es cierto que dicho supuesto no se recoge entre las causas de exención de responsabilidad contenidas en el apartado 4 del artículo 77 de la LGT. Por ello no es prueba, como pretenden los demandantes, de la configuración de un régimen de responsabilidad objetiva ni de la inexistencia de esta causa de exención. Si no hay responsabilidad objetiva, no es necesario que se haga constar expresamente el error de Derecho como causa que exonere de dicha responsabilidad, mas ello no significa que resulte irrelevante ni que la Ley 10/85 lo haya excluido de los supuestos que eximen de responsabilidad por infracción tributaria. *Precisamente porque la ley vincula esta responsabilidad a una previa conducta culpable, es evidente que el error de Derecho —singularmente el error invencible— podrá*

producir los efectos de exención o atenuación que le son propios en un sistema de responsabilidad subjetiva, pero su falta de contemplación expresa en la norma no constituye defecto de inconstitucionalidad.

Quinto.—Los artículos 80.4, 81.1.a) y 86 de la LGT en la redacción introducida por el artículo 4 de la Ley 10/85 regulan la suspensión del ejercicio de profesiones oficiales como medida sancionadora de las infracciones tributarias. Según los Senadores recurrentes, tales preceptos infringen los artículos 9.3, 14 y 35.1 de la Constitución. Por su parte, la Sala Tercera del Tribunal Supremo promueve su inconstitucionalidad sobre la base sólo de su eventual contradicción con el artículo 14. La representación de los Senadores recurrentes aluden también indirectamente a la inconstitucionalidad del artículo 72.2 de la LGT, pero tal alusión no se acompaña de ninguna alegación o razonamiento impugnatorio, no se explica la eventual conexión de tal precepto con los arriba citados y, finalmente, no se menciona dicho artículo 78.2, en la redacción dada al mismo por el artículo 4 de la Ley 10/1985, entre los preceptos expresamente impugnados, sea en el encabezamiento sea en el suplico del escrito de recurso, y por lo mismo no ha sido objeto de debate procesal, todo lo cual nos impide entrar ahora en el enjuiciamiento de dicha norma.

A) La impugnación debe ser rechazada. *La Ley no ha pretendido en modo alguno sancionar con una penalidad especial a ciertos sujetos en atención a sus circunstancias personales o a la genérica condición del trabajo que desempeñan, sino, por el contrario, a una condición objetiva de la propia infracción; esto es, a que exista una relación entre la conducta infractora y el desempeño de la función o profesión oficial de que se trata.* El presupuesto del que parten los preceptos impugnados es que los sujetos afectados por sanciones en ellos previstas tienen un específico y singular deber de colaboración con la Administración tributaria, por razón de las funciones públicas que ejercen, claramente impuesto en los artículos 111 y 112 de la LGT, modificados asimismo por la Ley 10/1985. Deber de colaboración que se concreta en el suministro de la información de que dispongan que tenga trascendencia tributaria, salvo las excepciones expresamente establecidas. Si ello es así, puede ocurrir que en el ejercicio de sus respectivas funciones tales sujetos infrinjan ese deber de colaboración y, en consecuencia, incurran en un supuesto de infracción tributaria, que será alguno de los tipificados en los números 4, 5 ó 6 del artículo 83, a los que se remite precisamente el artículo 86.

Es claro que la suspensión de funcionarios o profesionales oficiales es una sanción que se añade o acumula a la de multa, pero se comprende fácilmente que ello no supone una discriminación injustificada en el trato que el legislador dispensa a estas personas con relación al que reciben los ciudadanos en general, pues no es igual la situación en que unos y otros se encuentran respecto de la Administración tributaria. Ciudadanos en general y funcionarios o profesionales oficiales, que por razón de su cargo, tienen determinados deberes de colaboración con la Administración tributaria no están sub especie iuris en la misma situación, siendo por ello razonable que el legislador recoja esta diferencia para dar un tratamiento sancionador distinto a las infracciones tributarias que unos y otros cometan. Lo que se sanciona con la suspensión de funciones no es tanto el quebranto económico derivado de la infracción tributaria, cuando ésta sea cuantificable, que a ello atiende ya la multa que también se impone a aquellos funcionarios o profesionales oficiales, sino la infracción del deber de colaboración con la Administración tributaria y, en concreto, la infracción de las obligaciones

señaladas en los números 4, 5 y 6 del artículo 83 de la LGT. Una sanción ésta, la suspensión, que es en cierto modo accesoria a la de multa en tales supuestos, pero que no supone duplicidad injustificada e irrazonable, ya que el alcance de la infracción no es el mismo cuando ésta se comete por un ciudadano o por un funcionario o profesional oficial en el ejercicio de sus funciones y con observancia de sus específicos deberes de lealtad y colaboración con la Administración tributaria. Así entendido el artículo 86 de la LGT, no hay infracción del derecho a la igualdad proclamado por el artículo 14 de la Constitución.

Tampoco existe infracción del artículo 35.1 de la Constitución que implique una lesión del derecho al trabajo de los funcionarios o profesionales oficiales afectados por la sanción de suspensión de funciones. Cualquier sanción supone, desde luego, una limitación más o menos intensa de la esfera jurídica del afectado por la misma y, en consecuencia, de la posibilidad de ejercitar uno o más derechos. Pero si la sanción está prevista legalmente y si en su aplicación se han observado todos los requisitos necesarios, la limitación derivada en esa relación con el ejercicio de los derechos a que afecte no será contraria a la Constitución. Apurando hasta el límite el argumento de los recurrentes, las penas privativas de libertad serían inconstitucionales por el hecho de impedir el ejercicio de la libertad personal a los condenados a las mismas.

La suspensión de funciones que ahora examinamos afecta ciertamente al ejercicio del derecho al trabajo, en concreto al ejercicio de la actividad inherente a la función pública o profesión oficial para la que se esté investido. Pero si tal medida sancionadora ha sido impuesta en virtud de una previsión legal y con respeto de las oportunas garantías procedimentales, no se menoscaba de ningún modo el contenido constitucional del derecho al trabajo.

B) Con menor énfasis, y con alguna menor precisión también, los Senadores recurrentes imputan asimismo a los preceptos impugnados la vulneración de los principios de legalidad y de jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución). Pero tampoco en este punto puede prosperar el reproche de inconstitucionalidad. La línea argumental de los recurrentes parece partir de un determinado paradigma —el sistema penal— cuyos principios —recogidos en el Código Penal— serían enteramente aplicables, sin excepciones ni modulaciones, en el ámbito administrativo sancionador, de suerte que cualquier apartamiento de tales principios por las normas administrativas sancionadoras determinaría fatalmente su contradicción con la Constitución; y tal sería el caso, a juicio de los recurrentes, de los preceptos que ahora examinamos. Frente a este modo de razonar, es preciso declarar que *la previsión legal de sanciones acumulables no sólo no es algo exclusivo de la LGT, y ni siquiera del derecho administrativo sancionador, sino que tampoco es extraña —y ello priva sin más de todo fundamento al reproche formulado— al propio Código Penal, pues en dicho cuerpo legal no son infrecuentes las penas accesorias de otras principales, consistentes en la privación de derechos o del ejercicio de funciones cuando los sujetos penalmente responsables ejercen funciones o cargos públicos.*

No existe, por tanto, doble sanción en los preceptos impugnados, sino la previsión de una sanción (la suspensión) que se acumula con carácter accesorio a la principal (la multa), y tal duplicidad, como ya dijimos antes, no puede estimarse injustificada o irrazonable. Nada impide, por lo demás que la suspensión e inhabilitación para cargos públicos, previstas como penas accesorias de otras principales en el artículo 29 del Código Penal, pueden también ser objeto de sanciones administrativas, como así en efecto ocurre con carácter general en los casos de ejercicio de la potestad disciplinaria. Nada hay, por tanto, en los artículos de la

Ley 10/1985 ahora examinados que permita sostener su apartamiento de los principios de legalidad y jerarquía normativa.

Sexto.—Se impugna por los Senadores recurrentes y se cuestiona asimismo por la Sala Tercera del Tribunal Supremo el artículo 82. b) de la LGT, en la nueva redacción del artículo 4 de la Ley 10/1985. El citado precepto dispone que las sanciones tributarias se graduarán atendiendo en cada caso concreto, entre otros criterios, a “la capacidad económica del sujeto infractor”, criterio éste que la Ley no contemplaba antes de la reforma operada. Para los Senadores que promueven el recurso, el precepto transgrede el artículo 31.1 de la Constitución, ya que el principio de progresividad, en conexión con la capacidad económica del contribuyente, sólo puede operar en la fase impositiva, pero no en la sancionadora; junto a ello entienden en una línea de argumentación subsidiaria, que el precepto impugnado quiebra también el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) porque no regula con detalle los criterios determinantes de dicha capacidad económica. Por su parte, el órgano judicial sostiene que el artículo 82. b) lesiona el principio de igualdad *ex* artículo 14 de la Constitución al extender el criterio de la capacidad económica al ámbito administrativo sancionador, pues con ello se permite sancionar “más al que más tiene” en vez de aplicar sanciones iguales a conductas iguales.

A) *El criterio de la capacidad económica del sujeto infractor es sólo uno de los ocho criterios que el artículo 82 contempla para que se gradúen las sanciones tributarias atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto.* Ello significa ante todo que no hay una relación unívoca, directa y automática entre capacidad económica y gravedad de la sanción, como parecen entender los Senadores recurrentes; antes bien, según las circunstancias que concurran en cada caso, la sanción que se imponga al infractor vendrá determinada por el empleo de muy diversos criterios, y no siempre o no sólo por el de la capacidad económica del sujeto infractor. Tales criterios legales (que van desde la buena o mala fe de los infractores hasta la conformidad del sujeto pasivo, del retenedor o del responsable a la propuesta de liquidación que se le formule) atemperan o modulan la excesiva rigidez que podría derivarse de una aplicación mecánica de las fórmulas sancionadoras sin atender a la personalización de las sanciones.

La Ley parte de una previa igualdad formal ante las sanciones que se respeta con la previsión de unos límites mínimo y máximo en la cuantía de las multas, permitiendo luego que se recorra la totalidad de la escala en atención a los distintos criterios de graduación que sean aplicables a cada supuesto de infracción tributaria. Pero, claro está, ya se entiende que graduar supone tanto agravar como atenuar la sanción, y ello permite, en consecuencia, no sólo aumentar, sino también disminuir la cuantía de las multas. Corolario necesario de la premisa anterior es que *el criterio de la capacidad económica no juega sólo y en todo caso, como parece creerse, en perjuicio del contribuyente, sino también en su beneficio, efecto este último que resulta obligado por imperativo del artículo 3.2 del Código Civil que manda ponderar la equidad en la aplicación de las normas.*

No obstante, para la Sala Tercera del Tribunal Supremo no sería posible aplicar el principio de capacidad económica en materia sancionadora sin transgredir al tiempo la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley, toda vez que no cabe sancionar “más al que más tiene”, debiendo exigirse, en cambio, “a conductas iguales, sanciones iguales”. Pero este reproche de inconstitucionalidad no puede ser en modo alguno acogido. Frente al mismo debe recordarse, en primer lugar, que *la referencia al criterio de la capacidad económica del infractor no es*

una novedad en nuestro ordenamiento jurídico sancionador, pues está consagrado en el artículo 63 del Código Penal al disponer que “en la aplicación de las multas los Tribunales podrán recorrer toda extensión en que la Ley permita imponerlas, consultando, para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable”.

En segundo lugar, *la razón de que no haya aquí* (como tampoco en la citada norma penal) *discriminación alguna*, una vez respetados los límites legales máximos y mínimos, *se revela en el hecho inobjetable de que la pura igualación de las multas puede conllevar un muy diferente grado de aflicción sobre los sancionados si las circunstancias económicas de éstos son desiguales*. Este Tribunal ha tenido ya ocasión de declarar que “es consustancial a la pena de multa una potencial disparidad de sus efectos, al recaer sobre situaciones patrimoniales diversas”, lo que ha llevado a nuestro ordenamiento penal (y a otros que nos son próximos) a adoptar una serie de previsiones —entre ellas, en primer término, la del citado art. 63 del Código Penal— que tienden a adecuar la pena de multa a la economía del condenado o a flexibilizar su ejecución, permitiendo así al juzgador atender “a las específicas condiciones económicas de quien haya, como culpable, de sufrirlas” (STC 19/1988, F.J. 10). Este razonamiento es enteramente trasladable al ámbito del ordenamiento tributario, pues en este punto hay identidad de razón entre unas y otras sanciones, las multas penales y las tributarias; y aun apurando el argumento, es si cabe más pertinente en el campo de las infracciones tributarias por los beneficios económicos que, en su caso, el impago de la deuda tributaria puede reportar a determinados infractores.

En tercer lugar, y en esta misma línea de razonamiento, es preciso que, *una vez satisfechas las exigencias de igualdad formal y no discriminación que impone el artículo 14 de la Constitución, la propia norma constitucional obliga a atender los requerimientos de la igualdad real, a cuyo fin se ordena el criterio legal de “la capacidad económica del sujeto infractor” que aquí se combate*, y que resulta así no sólo compatible con el artículo 14 de la Constitución, sino también justificado o exigido por el artículo 31.1 en relación con el artículo 9.2 del propio texto constitucional.

B) En lo que concierne a la supuesta vulneración del artículo 31.1 de la Constitución por la extensión que el artículo 82.b) hace del principio de progresividad al momento sancionador, ha de decirse que la impugnación incurre en una errónea interpretación de la estructura y contenido normativo de dicho precepto constitucional. *Se establece en el mismo, entre otros extremos, que los principios de igualdad y progresividad habrán de inspirar el sistema tributario, pero no se dice que la eficacia de tales principios quede reducida al momento de ordenar el ingreso público ni se prohíbe expresamente* (como es obligado en las interdicciones constitucionales) *que la progresividad pueda ser tenida en cuenta a la hora de regular las sanciones tributarias. Más bien debe afirmarse que, desde el momento en que el artículo 31.1 de la Constitución atribuye a aquellos principios una función inspiradora del entero sistema tributario justo, su aplicación al ámbito sancionador no puede suscitar especiales reparos, pues dentro de un sistema tributario justo encuentra natural acomodo la regulación del régimen de infracciones y sanciones*. Finalmente, como antes se ha dicho, el criterio de la capacidad económica puede permitir tanto el incremento de las multas como su reducción, con lo que debe convenirse con el Abogado del Estado que realmente estamos ante un modelo de multas fijas y proporcionales (art. 80.1 LGT) y no estrictamente “progresivas”. Todo lo cual obliga a rechazar la impugnación.

C) Tampoco cabe pensar en una lesión del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), pues carece de sentido que la Ley prevea índices o signos para determinar el alcance de lo que es, en sí mismo, un mero criterio de flexibilización o modulación que atempera el rigorismo de las fórmulas legales. Y, por otro lado, el hecho de que la capacidad económica sea un concepto jurídico indeterminado no impide, como ocurre en todos los supuestos en que las normas utilizan conceptos de esta naturaleza, que pueda perfectamente determinarse por la Administración tributaria en cada caso concreto, sin que ello cree situaciones de inseguridad para los afectados ni permita a la Administración actuar en este punto con discrecionalidad, pues el sistema tributario ofrece suficientes criterios y elementos de juicio para señalar en cada supuesto cuál es la capacidad económica del sujeto infractor que ha de tener en cuenta para graduar las sanciones.

Séptimo.—Los Senadores recurrentes impugnan el artículo 4 de la Ley 10/1985 en la parte que proporciona una nueva redacción a los artículos 82.h) y 89.2 de la LGT, que se refieren, respectivamente, a la conformidad del sujeto pasivo como criterio para graduar las sanciones [art. 82.h)] y como requisito para poder solicitar la condonación graciable de las sanciones tributarias mediante la renuncia al ejercicio de toda acción de impugnación del acto administrativo (art. 89.2). A juicio de los demandantes, repugna tanto a los principios del Derecho penal como a los del Derecho administrativo sancionador la aceptación de este tipo de “negación” entre Administración y ciudadano sancionado con la finalidad de que éste renuncie a su derecho de recurrir las sanciones que se le impongan, porque ello coloca a este último en una inconstitucional situación de indefensión, que redundaría en la violación del derecho fundamental enunciado en el artículo 24.1 de la Constitución, que es en lo esencial un derecho de acceso a los Tribunales de Justicia. Los recurrentes vinculan, por último, esta alegación al artículo 106.1 de la Constitución, en la medida en que este precepto reitera el reconocimiento del derecho de acceso a la jurisdicción en lo tocante a la actuación de la Administración.

A) *Por lo que respecta al artículo 82.h) de la LGT, debe recordarse que su enunciado constituye uno más entre los distintos criterios que la ley prevé para graduar la cuantía de las sanciones tributarias, lo que significa ciertamente que la conformidad del sujeto pasivo, del retenedor o del responsable con la propuesta de liquidación que se le formule puede suponer una atenuación de la multa que sin tal conformidad podría serle impuesta. Se trata de una técnica cuyo designio es lograr una simplificación y celeridad en los procedimientos tributarios y cuyo empleo es por ello frecuente en la legislación comparada, no siendo tampoco completamente ajena al campo de la legislación penal, como lo acredita el hecho de que en el artículo 9.9 de nuestro Código Penal se contemple una atenuante que guarda alguna similitud con el criterio sancionador que ahora examinamos, ni tampoco al de la legislación procesal penal, en la cual el artículo 793.3.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al Juez de lo Penal a reducir sensiblemente la pena, llegando incluso hasta la absolución, en una sentencia de conformidad en la que el acusado hubiese reconocido los hechos. Advertido lo cual debe desde luego añadirse que nada obliga a aquellos sujetos a prestar tal conformidad, y que si lo hacen es porque esperan obtener un beneficio —la reducción de la cuantía de la multa— que de otro modo, sin tener derecho a ello, no hay seguridad en obtener. Se trata, por tanto, de una opción del contribuyente para poder gozar de un beneficio al que no se tiene derecho, pero que en modo alguno*

aquél está obligado a tomar. Por otro lado, como hace notar el Abogado del Estado, la Ley no excluye la posibilidad de impugnar la sanción ante los Tribunales de Justicia una vez que aquella haya sido impuesta, y ello hace patente la inexistencia de lesión alguna del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) en cuanto derecho a acceder o no libremente a los Tribunales de Justicia. En resumidas cuentas, la Ley no obliga al contribuyente a prestar su conformidad, ni impide tampoco que, una vez prestada ésta, se pueda ejercitar las acciones de impugnación. Pero es lógico, aunque la Ley no lo diga, que si se impugna la liquidación y la correspondiente multa, en cuya determinación se ha tenido en cuenta por la Administración la conformidad a la propuesta de liquidación de la deuda tributaria, deje entonces de operar ese criterio y su efecto de disminución de la cuantía. Mantener la conformidad es, pues, una facultad —no una obligación, ni siquiera un deber— para conservar el beneficio de su consideración como un elemento más en la graduación *in melius* de la cuantía de la sanción pecuniaria.

A lo hasta ahora dicho, es menester añadir una última precisión. Tal y como destaca el Abogado del Estado, debe excluirse, por carecer de sentido, una interpretación de la letra *h)* del artículo 82 que propiciara una agravación de la sanción tributaria en el caso de que no acepte la propuesta de liquidación que la Administración formule. Sólo la conformidad del contribuyente tienen expresamente reconocido en la Ley un efecto graduatorio de la sanción, y obviamente con un sentido mitigador de la misma. En consecuencia, *no puede admitirse que dicho criterio —o, por mejor decir, su contrario: la disconformidad— pueda juzgar también in peius para agravar la sanción al sujeto pasivo, retenedor o responsable, pues ello conllevaría un injustificable efecto intimidatorio que menoscabaría el derecho de defensa de los intereses dentro de un procedimiento sancionador de carácter contradictorio.* En consecuencia, *no puede entenderse el artículo 82.h) como norma impeditiva del recurso a la jurisdicción, en cuyo caso sería inconstitucional por contrario al artículo 24.1 de la Constitución, sino como un beneficio ofrecido al contribuyente conforme con la liquidación para graduar in melius la sanción, que según la Administración tributaria, le corresponde.*

B) Con un texto que en lo sustancial no difiere de la redacción anterior, el artículo 89.2 prescribe la renuncia al ejercicio de toda acción de impugnación para poder solicitar la condonación graciable de la sanción tributaria; con ello el legislador pretende agilizar y flexibilizar el cobro de las deudas tributarias, debiendo entenderse que la condonación afecta sólo a la sanción y no al resto de la deuda tributaria. Pero, desde la perspectiva del sujeto responsable, es claro que esta abstención en el ejercicio de impugnaciones no supone una renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva, lo que sería en sí mismo inconstitucional, dado el carácter irrenunciable e indisponible de este derecho fundamental, sino simplemente al uso de tal derecho y de las acciones en que se manifiesta por un periodo de tiempo y en relación con un acto administrativo concreto. Y la razón de tal renuncia es similar a la del supuesto anteriormente examinado, pues aquí se trata también de obtener un beneficio al que no se tiene derecho alguno —la condonación en forma graciable de la sanción— a cuyo fin es preciso satisfacer la carga de la previa renuncia a impugnar la liquidación practicada. En la medida en que tal sacrificio no resulta desproporcionado, se adopta libremente por el interesado y con el mismo se obtiene un beneficio graciable, que es el que mejor conviene a los intereses del peticionario de la condonación, no hay transgresión de derecho fundamental alguno.

Este Tribunal ha declarado que, si bien los derechos fundamentales son per-

manentes e imprescriptibles, ello es perfectamente compatible con el establecimiento de límites temporales dentro del ordenamiento para el ejercicio de las correspondientes acciones (STS 7/1983, F.J. 3.º). Si la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales no es un obstáculo al carácter temporal de las acciones para su defensa, la irrenunciabilidad de tales derechos no impide tampoco la voluntaria y transitoria renuncia al ejercer en pos de unos beneficios graciables cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio.

En resumen, el artículo 89.2 de la LGT no impide acceder a los Tribunales de Justicia a los contribuyentes infractores, sino que sólo condiciona la obtención de un beneficio a la no impugnación del acto administrativo correspondiente. La libertad del contribuyente para elegir entre una u otra vía, según mejor convenga a sus intereses, queda así salvaguardada y, por ello, no existe vulneración alguna del artículo 24.1 de la Constitución.

Octavo.—Los Senadores recurrentes impugnan también los artículos 140.c) y 145.3 de la LGT, en la redacción del artículo 5 de la Ley 10/1985, por estimar que infringen los artículos 9.3 y 24, apartados 1 y 2 de la Constitución. El primero de aquellos preceptos legales [art. 140.c)] atribuye a la Inspección de los Tributos la facultad de “practicar las liquidaciones e investigación, en los términos que reglamentariamente se establezcan”; y el segundo (art. 145.3) dice que “las actas y diligencias extendidas por la Inspección de los Tributos tienen naturaleza de documentos públicos y hace prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario”.

Frente al artículo 140.c) los recurrentes alegan que nadie puede ser a la vez juez y parte y que con esta regulación se vuelve, por medio de una norma con rango de ley, al sistema del Real Decreto 412/1982, que confirmó a la inspección financiera y tributaria facultades de liquidación, disposición ésta que fue declarada nula por la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1984. Entiende por ello la representación actora que, en lugar de la opinión adoptada por la Ley 10/1985, debieron separarse convenientemente las funciones de inspección y de liquidación tributaria en cuanto garantía de la neutralidad del órgano liquidador frente al contribuyente.

En lo que atañe al artículo 145.3 de la LGT, los Senadores recurrentes sostienen que la presunción de certeza que dicho precepto establece es incompatible con la presunción constitucional de inocencia (art. 24.2) en materia sancionadora y coloca además al contribuyente en una inconstitucional situación de indefensión (art. 24.1), pues se transforma la presunción de inocencia en una presunción de culpabilidad y se obliga al contribuyente a demostrar su inocencia mediante la muy difícil acreditación de unos hechos frecuentemente negativos. Con ello se invierte el juego normal de la presunción constitucionalizada en el artículo 24.2, se sacrifica en exceso la seguridad jurídica del ciudadano y se incurre en arbitrariedad transgresora del artículo 9.3 de la Constitución. A su juicio, el problema es particularmente grave en el orden penal, y a ello dedican la práctica totalidad de su argumentación, ya que, con arreglo a la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, sobre delitos contra la Hacienda Pública, basta con el levantamiento de un acta de Inspección para que se gire la correspondiente liquidación tributaria y, si la cuantía de la infracción fuera bastante, se inicie un procedimiento penal sin necesidad de agotar la vía administrativa previa y, por tanto, sin que el contribuyente pueda formular alegaciones y practicar pruebas en esta vía, actividades que se ven así reconducidas al marco penal. En definitiva, los recurrentes denun-

cion el trascendente valor que, en el orden penal, el precepto impugnado otorga a las actas de la Inspección, convirtiendo la presunción de inocencia en una presunción de culpabilidad. Para los recurrentes, las actas de la Inspección no pueden tener otro valor que el de una simple denuncia, correspondiendo a la Administración probar en el proceso penal los hechos imputados al sujeto pasivo, sin que pueda autodispensarse *ope legis* de dicha carga, pues tal exoneración conduce a la absoluta indefensión de los contribuyentes.

A) La impugnación del artículo 140.c) de la LGT se funda, sustancialmente, en una presunta vulneración de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución. El razonamiento de la tesis impugnatoria se articula, en síntesis, sobre las dos siguientes proposiciones: 1.^a) teniendo en cuenta que la Sala Quinta del Tribunal Supremo declaró nulo, por Sentencia de 24 de abril de 1984, el Real Decreto 412/1982, de 12 de febrero, que asignaba funciones liquidadoras a la Inspección de Tributos, no cabe admitir que el legislador atribuya arbitrariamente de nuevo tales funciones a los agentes de dicha Inspección, y 2.^a) esta dualidad de funciones inspectoras y liquidadoras en su mismo órgano vulnera el principio que prohíbe ser juez y parte en un mismo asunto.

El Tribunal no puede hacer suyo el razonamiento anterior. Ha de decirse, en primer lugar, que siendo cierto que el Tribunal Supremo, en la Sentencia citada, declaró nulo el Real Decreto 412/1982, dicha anulación se hizo sobre la base de que tal disposición reglamentaria violaba el principio de jerarquía normativa, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que contradecía lo dispuesto en la Ley —la Ley General Tributaria— según la cual a la Inspección de Tributos le correspondía funciones exclusivamente inspectoras, de comprobación e investigación de los hechos imponibles, pero no de liquidación. En consecuencia, el pronunciamiento judicial se fundaba básicamente en la idea de que una materia regulada por la ley con carácter imperativo no podía ser objeto de regulación reglamentaria sin que mediara la oportuna deslegalización, por ello, al atribuirse por un reglamento funciones u órganos que no las tenían según la ley, se estaba conculcando ésta, lo que implica una violación del principio de jerarquía normativa que entraña un vicio de ilegalidad por vulneración de una norma superior.

Es también cierto que el Tribunal Supremo invocó además otros argumentos que los recurrentes traen ahora aquí para fundar su pretensión de declaración de inconstitucionalidad del artículo 140.c). Pero debe advertirse que tales argumentos, en los que se hace alusión al aspecto garantizador que para los contribuyentes comporta la duplicidad de órganos separados de inspección y de liquidación, son estrictamente *obiter dicta*, esto es, declaraciones secundarias o alejadas de la *ratio decidendi*, que se vierten en un plano distinto al de la legalidad. De ahí que el Tribunal Supremo, pese a sostener que aquella distribución legal de funciones inspectoras y liquidadoras configuraba garantías procedimentales para los contribuyentes que no podían quedar a la libre discrecionalidad de la potestad organizadora de la Administración, acabe por admitir que todo ello es así “salvo que por otra disposición con rango de ley se alteren aquellos principios que, como de orden público y hasta que esto último no suceda, han de ser respetados”. En suma, que *lo que es ilegal* —que un reglamento vulnere una ley— *no es necesariamente causa de inconstitucionalidad, puesto que nada impide que el legislador, haciendo uso de su libertad de configuración normativa, pueda modificar la ley anterior.*

Esto es justamente lo que ha hecho la Ley 10/1985, que ha modificado en este

punto lo que establecía al respecto la Ley General Tributaria en su versión anterior de 1983. Siendo inherente al valor superior del pluralismo (art. 1.1 de la Constitución) que las leyes puedan resultar acertadas y oportunas a unos como desacertadas e inoportunas a otros, cabe ciertamente discutir la oportunidad o conveniencia de la modificación normativa que ahora examinamos, sea desde la perspectiva del contribuyente, sea desde criterios de especialización en la ordenación de las funciones administrativas, pero el juicio que ello merezca a cada uno no afecta en modo alguno a la constitucionalidad de la reforma operada.

Tampoco puede aceptarse que el precepto impugnado haya vulnerado los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución), como sostienen los demandantes. Por un lado, la norma es clara y los ciudadanos saben a qué atenerse ante la misma; por otro, *el legislador dispone de un amplio margen para decidir acerca de la separación o la acumulación de las funciones de inspección y de liquidación tributaria en unos mismos órganos, por lo que la opción entre una u otra solución cae dentro del ámbito de la legítima discrecionalidad del legislador, no resulta arbitraria y no produce indefensión alguna.*

En una línea de argumentación complementaria de la anterior, los Senadores recurrentes sostienen que, en cualquier caso, la acumulación de funciones inspectoras y liquidadoras en la Inspección de Tributos compromete la necesaria neutralidad o imparcialidad del órgano liquidador y quebranta el principio constitucional que prohíbe ser juez y parte en un mismo asunto. Con este modo de razonar el reproche se sitúa en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) y, en concreto, del derecho a un juez imparcial.

Ahora bien, como acertadamente advierte el Abogado del Estado, *debe señalarse que tanto si se separan las funciones inspectoras de las liquidadoras como si se atribuyen ambas a un mismo órgano el contribuyente estará siempre ante una misma organización administrativa estructurada conforme a un principio de jerarquía, y esta circunstancia, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos judiciales, impide una absoluta independencia ad extra de los órganos administrativos tributarios, cualquiera que sea el criterio de distribución de funciones entre los mismos. Por la naturaleza misma de los procedimientos administrativos, en ningún caso puede exigirse una separación entre instrucción y resolución equivalente a la que respecto de los jueces ha de darse en los procesos jurisdiccionales. El derecho al juez ordinario predeterminante por la ley y a un proceso con todas las garantías —entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador— es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos (SSTC 175/1987 y 22/1990; AATC 320/1986, 170/1987 y 966/1987).*

B) Las objeciones que los Senadores recurrentes formulan a la redacción del artículo 145.3 tienen sin duda mayor relevancia constitucional y una más sólida consistencia argumental. Las razones en las que fundamentan su impugnación han quedado ampliamente reflejadas en los antecedentes de esta sentencia, un resumen de las cuales se recoge también en el encabezamiento del presente fundamento jurídico. En sustancia, la representación actora sostiene que el precepto legal configura una injustificable inversión de la carga de la prueba que lesiona el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución) y coloca al contribuyente en una virtual posición de indefensión al

exigirle la prueba contraria de hechos frecuentemente negativos. Frente a ello, el Abogado del Estado arguye que no hay conexión entre la presunción de exactitud de los hechos consignados en las actas de la inspección a que se refiere el precepto impugnado y la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución, pues la primera opera en el plano de los hechos, cuya existencia queda acreditada en el acta extendida por el inspector, en tanto que la segunda atañe a un juicio estimativo del precepto impugnado; en consecuencia, no puede haber colisión entre el artículo 145.3 de la LGT y el artículo 24.2 de la Constitución.

El razonamiento del Abogado del Estado no es convincente en este punto y debe, en cambio, respaldarse el planteamiento general que los recurrentes hacen sobre la pertinencia de enjuiciar el nuevo precepto legal a la luz de las exigencias que comporta la presunción de inocencia enunciada como derecho fundamental en el artículo 24.2 de la Constitución; todo ello sin perjuicio de que las conclusiones a que lleguemos difieran, como luego se verá, de las que sostienen los recurrentes.

En efecto, no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular, pues el ejercicio de los ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el artículo 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

Dicho está con ello que, si en las actas de la Inspección de Tributos puede consignarse la regulación de las situaciones tributarias que los inspectores actuarios estimen procedente, con expresión, en su caso, de las infracciones que aprecien, incluyendo la propuesta de la sanción pecuniaria aplicable y de los criterios para su graduación, resulta evidente que tales documentos pueden tener relevancia en los distintos procedimientos y procesos sancionadores, y ello obliga a contrastar el valor que a los mismos otorga el precepto legal impugnado con el principio y el derecho constitucional a la presunción de inocencia, debiendo rechazarse por infundada la distinción que el Abogado del Estado propone entre el plano de los hechos y el plano de la culpabilidad, dado que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos impugnados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que el artículo 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga en prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción.

Admitido, pues, que la perspectiva desde la que los Senadores recurrentes formulan su censura es la adecuada al caso, procede ahora que dirijamos la atención al precepto impugnado para indagar si es o no merecedor de los reproches de inconstitucionalidad que la demanda le imputa. En esa dirección, las cuestiones atinentes al caso a las que debemos dar respuesta son las dos siguientes: 1.^a) si las actas y diligencias extendidas por la Inspección de Tributos merecen o no la consideración de medio de prueba admisible en Derecho, y 2.^a) si la

eficacia que el artículo 145.3 de la LGT otorga a tales actas y diligencias es o no compatible con el derecho a la presunción de inocencia que a todos reconoce el artículo 24.2 de la Constitución.

La contestación afirmativa a la primera cuestión no ofrece mayores dificultades. *Las actas y diligencias son la documentación de las actuaciones practicadas por la Inspección de Tributos en la que se hacen constar los hechos relevantes para la liquidación tributaria que se produzcan en el procedimiento inspector, así como las manifestaciones de las personas con las que actúe la Inspección, y en la que se recogen asimismo los resultados de la comprobación e investigación llevada a cabo, proponiendo la regulación de la situación tributaria del sujeto pasivo o retenedor o declarando correcta la misma. En consecuencia, ningún obstáculo hay para considerar a las actas y diligencias de inspección como medios probatorios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 88.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 74 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se remiten a los generalmente admitidos y a las normas del proceso civil ordinario; y con arreglo a los artículos 1.216 del Código Civil y 596.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tampoco cabe objeción alguna a su calificación legal como documentos públicos, en la medida en que se autorizan por funcionarios públicos en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas y con las solemnidades o formalidades legalmente establecidas.*

El segundo aspecto que debemos analizar es el de la eficacia que la norma legal impugnada otorga a las actas y diligencias de la Inspección de Tributos, y más concretamente si aquella eficacia probatoria "respecto de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario" entra o no en contradicción con la presunción de inocencia, ya que ésta, como ha quedado dicho, alcanza no sólo a la culpabilidad, entendida como nexo psicológico entre el autor y la conducta reprochada, sino también, y muy especialmente, a la realidad de los hechos imputados.

Ha de excluirse a limine que el artículo 145.3 de la LGT establezca una presunción legal que dispense a la Administración, en contra del derecho fundamental a la presunción de inocencia, de toda prueba respecto de los hechos sancionados, puesto que el precepto parte justamente de la existencia de un medio probatorio válido en Derecho. Es igualmente evidente que la norma impugnada no establece tampoco una presunción iuris et de iure de veracidad o certeza de los documentos de la Inspección (que sería también incompatible con la presunción constitucional de inocencia), ya que expresamente admite la acreditación en contrario. El precepto combatido constituye un primer medio de prueba sobre los hechos que constan en las actas y diligencias de la Inspección Tributaria, cuyo valor o eficacia ha de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba. A ello debe añadirse que ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias.

En el expediente administrativo sancionador, la aplicación del precepto impugnado no constituye quiebra alguna del derecho fundamental a la presunción de inocencia, según se deduce de la propia doctrina de este Tribunal. Así el ATC 7/1989, de 13 de enero, en relación con los supuestos análogos planteados por las actas de la Inspección de Trabajo, señala que el correspondiente precepto no otorga a aquéllas una veracidad absoluta e indiscutible, lo que no sería constitucionalmente admisible, sino que puede ceder frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, pues nada impide que frente a las actas se puedan

utilizar los medios de defensa oportunos, lo cual no supone invertir la carga de la prueba sino actuar contra el acto de prueba aportado por la parte contraria. En el mismo sentido, y con referencia ahora a las actas de la Inspección tributaria, en el ATC 974/1986, de 19 de noviembre, declaramos también que, con independencia de que en el caso examinado las actas fueron de disconformidad y de que se mantuvieron determinadas discrepancias de fondo frente al Subdirector actuario en las propias actas, que recogen ya determinada manifestación del representante del contribuyente, dirigida seguramente a su descargo, "el solicitante de amparo tuvo además ocasión y derecho... de formular en determinado plazo, antes de dictarse el acto administrativo que corresponda, las alegaciones que estimase oportunas". El acta no es, pues, determinante por sí misma de ninguna sanción, pues con ella se pone sólo fin a la fase de instrucción del procedimiento de liquidación que da paso a la fase siguiente, la de liquidación del correspondiente expediente sancionador. En consecuencia, *si en el acta se consignan hechos que podrían ser constitutivos de infracción tributaria y ello obliga al actuario a incluir la propuesta de sanción que estime procedente, el alcance de aquella en la vía administrativa no es otro que el de permitir la incoación del oportuno procedimiento sancionador, en cuya tramitación el contribuyente podrá alegar lo que a su derecho convenga y aportar los medios de prueba que combatan la prueba fundamental presentada por la parte contraria y en virtud de la cual se le imputa la infracción tributaria merecedora de sanción.*

Si ello es así en la vía administrativa previa, con mayor razón lo es en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ante el cual el contribuyente pide la anulación del acto administrativo sancionador. La presunción de legalidad que adorna a este último no implica en modo alguno el desplazamiento de la carga de la prueba que, tratándose de infracción y sanción administrativa, ha de corresponder a la Administración, sino que simplemente comporta la carga de recurrir en sede judicial aquella resolución sancionadora, pudiendo obviamente basarse la impugnación en la falta de prueba de los hechos imputados o de la culpabilidad necesaria que justifique la imposición de la sanción. En tal sentido, la intervención de funcionario público no significa que las actas gocen, en cuanto a tales hechos, de una absoluta preferencia probatoria que haga innecesaria la formación de la convicción judicial acerca de la verdad de los hechos empleando las reglas de la lógica y de la experiencia. En vía judicial, las actas de la Inspección de Tributos, incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el juez del contencioso forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas. Ello no quita, sin embargo, que, en orden a la veracidad o certeza de los hechos sancionados, el órgano judicial habrá de ponderar el contenido de las diligencias y actas de la Inspección de Tributos, teniendo en cuenta que tales actuaciones administrativas, formalizadas en el oportuno expediente, no tienen la consideración de simple denuncia, sino que, como ha quedado dicho, son susceptibles de valorarse como prueba en la vía judicial contencioso-administrativa, pudiendo servir para destruir la presunción de inocencia sin necesidad de reiterar en dicha vía la actividad probatoria de cargo practicada en el expediente administrativo.

Queda por examinar finalmente la eficacia que a las actas y diligencias de la Inspección hayan de darse, según el artículo 145.3, en el orden penal, y si dicha eficacia contradice en sus puros términos, como creen los recurrentes, la presunción constitucional de inocencia o si, por el contrario, es susceptible de una

aplicación compatible con el respeto a este derecho fundamental y a los principios constitucionales que rigen el proceso penal.

Conviene para ello recordar sucintamente que *la presunción de inocencia reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución comporta en el orden penal al menos las cuatro siguientes exigencias: 1.ª) la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos; 2.ª) sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad; 3.ª) de dicha regla general sólo puede exceptuarse los supuestos de prueba preconstituída y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción, y 4.ª) la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del órgano judicial, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.*

A la luz de esta doctrina constitucional, *no es admisible que el proceso penal pueda resultar condicionado por una presunción previa derivada del procedimiento administrativo de inspección y comprobación de la situación tributaria del contribuyente, pues ello significaría que la documentación de la Inspección tendría a efectos penales un valor de certeza de los hechos que en la misma se hacen constar, viniendo obligado el pretendido infractor a destruir aquella certeza mediante la prueba en contrario de su inocencia. Tal interpretación del artículo 145.3 de la LGT sería inconstitucional, como así lo afirman con toda razón los Senadores recurrentes. Mas no es ésta la única exégesis posible del citado precepto, ya que el acta de la Inspección contiene la constatación de unos hechos de los cuales se infiera una notitia criminis suficiente para la apertura de un proceso penal, dentro del cual y en la fase del juicio oral tendrá el valor probatorio como prueba documental que el juez penal libremente aprecie, con respecto a todos los derechos reconocidos por el artículo 24 de la Constitución y profusamente interpretados por la doctrina de este Tribunal, que tanto ha insistido en la exigencia, entre otros, del principio acusatorio, el principio de contradicción y los de publicidad, libre defensa del acusado y libre apreciación judicial de la prueba.*

En consecuencia, interpuesto así y con el alcance señalado en el presente fundamento jurídico, el artículo 145.3 de la LGT no es inconstitucional.

Noveno.—Con una argumentación virtualmente coincidente, tanto la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia como la Sala Tercera del Tribunal Supremo cuestionan la constitucionalidad del artículo 58.2.b) de la LGT en la redacción dada al mismo por el artículo 3 de la Ley 10/1985, según el cual el interés de demora será el interés legal del dinero vigente el día que comience el devengo de aquél incrementado en un 25 por 100, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca uno diferente.

A juicio de ambas Salas, el mencionado incremento porcentual vulnera el principio de igualdad (art. 14 en relación con el art. 31 de la Constitución) al introducir un trato favorable para la Administración tributaria que discrimina injustificadamente a los contribuyentes, ya que éstos sólo tienen derecho al interés legal en la devolución de los ingresos que indebidamente hubieran realizado en el Tesoro con ocasión del pago de las deudas tributarias (art. 155.1 de la Ley), en tanto que la Administración ve incrementado ese interés legal en un 25 por 100 a los efectos del interés de demora que surge cuando el sujeto pasivo se retrasa en el pago. Y siendo igual el coste o perjuicio financiero que para ambos

sujetos ocasiona dicho retraso, las Salas entienden que no hay justificación para esta diferencia de trato normativo. Para la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el precepto legal vulnera además el artículo 25.1 de la Constitución, ya que, si la finalidad del interés de demora no puede ser otra que la de reparar o resarcir el perjuicio patrimonial causado por la morosidad en el cumplimiento de la obligación tributaria, esta finalidad se “adultera” cuando se añaden a ella otros fines distintos de naturaleza disuasoria o sancionadora, como es ahora el caso, pues de este modo la sanción en que consista el citado incremento no responde a una previa conducta infractora ni a una tipificación adecuada.

A) Iniciado nuestro análisis por la invocada lesión del principio de igualdad (art. 14 de la Constitución), no es difícil advertir que en la duda constitucional que se nos plantea faltan los elementos necesarios para configurar la situación de discriminación que se denuncia.

Sobre el alcance del principio de igualdad ante la ley, este Tribunal ha elaborado en numerosas sentencias una matizada doctrina cuyos rasgos pueden resumirse como sigue: *a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hechos se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hechos cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.*

A la luz de esta doctrina, y dirigiendo ahora nuestra atención al precepto cuestionado, es obligado convenir con el Fiscal General del Estado y con el Abogado del Estado que *no son iguales ni homogéneos los supuestos de hecho que contemplan los artículos 58.2.b) y 155.1 de la LGT*, y de cuya comparación extraen los órganos judiciales la duda de constitucionalidad del primero de tales preceptos. *No cabe, en efecto, sostener que la Administración tributaria y el contribuyente se encuentren en la misma situación como si de una relación jurídico-privada se tratara.* Como antes se vio, esa pretendida igualdad resulta desmedida por el artículo 31.1 de la Constitución que, al configurar el deber tributario como deber constitucional, está autorizando al legislador para que, dentro de un sistema tributario justo, adopte las medidas que sean eficaces y atribuya a la Administración las potestades que sean necesarias para exigir y lograr el exacto cumplimiento de sus obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes, potestades que por esencia sitúan a la Administración como *potentior persona* en una situación de superioridad sobre los contribuyentes.

El Abogado del Estado destaca en este mismo sentido que la importancia de la puntualidad en el pago es incomparablemente mayor para la Administración tributaria que para el ciudadano que ocasionalmente se presente como acreedor

de aquélla, ya que cualquier retraso masivo en el pago de las deudas tributarias puede suponer un daño a la Hacienda Pública de muy grandes proporciones. De otro lado, la fijación de un bajo interés de demora, muy distanciado del valor real del dinero en el mercado, tendría sin duda un efecto inducido en numerosos casos que podría propiciar retrasos en el pago de la deuda tributaria para obtener un beneficio patrimonial, en clara discriminación respecto de los ciudadanos que cumplen puntualmente con sus obligaciones tributarias. En conclusión, los artículos 58.2.b) y 155.1 de la LGT no contemplan supuestos de hecho iguales, puesto que existen razonables elementos de diferenciación entre la situación en que se encuentra el contribuyente que incurre en mora en el cumplimiento del deber tributario y la Administración que devuelve lo indebidamente cobrado.

La clave de la diferenciación normativa —el incremento del 25 por 100 sobre el interés legal en los intereses de demora— *se halla, como se ha visto, en evitar el grave perjuicio que para la Hacienda supondría que grupos enteros de contribuyentes dejaran en masa de pagar tempestivamente sus cuotas tributarias porque el coste del retraso les supusiera, de todos modos, un ahorro respecto del interés de mercado del dinero. Evitar este riesgo configura el fin que el legislador trata de lograr. Y no parece que se pueda dudar del carácter objetivo y de la razonabilidad de preservar aquel interés público. El que, en cambio, cuando es el contribuyente el acreedor frente a la Hacienda, el interés sea el legal* —sin incremento del 25 por 100— *tiene otra justificación: tratar de compensar el perjuicio que para dicho contribuyente, a título individual, le ha causado la no disposición de una cantidad de dinero realmente no debida a la Administración.* Un supuesto éste que, por muy frecuente que pueda ser, nunca lo será en la magnitud numérica y cuantitativa del anterior. En este segundo caso, el legislador trata sólo de compensar o reparar, a través de la determinación de un módulo objetivo, la producción de un perjuicio sufrido en la esfera patrimonial de un particular, perjuicio cuya producción no puede decirse que haya sido deliberadamente buscada por la Administración. En el primer caso, por el contrario, el legislador trata de compensar o resarcir al erario público por el perjuicio que le supone la no disposición tempestiva de los fondos necesarios para atender a los gastos públicos, a la vez que de salir preventivamente al amparo de una posible actitud dilatoria en el pago de sus deudas tributarias por los contribuyentes, y ante el riesgo de que dicha actitud pudiera generalizarse.

Por último, no sólo los supuestos de hecho que se comparan no son homogéneos ni resulta injustificada o arbitraria la finalidad perseguida con la diferenciación normativa, sino que la medida adoptada por el legislador no es tampoco desproporcionada respecto de las consecuencias a que se llega. En este sentido, el artículo 58.2.b) de la LGT introduce un incremento del 25 por 100 sobre el interés legal del dinero salvo que la Ley de Presupuestos Generales establezca uno diferente. *No puede razonablemente sostenerse que ese incremento porcentual sobre el interés legal resulte desproporcionado, dados los tipos de interés existentes en el mercado financiero.* Es por ello constitucionalmente legítimo que el legislador pueda adoptar una medida como la que ahora enjuiciamos que persigue un progresivo acercamiento a dicha realidad financiera, sin que ello suponga un sacrificio excesivo al contribuyente moroso, ya que en definitiva el tipo de interés que viene obligado a pagar no supera los habitualmente aplicables en las relaciones entre particulares.

B) Las consideraciones anteriores obligan a rechazar también la pretendida infracción del artículo 25.1 de la Constitución. Como ya se ha dicho, *la norma cuestionada no trata de sancionar una conducta ilícita, pues su sola finalidad*

consiste en disuadir a los contribuyentes de su morosidad en el pago de las deudas tributarias y compensar al erario público por el perjuicio que a éste supone la no disposición tempestiva de todos los fondos necesarios para atender a los gastos públicos. Los intereses de demora no tienen naturaleza sancionadora, sino exclusivamente compensatoria o reparadora del perjuicio causado por el retraso en el pago de la deuda tributaria, y así lo admite expresamente la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Valencia. Más que una penalización en sentido estricto, son una especie de compensación específica, con arreglo a un módulo objetivo, del coste financiero que para la Administración tributaria supone dejar de disponer a tiempo cantidades dinerarias que le son legalmente debidas. En suma, no hay aquí sanción alguna en sentido técnico-jurídico, y ello excluye sin más cualquier transgresión del artículo 25.1 de la Constitución.

Décimo.—El último de los motivos de inconstitucionalidad aducidos consiste en la presunta vulneración del artículo 24.2 de la Constitución por el artículo 83.3.f) de la LGT, según la redacción dada al mismo por el artículo 4 de la Ley 10/1985. Conforme a este artículo, se prevé una sanción de multa por “la falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición”. La Sala Tercera del Tribunal Supremo considera que no es posible traer a colación en este caso el deber de colaboración de los contribuyentes con la Administración, porque, si bien ha de admitirse la amplitud de dicho deber respecto de la conducta de terceros no contribuyentes y “a excepción de cuando venga cubierto por el secreto profesional”, para la Sala es indudable que, en el caso de los propios contribuyentes, aquel deber “no ha de rebasar el umbral donde comienza el derecho del ciudadano a no autoinculparse como un elemento de protección de su presunción de inocencia”. Por consiguiente, la Sala no discute la presencia de un genérico deber de colaboración del contribuyente con la Administración tributaria, pero encuentra un límite de ese deber en el derecho del contribuyente a no “autoinculparse”.

Son dos, por tanto, los derechos fundamentales que la Sala considera afectados e íntimamente unidos en esta cuestión: el derecho a no confesarse culpable y el derecho a la presunción de inocencia, derechos que el artículo 24.2 de la Constitución enuncia y garantiza, como es notorio, de forma separada. De la conexión entre ambos, la Sala deduce lo que podría considerarse como un genérico derecho del contribuyente a la reserva de sus datos económicos frente a la Administración tributaria.

Pero esta construcción argumental no puede ser acogida, y así lo ha señalado este Tribunal en diversos pronunciamientos. En la STC 110/1984 tuvimos ya la oportunidad de declarar que la Inspección de los Tributos tiene por finalidad verificar la conducta fiscal del contribuyente y comprobar la veracidad de sus declaraciones a la Hacienda Pública. Esta actividad investigadora puede conducir, en efecto, a la obtención de elementos probatorios de que el contribuyente ha defraudado al Fisco, pero es evidente que *con ello no se está exigiendo a aquél la difícil prueba de su inocencia, ya que lo único que se le impone es el “deber de aportar los datos que puedan ayudar a la investigación”*. Se comprende, por lo demás, que sin la colaboración del contribuyente y la aportación por éste de datos personales de alcance económico la labor inspectora resultaría prácticamente imposible cuando no fuera factible solicitar los mismos datos de terceras personas. Todavía con mayor rotundidad, en el ATC 642/1986 (F.J. 2.º) se afirmó que no puede haber duda de “que la Administración está habilitada también desde el plano constitucional para exigir determinados datos relativos a la situación eco-

nómica del contribuyente", y que esta exigencia es predicable "de todos y cada uno de los ciudadanos en cuanto recaiga en ellos la cualidad de sujetos pasivos del impuesto" y no sólo de terceros como son las entidades intermediarias en el área económica y las crediticias; doctrina en parte reiterada también en el ATC 982/1986. Y si en la sentencia arriba citada sostuvimos que el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 de la Constitución) no puede entenderse de tal modo que constituya un obstáculo que haga imposible o dificulte el cumplimiento del deber declarado en el artículo 31 de la Constitución, otro tanto cabe decir cuando se invoca con pareja finalidad el artículo 24.2 de la norma suprema, como ahora ocurre, pues es una misma la razón de decidir allí y aquí.

En efecto, no existe un derecho absoluto e incondicionado a la reserva de los datos económicos del contribuyente con relevancia fiscal y esgrimible frente a la Administración tributaria. Tal pretendido derecho haría virtualmente imposible la labor de comprobación de la veracidad de las declaraciones de los contribuyentes a la Hacienda Pública y, en consecuencia, dejaría desprovisto de toda garantía y eficacia el deber tributario que el artículo 31.1 de la Constitución consagra, lo que impediría una distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos en cuanto bien constitucionalmente protegido.

Pero, además de lo que hasta ahora se ha dicho, y como recuerda el Abogado del Estado, la Sala parte en su razonamiento de una equívoca comprensión de lo que supone la aportación de documentos contables en el artículo 83.3.f) de la LGT, *los documentos contables son elementos acreditativos de la situación económica y financiera del contribuyente, situación que es preciso exhibir para hacer posible el cumplimiento de la obligación tributaria y su posterior inspección, sin que pueda considerarse la aportación o exhibición de esos documentos contables como una colaboración equiparable a la "declaración" comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución.* Del mismo modo que el deber del ciudadano de tolerar que se le someta a una especial modalidad de pericia técnica (*verbi gratia* el llamado control de alcoholemia) no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y al de no declararse culpable (SSTC 103/1985, 145/1987, 22/1988, entre otras muchas) *cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad.* Se impone aquí de nuevo la prudencia frente a intentos apresurados de trasladar mecánicamente garantías y conceptos propios del orden penal a actuaciones y procedimientos administrativos distintos y alejados del mismo como es, en este caso, el de gestión tributaria. Desde esta perspectiva, tiene razón el Abogado del Estado cuando resalta que el citado artículo 83.3.f) no es, en realidad, más que una garantía del cumplimiento de los deberes formales de los sujetos pasivos que se enuncian en el artículo 35.2 de la propia LGT: llevar y conservar los libros de contabilidad, registro y demás documentos que en cada caso se establezca, facilitar la práctica de inspecciones y comprobaciones y proporcionar a la Administración los datos, informes, antecedentes y justificantes que tengan relación con el hecho imponible. Y a esta conclusión no cabría oponer como un obstáculo insalvable el tenor del artículo 83.3.f) de la LGT, pues el sustantivo "pruebas" no es utilizado por dicho precepto en un sentido estricto o técnico-jurídico, sino más bien como concepto equivalente, redundante y sinónimo de la expresión "documentos contables" que la propia norma emplea.

II. Resoluciones de la Dirección General

POR JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
JOSÉ M.^a MARTÍNEZ SANTIAGO y
JOSÉ A. GARCÍA PASTOR

EN MATERIA DE EMBARGO DE BIENES QUE APARECEN INSCRITOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD A FAVOR DE UN CONYUGE POR DISOLUCION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y ADJUDICACION:

- *SIENDO DEMANDADO SOLO EL CONYUGE NO TITULAR, HAY QUE ENTENDER QUE LA DEUDA NO ES DE AQUELLAS DE LAS QUE RESPONDEN LOS BIENES GANANCIALES CONFORME AL ARTICULO 1.369 DEL CODIGO CIVIL, SINO DE AQUELLAS A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 1.373 DEL CODIGO CIVIL, SIN QUE ESTA PRESUNCION PUEDA SER DESVIRTUADA EN TRAMITE PREVIO AL EMBARGO EN JUICIO EJECUTIVO.*
- *SERA POSIBLE LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO SI LA DILIGENCIA DE EMBARGO Y SU NOTIFICACION AL CONYUGE NO DEUDOR SON ANTERIORES A LA INSCRIPCION DEL BIEN EMBARGADO A FAVOR DE DICHO CONYUGE NO DEUDOR, SIEMPRE QUE AL REGISTRADOR NO LE CONSTE QUE EN EL MOMENTO DE PRACTICARSE EL EMBARGO Y NOTIFICARSE AL CONYUGE DEL DEUDOR SE HA PRODUCIDO LA INDICACION EN EL REGISTRO CIVIL DEL CAMBIO DE REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL QUE PUBLICA FRENTE A TERCERO LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.*
- *EN TAL CASO, LA TITULARIDAD ACTUAL SEGUN EL REGISTRO NO IMPEDIRA LA ANOTACION CONFORME A LOS ARTICULOS 20 Y 28.3 DE LA LEY HIPOTECARIA, AL PUBLICAR LA MISMA LA PROCEDENTE DE UNA ADQUISICION QUE NO ES INCOMPATIBLE CON UN EMBARGO PRACTICADO CUANDO NO SE HABIA PRODUCIDO FRENTE A TERCEROS LA DISOLUCION DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL QUE IMPOSIBILITA EL EMBARGO AL QUE SE REFIERE EL ARTICULO 1.373 DEL CODIGO CIVIL (RESOLUCIONES DE 25 Y 18 DE MARZO DE 1988).*

1. Resolución de 25 de marzo de 1988. *Hechos*.—I. En juicio ejecutivo número 302/1985 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vigo, seguido a instancia del "Banco Zaragozano, Sociedad Anónima", contra don Francisco Búa Pérez, en reclamación de 3.055.500 pesetas, expresadas en letras de cambio aceptadas por aquél, más 5.520 pesetas de gastos de protesto y 1.300.000 pesetas para intereses, gastos y costas, y habiendo sido notificados la demanda y embar-

go a su esposa, doña María del Carmen Rodríguez Docampo, a los únicos efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, se trabó embargo de la parcela número 2 de la urbanización "La Barcalleira", en el término municipal de Nigrán. Presentado el correspondiente mandamiento judicial en el Registro de la Propiedad número 2 de los de Vigo, el Registrador denegó la anotación preventiva de embargo, ya que los bienes están inscritos a nombre de la esposa del demandado en virtud de escritura de disolución de sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes a aquélla, otorgada el día 16 de mayo de 1985, ante el Notario de Vigo don Alfonso E. Rodríguez Sánchez. Con fecha 29 de octubre de 1986 se acordó librar nuevo mandamiento judicial con inclusión como hechos ciertos lo que resultaba de las alegaciones que formula el "Banco Zaragozano, Sociedad Anónima", en escrito presentado ante el Juzgado en dicha fecha, constando que la deuda que reclama dicha Entidad se contrajo y venció con anterioridad a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por el señor Búa y su esposa y que, por tanto, los bienes responden de la deuda reclamada por el Banco citado.

II. Presentado dicho mandamiento en el Registro de la Propiedad número 2 de los de Vigo, fue calificado con la siguiente nota: "De acuerdo con los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de los días 6 y 10 de noviembre de 1981, denegada la anotación acordada por no resultar del mandamiento que se haya dirigido la demanda contra doña María del Carmen Rodríguez Docampo, titular de la finca embargada con carácter privativo.—Vigo, 28 de noviembre de 1986.—El Registrador.—Firmado: Luis Carlos Boullosa Gastañaduy."

III. El Procurador de los Tribunales don Cándido Sendón Ballesteros interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que el señor Registrador deniega la anotación preventiva de embargo, a pesar de haber dejado constancia el Juez en su mandamiento que la deuda que reclama el "Banco Zaragozano, Sociedad Anónima" se contrajo y venció con anterioridad a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por el señor Búa y su esposa, y que, por tanto, los bienes embargados responden de dicha deuda, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.399, 1.401, 1.402, 1.362.4 y 1.365 del Código Civil y 6.º y 7.º del Código de Comercio, dado que el deudor es comerciante. Que las letras de cambio en que el "Banco Zaragozano, Sociedad Anónima" basa su reclamación fueron aceptadas por don Francisco Búa Pérez los días 23 y 24 de noviembre de 1984, y tienen vencimiento los días 20, 21 y 23 de febrero de 1985; en tanto que la escritura de capitulaciones matrimoniales fue otorgada el 16 de mayo de 1985. Que no se considera acertado el criterio en el que el Registrador fundamenta su denegación, ya que las Resoluciones citadas en su nota resuelven casos anteriores a la modificación del Código Civil, y puesto que de los preceptos de dicho Código, antes citados, junto con los artículos 1.317 y 1.410 del mismo y de las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio y 26 de septiembre de 1986, se llega a soluciones distintas de las adoptadas por dicho funcionario, y, en cuya virtud, los bienes continúan respondiendo de las deudas contraídas por uno de los cónyuges, y si, como en el presente caso, no se realizó el preceptuado inventario y liquidación de deudas, dicha responsabilidad *ultra vires*, como la califica el Tribunal Supremo, alcanza al cónyuge no obligado directamente, el cual, por aplicación de las normas de las sucesiones, responderá no sólo con todos los bienes que le han sido adjudicados, sino con todo su patrimonio. Que la Ley Hipotecaria, en la que basa el Registrador su denegación, es una ley de carácter

adjetivo, cuya finalidad es dictar reglas para la inscripción o anotación de los actos o contratos, como expresa el artículo 1.º de aquélla, cuya redacción coincide literalmente con la del artículo 605 del Código Civil; mientras que dicho Código, de carácter sustantivo, regula esos actos o contratos, que posteriormente tendrán, en su caso, acceso al Registro. Que basándose en la Ley Hipotecaria no se puede ni debe llegar nunca a criterios que contradigan lo establecido en el Código Civil y, por tanto, se considera que no sería correcto llegar al extremo de que el artículo 20 de la Ley Hipotecaria contradiga, inutilice y deje sin posible aplicación lo que está ampliamente ordenado por nuestra principal ley sustantiva (Código Civil), y refrendado por nuestro más Alto Tribunal. Que de seguirse estrictamente el criterio del Registrador, un simple acuerdo de los cónyuges dejaría sin posible opción a sus acreedores, que verían como, a despecho de las normas establecidas en el Código Civil, sus deudores incumplen impunemente sus obligaciones, ya que al no permitirles anotar su crédito, el nuevo titular puede disponer de los bienes libremente, y ello con la grave contradicción de que, por otra parte, el Tribunal Supremo denegaría al acreedor la anulación de las capitulaciones porque estima que en los bienes adjudicados son responsables, sin necesidad de interponer acción de nulidad ni de dirigir demanda alguna contra el cónyuge no deudor. Que en razón de lo expuesto, se entiende que procede practicar la anotación preventiva de embargo solicitada por el "Banco Zaragozano, Sociedad Anónima" en los bienes que, siendo en principio de la sociedad de gananciales, pasaron a ser de la esposa del demandado, en virtud de una escritura de capitulaciones matrimoniales formalizada con posterioridad a la deuda contraída por el esposo, ya que dicha deuda se asumió y venció con anterioridad a la rescisión del régimen económico de gananciales.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que en cuanto a la manifestación que hace el recurrente de que se deniega la anotación a pesar de haber dejado constancia el juzgador en su mandamiento, por medio de providencia, que los bienes responden de la deuda reclamada por el "Banco Zaragozano, Sociedad Anónima", hay que puntualizar que en la providencia transcrita literalmente, el Juez señala como ciertos los siguientes hechos: Personas de los demandantes y demandado, cantidad reclamada; notificación a la esposa del demandado y vencimiento de la deuda anterior a la escritura de capitulaciones matrimoniales; pero, la afirmación de que los bienes responden a la deuda contraída, se contiene en el apartado sexto de los "datos y fundamentos de derecho" del escrito, que el "Banco Zaragozano, Sociedad Anónima" presentó en el Juzgado y cuya transcripción sí se ordena en la providencia. Que se hace tal puntualización porque es evidente que ni un procedimiento ejecutivo es el cauce procesal adecuado para dilucidar la naturaleza ganancial o no de una deuda, ni tampoco es el Registrador el funcionario adecuado para dictaminarlo. El Registro se mueve en el ámbito más estricto de anotar o no anotar el embargo solicitado sobre los referidos bienes desplazados; ámbito formal o, si se quiere, en este supuesto, estrictamente registral. Y, desde este punto de vista, nos encontramos con preceptos claves del derecho hipotecario que imposibilitaron, en su día, la práctica de la anotación solicitada, a saber: 1.º El artículo 20 de la Ley Hipotecaria, principio de tracto sucesivo; 2.º El artículo 38 de la misma Ley, principio de legitimación, y 3.º Los artículos 140.1 y 144.2 del Reglamento Hipotecario. En consonancia con dichos preceptos se ha realizado la correspondiente denegación. Que éste es el criterio considerado como de general aplicación por nuestra jurisprudencia, que en Resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981 y, sobre todo, en las más recientes de 25 de abril de 1986 y 16 de febrero de 1987,

concluyen con claridad en que si la deuda es ganancial lo procedente es demandar a ambos cónyuges para reclamar el pago.

V. El ilustrísimo Magistrado-Juez de Primera Instancia número 2 de Vigo informó: Que después de la reforma del Código Civil por Ley de 13 de mayo de 1981, la situación de práctica jurídica, a efectos de las anotaciones de embargo sobre bienes gananciales, sigue siendo sustancialmente la misma. Ahora bien, si la sociedad de gananciales está ya disuelta y liquidada, no existen bienes de esta naturaleza y no es posible el embargo a pretexto de que antes lo fueron, mientras no sea también demandado en el juicio el cónyuge adjudicatario de los mismos, por impedirlo, en otro caso, los principios de legitimación y tracto sucesivo (artículos 38 y 20 de la Ley Hipotecaria). Esto no excluye la posible responsabilidad del otro cónyuge, que incluso puede extenderse a sus bienes propios, si en la liquidación de la sociedad conyugal no se hizo inventario previo, como así razona la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986, pero esto habrá de plantearse en otro juicio con intervención de este interesado. Que se considera está bien denegada la anotación de embargo decidida por el Registrador en ejercicio de su función calificadoras, sin que ello contradiga ni entorpezca la competencia de los Tribunales de Justicia.

VI. El Presidente de la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la nota del Registrador, fundándose en que en el mandamiento librado al Registro no se hace constar que la deuda en favor del "Banco Zaragozano, Sociedad Anónima", y a cargo de don Francisco Búa Pérez, fuera de aquellas que hayan de responder los bienes gananciales, pero con la salvedad que se refleja en la providencia transcrita igualmente en dicho mandamiento, no es el juicio ejecutivo basado en letras de cambio y dirigido sólo contra el marido en donde puede dirimirse tal extremo. En que, después de la reforma del Código Civil por Ley de 1981, pueden darse de hecho situaciones fraudulentas, pero los acreedores, en el aspecto del derecho sustantivo, tienen una adecuada protección legal derivada de los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil y, conforme a lo establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986, se determina que aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales. En los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 140.1 de su Reglamento y en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 1986, reiterada en las Resoluciones de 16 de febrero y 29 de mayo de 1987.

VII. El Procurador de los Tribunales recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que en el propio texto de la providencia se hace constar que el vencimiento de la deuda es anterior a la escritura de capitulaciones matrimoniales, de donde se deduce que la deuda era ganancial, ya que el régimen económico del matrimonio fue el de sociedad de gananciales y, con independencia de lo expuesto, en el apartado sexto del mandamiento se expresa de forma inequívoca "que los bienes cuya anotación preventiva de embargo se solicita responden de las deudas contraídas por la sociedad de gananciales ...". Que, en todo caso, debió ser la esposa adjudicataria de los bienes quien impugnase, mediante el oportuno juicio declarativo, o a través del remedio procesal que estimase oportuno, la afirmación de ganancialidad de la deuda, ya que tuvo para hacerlo la oportunidad que el legislador ha establecido en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario; no cabe arrojar la carga de la promoción de este juicio declarativo al acreedor que dispone de título ejecutivo, dándose las condiciones objetivas, y documentalmentes contrastadas, para atribuir responsabilidad a los bienes cuya anotación de embargo se interesa; este criterio está de

acuerdo con la Resolución de 25 de abril de 1986. Que existe una total disimilitud entre los supuestos contemplados en las Resoluciones de 16 de febrero y 29 de mayo de 1987. De acuerdo con lo anterior, con lo establecido en el artículo 1.401 del Código Civil, en relación con el artículo 3.1 del mismo texto legal, con las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio y 26 de septiembre de 1986 y aplicando *a sensu contrario* la doctrina de las Resoluciones citadas, constando en el mandamiento que los bienes gananciales debían responder de la deuda que dio lugar al embargo, éste debe anotarse.

VIII. Esta Dirección General, para mejor proveer, solicitó los siguientes informes: 1.º Al Registrador de la Propiedad número 2, de Vigo, la certificación de la inscripción de dominio de la finca embargada a favor de doña María del Carmen Rodríguez Docampo, resultando de la misma que el día 8 de octubre de 1985 fue presentada al Registro la primera copia de la escritura de capitulaciones matrimoniales por la que los esposos modifican su régimen económico conyugal de gananciales, por el de absoluta separación de bienes, adjudicándose dicha finca a la esposa, y que dicha escritura fue inscrita al día siguiente (9 de octubre de 1985). 2.º Al Magistrado-Juez de Primera Instancia número 2 de Vigo, certificación de la fecha de presentación de la demanda y de la fecha de la traba del embargo de la finca, resultando de la misma que la demanda fue presentada el día 26 de junio de 1985 y la diligencia de embargo y requerimiento fue practicada con fecha 28 de septiembre de 1985.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1.333 y 1.373 del Código Civil; 77 de la Ley del Registro Civil; 17, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 140.1 y 144 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 21 de septiembre y de 6 y 12 de noviembre de 1987.

1. El Registrador deniega la anotación preventiva ordenada en el mandamiento de embargo, porque la finca a que se refiere consta inscrita en favor de una persona distinta del demandado. En el embargo concurren las circunstancias siguientes: 1.ª Se dicta el mandamiento en juicio ejecutivo seguido contra el marido en virtud —según informa el recurrente— de letras de cambio aceptadas en noviembre de 1984. No consta debidamente de la documentación presentada que la deuda reclamada contra el marido sea, además, deuda de la sociedad de gananciales; para ello no bastan las afirmaciones contenidas en el mandamiento de embargo, dado que la tramitación previa a este embargo no es procedimiento adecuado al efecto. 2.ª La esposa —según se afirma en el traslado del mandamiento— fue notificada del procedimiento y embargo a los efectos de lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario en 28 de septiembre de 1985, día en que se produjo la traba. 3.ª La finca a que se refiere el mandamiento de embargo consta inscrita en favor de la mujer por adjudicación en virtud de capitulaciones matrimoniales de disolución de la sociedad de gananciales otorgadas en 16 de mayo de 1985 y presentadas en el Registro en 8 de octubre de ese año (la inscripción se practicó al día siguiente).

2. El principio es que “cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias”. Pero el artículo 1.373 establece una excepción a este principio, pues, en supuestos determinados, “el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales que será inmediatamente notificado al otro cónyuge” (cf. art. 1.373). Esta regla excepcional forma parte del régimen de la sociedad de gananciales y, por tanto, tiene aplicación en tanto siga vigente este régimen. Y, en

cambio, deja de regir desde que los cónyuges queden sometidos al régimen de separación de bienes, pues entonces los acreedores privativos de uno de los cónyuges tendrán sólo facultades sobre la parte o los bienes que correspondan al cónyuge deudor.

3. El momento relevante para el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 1.373 del Código Civil será, pues, el del cambio del régimen. Pero, puesto que se trata de una facultad de terceros, habrá de estarse no al momento en que el acuerdo modificativo produce efectos entre los cónyuges (esto es, la fecha de las capitulaciones correspondientes que permanece bajo el secreto del protocolo notarial), sino a aquel en que dicho acuerdo produce efectos respecto de terceros, pues no debe olvidarse que el artículo 77.2 de la Ley del Registro Civil, en paralelismo con el 1.219 del Código Civil, impone un requisito de publicidad registral (la indicación correspondiente al margen de la inscripción de matrimonio) para que las modificaciones en el régimen económico matrimonial produzcan efectos en perjuicio de terceros de buena fe. En definitiva, el momento decisivo a tomar en consideración será, pues, la fecha de la citada indicación.

4. De acuerdo con esta doctrina, el Registrador habrá de dar efectividad frente a cualquiera de los cónyuges, al embargo obtenido por un tercero en ejercicio de una de las facultades que le confiere el régimen de gananciales, en concreto, el artículo 1.373 del Código Civil, en tanto no le conste que en el momento de practicarse el embargo y notificarse al cónyuge del deudor se había producido con eficacia contra terceros de buena fe el cambio del régimen de gananciales, y en el supuesto contemplado no se le ha acreditado ni resulta de su registro (art. 18 de la Ley Hipotecaria), que al trabarse el embargo que se pretende anotar y notificarse al cónyuge del deudor se había tomado la antedicha indicación en el Registro Civil de las capitulaciones otorgadas; ni siquiera se había producido, respecto al concreto bien afectado por el cambio de régimen, la publicidad individualizada de dicho cambio en el folio particular abierto a aquél en el Registro de la Propiedad.

5. Por otra parte, y según el mismo precepto 1.373 del Código Civil, el que el embargo persista sobre bienes concretos o pase a recaer sobre la parte o los bienes que al cónyuge deudor correspondan en la sociedad, es algo que va a depender de la voluntad del cónyuge no deudor (en este supuesto, la mujer). Pero el modo de liberar del embargo a bienes gananciales concretos no consiste en promover precipitadamente la inscripción de una disolución del régimen mantenido, hasta entonces, fuera del Registro, sino en dirigirse al Juez que ordenó el embargo pidiendo que en la traba se sustituya el bien común, a ella adjudicado, por la parte o los bienes que ostente el cónyuge deudor en la sociedad, y mientras el Juez no ordene la sustitución seguirá trabado aquel bien concreto.

6. Resuelto el problema sustantivo, queda por resolver el problema registral, es decir, si la inscripción del bien en favor de la mujer del deudor es obstáculo formal que, conforme a los artículos 20 y 38.3 de la Ley Hipotecaria y 140.1 del Reglamento Hipotecario, impide, en este caso, la anotación del embargo. Como se desprende de la misma inscripción, la mujer es propietaria del bien en virtud de adjudicación en la partición de gananciales a consecuencia de una disolución de la misma que, por falta de la adecuada publicidad, no puede menoscabar las facultades de los acreedores ejercitadas en tiempo anterior. Así pues, el Registro proclama un derecho y una titularidad que por recaer sobre bienes gananciales son perfectamente compatibles, en cuanto al tracto, con el embargo acordado por la autoridad judicial en un momento en que la mujer, en cuanto miembro de

la sociedad de gananciales vigente respecto de terceros, habría de soportarlo, siempre que, por lo demás, se cumplan los requisitos previstos por los artículos 1.373 del Código Civil y 144 del Reglamento Hipotecario.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 25 de marzo de 1988.—El Director general, *Mariano Martín Rosado*.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de La Coruña.

2. Resolución de 18 de marzo de 1988. *Hechos*.—I. Con fecha 7 de enero de 1982 el “Banco Exterior de España, Sociedad Anónima” concertó un crédito por importe de 7.000.000 de pesetas contra don Antonio López Cuenca, entre otros, cuya póliza fue intervenida por el señor Corredor de Comercio, teniendo señalado su vencimiento el día 7 de julio de 1982.

Al no cumplir los acreditados las obligaciones a su cargo dimanantes de la póliza, en base a la misma, y luego de expedir la oportuna certificación de saldo y de concordancia, que tienen fechas de 12 y 15 de marzo de 1983, dicha Entidad bancaria promovió demanda ejecutiva contra aquéllos con fecha 18 de marzo de 1983, que dio lugar al juicio ejecutivo número 221/1983, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Albacete.

La demanda se dirigió, entre otros, contra don Antonio López Cuenca... y contra la esposa de éste, si fuere casado, cuyas circunstancias personales desconocemos, pero estimamos de indubitada identidad, y a la que se interpela a los solos fines prevenidos en el artículo 144 del Reglamento para aplicación de la Ley Hipotecaria.

En virtud de dicha demanda se traban diferentes bienes a los ejecutados y recaída sentencia en el ejecutivo y promovida por la vía de apremio, la parte actora solicitó, entre otras cosas, diligencia de mejora de embargo sobre otros bienes libres del señor López Cuenca (ya que anteriormente solamente se trabó dicho embargo sobre determinados bienes muebles), trabándose embargo sobre una vivienda sita en Almansa, acordando el Juzgado la notificación del mismo a la esposa, en virtud de providencia de 15 de enero de 1987. Posteriormente, con fecha 15 de junio de 1987, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Albacete expidió el oportuno mandamiento al señor Registrador de la Propiedad de Almansa.

Con anterioridad, el día 18 de mayo de 1983 don Antonio López Cuenca y su esposa, doña Margarita Sánchez Bas, otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales, disolución y liquidación de la sociedad de gananciales ante el Notario de Almansa don Nicolás López Ferreros, que tuvo acceso al Registro de la Propiedad en 2 de agosto de 1983.

III. Presentado el mandamiento citado, el día 24 de junio de 1987, en el Registro de la Propiedad de Almansa, fue calificado con la siguiente nota: “Denegada la práctica de la anotación ordenada por figurar la finca a que se refiere inscrita con carácter privativo a favor de la esposa del demandado doña Margarita Sánchez Bas y no dirigirse contra ella la demanda, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria y 144 del Reglamento Hipotecario.—Almansa, 11 de julio de 1987.—El Registrador.—Firmado: José Simeón Rodríguez Sánchez.”

III. El Procurador de los Tribunales don Luis Legorburo Martínez, en representación del "Banco Exterior de España, Sociedad Anónima", interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que la escritura de capitulaciones matrimoniales fue otorgada con posterioridad al vencimiento de la póliza en que se concertó el préstamo y a la demanda promoviendo el juicio ejecutivo. Que el embargo se notificó a la esposa del demandado, que es la titular registral, con lo que se cumple lo establecido en el párrafo 2.º de la regla 1.ª del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, y la demanda se dirigió contra la esposa a los efectos del citado artículo 144, por lo que no se entiende que en la nota de calificación se diga que no se ha cumplido lo que ordena dicho artículo. Que otro basamento que sirve de apoyo a la nota calificadora es el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, por considerar a doña Margarita Sánchez Bas persona distinta o, dentro de la terminología procesal civil, tercero ajeno a la deuda y a las responsabilidades. La esposa, aunque luego se le hayan adjudicado unos bienes, no es persona distinta "de aquella que otorgue el gravamen, sino responsable del pago de las deudas con los bienes que, al tiempo del vencimiento de tal deuda, al tiempo de ejecución de la misma y al tiempo de despacharse la ejecución judicial, ostentaban el carácter de gananciales, aunque después se le hayan adjudicado con carácter privativo. Así lo establece: a) el Código Civil en los artículos 1.817, 1.373, 1.396, 1.398.1 y 1.401. Por lo tanto, se entiende que mucho más responderá el cónyuge no deudor; en el supuesto que no se hubiese cumplido, al otorgar las capitulaciones matrimoniales, el mandato legal del artículo 1.396, de formar inventario del pasivo, como ocurrió en las capitulaciones matrimoniales antes referidas en las que, según el Registro de la Propiedad, sólo aparece relación, división y adjudicación del activo, no mencionándose el pasivo, pues según parte de la doctrina el cónyuge no deudor responde universalmente, incluso con sus bienes propios, procedentes de las capitulaciones. Pero, incluso en la hipótesis de que hubiera habido inventario, con liquidación del pasivo, el cónyuge no deudor responde con todos los bienes que le hayan sido adjudicados en las capitulaciones, y el que era objeto de anotación preventiva de embargo denegada, era procedente de las capitulaciones. Por todo ello, este cónyuge es responsable, no es la "persona distinta" de la que otorga el gravamen que menciona el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, pues tiene que responder del pago de la deuda, igualmente que el cónyuge no titular inscrito; b) la doctrina científica comentando el artículo 1.401 del Código Civil opina que en aquellos casos en que hay adjudicación de bienes gananciales, sin previa formación de un regular inventario, la responsabilidad del cónyuge que no era precisamente el deudor, según la relación obligatoria no se produce de una manera limitada, sino que universaliza, llegándose a esta conclusión por aplicación del artículo 1.084 que resulta aplicable al caso, por disposición del artículo 1.402 del Código Civil; c) la doctrina jurisprudencial viene a pronunciarse en iguales términos, negando el carácter de terceros ajenos a la deuda, en cuya ejecución formula la esposa un juicio de tercería, en base a las capitulaciones matrimoniales (hay que entender la más pura sinonimia entre los conceptos de "tercero ajeno a la deuda" y el de "persona distinta" que utiliza el artículo 20 de la Ley Hipotecaria), cuando en el juicio se reclama una deuda anterior a las citadas capitulaciones, y éstas se han practicado sin efectuar la pertinente formación de inventario de pasivo, pues en tales casos la esposa es auténtica y verdadera responsable a todos los efectos. En tal sentido, se puede citar las Sentencias de 26 de enero de 1985 y 20 de febrero de 1987; d) la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la Resolución de 25 de abril de 1986 viene a establecer la procedencia de la inscripción de la adjudica-

ción de un bien, en un procedimiento en que se había embargado sobre una finca ganancial pese a que luego estuvo inscrita a nombre de la esposa, diciendo que desde el punto de vista de los acreedores, ni la disolución de la sociedad, ni siquiera la adjudicación de tales o cuales bienes gananciales, a consecuencia de la liquidación, significa que se haya producido la salida del bien ganancial de la misma masa autónoma de responsabilidad en que por el régimen de la sociedad de bienes está incluido.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que la nota denegatoria está fundada en la aplicación del principio de tracto sucesivo como fundamento del sistema registral, al supuesto planteado. Dicho principio viene establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y para las anotaciones preventivas de embargo el artículo 140.1 del Reglamento Hipotecario concreta dicho principio; ahora bien, el supuesto en cuestión nos debe llevar a la consideración del artículo 144 de dicho Reglamento, desde el plano reglamentario y jurisprudencial, al tratar dicho precepto del embargo de bienes comunes en distintas situaciones y venir referida la pretendida anotación preventiva de embargo a un bien que ha dejado de ser común por virtud de la disolución de la sociedad conyugal, pasando a patrimonio privativo de uno de los cónyuges. Del artículo 144 resulta una aplicación estricta del principio de tracto sucesivo, y en el supuesto de sociedad liquidada, al que no hace referencia, hay que estar al principio general de los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 140 de su Reglamento, antes citados, requiriéndose, en consecuencia, la demanda contra el titular registral. El tenor literal del artículo 144 responde al principio general de coestión y codisposición de los bienes gananciales a que se refieren los artículos 375 y siguientes del Código Civil, tras la reforma de 13 de mayo de 1981, de forma que la correcta constitución de la relación jurídico procesal que se deriva de dicho principio exige la demanda a ambos cónyuges para el embargo de bienes comunes; pero dicho principio puede tener quiebra en algunos casos, como ocurre en el artículo 1.365 del Código Civil, y para dichos casos la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha suavizado la aplicación estricta del principio de tracto sucesivo, admitiendo para la práctica de la anotación preventiva de embargo la simple notificación al cónyuge no deudor y referido a deudas de las que hayan de responder la sociedad de gananciales, pues si se trata de deuda privativa del cónyuge deudor, la simple notificación al otro cónyuge se deriva del artículo 1.373 del Código Civil y de su reflejo registral en el artículo 144.1, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario. En este sentido, hay que destacar los considerandos séptimo y octavo de la Resolución de 28 de marzo de 1983. Que todo lo anterior se entiende estando vigente la sociedad de gananciales; ahora bien, una vez disuelta ésta y constando en el Registro su liquidación, la situación de los bienes y la posible responsabilidad que puede recaer sobre los mismos, dependiendo de su situación patrimonial, cambia en un doble sentido: 1.º) la titularidad registral que era de carácter ganancial pasa a ser privativa de uno de los cónyuges, y con ello el régimen de gestión y representación procesal del bien a que se refiere; 2.º) el régimen de posible actuación de los acreedores es distinto según que la deuda sea privativa del cónyuge deudor o afecte a la sociedad de gananciales y con ello la responsabilidad de los bienes adjudicados. Si se trata de una deuda de la que deben responder los bienes gananciales, la aplicación del principio de tracto sucesivo que se deriva del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en relación con el principio general del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y 140 del Reglamento, debe llevar a la denegación de la anotación, dado que el que aparece en el momento de presentación del manda-

miento como titular registral es persona distinta de la demandada; ahora bien, ocurre que una relación jurídica procesal válidamente constituida al demandar al que aparece como cónyuge deudor puede afectar a bienes que son privativos del otro cónyuge una vez disuelta la sociedad de gananciales; así se deduce del artículo 1.401 del Código Civil, para el caso en que la liquidación de la sociedad de gananciales se hubiese hecho con inventario, y si no se ha practicado inventario la responsabilidad es ilimitada conforme a los artículos 1.401, 1.402 y 1.084 del Código Civil. Para tal supuesto la aplicación del principio de tracto sucesivo derivada de la nueva titularidad privativa en cuestión que implica un nuevo régimen de gestión y representación procesal, exigiría para la práctica de la anotación preventiva de embargo la demanda contra el cónyuge titular, aunque para algún sector doctrinal es admisible dicha anotación por considerar que se trata de un supuesto de modalización del tracto, dado que la anotación que se pretende recae sobre bienes afectos a una responsabilidad derivada y mucho más si la demanda se ha presentado antes de la inscripción de las adjudicaciones. Que el Registrador debe calificar por lo que resulte del título y de los asientos registrales, y resulta que del mandamiento presentado a calificación y de la situación registral de la finca a que el mismo se refiere, se infieren las siguientes circunstancias: 1.^a) aparece como demandado en autos de juicio ejecutivo 221/1983 don Antonio López Cuenca, entre otros; 2.^a) del mandamiento presentado y que es objeto de calificación solamente resulta la notificación a la esposa del embargo practicado; 3.^a) la finca cuya anotación de embargo se ordena aparece inscrita en el momento de presentación del mandamiento en el Registro de la Propiedad a favor de doña Margarita Sánchez Bas, con carácter privativo, en virtud de escritura de disolución de sociedad de gananciales, de fecha 18 de mayo de 1983, y 4.^a) en el mandamiento no consta que la deuda sea de aquellas de que han de responder los bienes gananciales. En consecuencia de lo anterior, procede por aplicación del tracto sucesivo, denegar la anotación preventiva de embargo, al figurar la finca inscrita a favor de persona distinta de la demandada, aun en el supuesto de que la deuda sea anterior a la disolución de la sociedad de gananciales. Este planteamiento está recogido en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero y 29 de mayo de 1987. Pues, según se desprende del artículo 1.373 del Código Civil, una vez disuelta la sociedad y adjudicados los bienes, el acreedor no podrá pedir el embargo de bienes gananciales concretos, pudiendo solamente dirigirse contra los bienes adjudicados al cónyuge deudor, sin perjuicio de la posible impugnación de la partición realizada. Que el artículo 1.317 establece un principio general de protección a terceros para la modificación admitida del régimen económico matrimonial, pero el Registrador no es quien para determinar el grado de ineficacia que pueden conllevar por dicho perjuicio, cuestión ésta que debe ventilarse en el procedimiento judicial que corresponda. Por otro lado, el recurrente pretende la responsabilidad del patrimonio ganancial por deudas privativas de uno de los cónyuges, bastando con la notificación al cónyuge no demandado, conforme al artículo 144, número 1, regla 2.^a, del Reglamento Hipotecario, en relación con el artículo 1.373 del Código Civil, para que éste actúe en la forma prevenida en dicho precepto, pero, como se ha dicho, no cabe cuando ya consta la adjudicación de los bienes gananciales una vez disuelta la sociedad, sin perjuicio de la posible impugnación a que se refiere el artículo 403 del Código Civil. Para el caso de deudas de la sociedad, nadie discute la responsabilidad del cónyuge no deudor en relación con los bienes que le han sido adjudicados, conforme al artículo 1.401 del Código Civil, que puede en virtud del artículo 1.402, en relación con

el artículo 1.804, hasta universalizarse, pero una cosa es la responsabilidad y otra la gestión y representación procesal de los bienes una vez disuelta la sociedad de gananciales y adjudicados éstos, a efectos del tracto sucesivo; en este tema es de destacar el punto 7.º de la Resolución de 25 de abril de 1986. Pero esta cuestión no es la que se ventila en este recurso, pues como se ha dicho, ha de entenderse la deuda como privativa. Que el recurrente pretende justificar, que el que no es reconocido como tercerista, por no ser tercero ajeno a la deuda no puede constituir la figura de "persona distinta", a que se refiere el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. No procede aquí debatir la comparación entre ambas figuras, ya que los supuestos alegados por el recurrente son distintos a los que se plantean en este recurso. Tampoco puede ser tenida en cuenta para fundamentar una calificación contraria a la realizada la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 1986, debiéndose tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1971 y las Resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981.

V. El ilustrísimo Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Albacete informó que el "Banco Exterior de España, Sociedad Anónima", como acreedor de la sociedad de gananciales, no puede verse perjudicado en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.317 y 1.401 del Código Civil, puesto que la demanda se dirigió oportunamente no sólo contra el esposo, sino también contra la esposa, conforme al artículo 144 del Reglamento Hipotecario, siendo revelador, a tal efecto, el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1986, en su fundamento de derecho 2.º. Que corresponde a los Tribunales de Justicia la determinación de si la deuda en cuestión es de aquellas de que hayan de responder los bienes gananciales o los bienes privativos del deudor, según el caso, y habiéndose despachado ejecución, no sólo contra don Antonio López Cuenca, sino también contra los bienes de la sociedad ganancial constituida con su esposa, contra quien también se dirigió la demanda, es obvio que el bien inmueble de referencia está sujeto a las resultas del proceso. Que no obstante lo anterior, la competencia calificadoras del Registrador ha de basarse necesariamente en lo que resulta del mandamiento presentado, ocurriendo que en el mandamiento expedido en 15 de junio de 1987, no se hace constar que la deuda por la que se traba el embargo es de las que ha de responder la sociedad de gananciales, así como tampoco que la demanda se dirigió también contra la esposa, consignándose meramente que se notificó el embargo a la mujer. Por tanto, la calificación del señor Registrador es correcta al amparo de la doctrina sentada por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero y 29 de mayo de 1987.

VI. El Presidente de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, en funciones de Presidente de la citada Audiencia Territorial, por abstención del titular, confirmó la nota del Registrador fundándose en los artículos 20 de la Ley Hipotecaria, 140 y 144 de su Reglamento y 1.317 y correspondientes del Código Civil, así como en la doctrina proclamada por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981 y 16 de febrero, 29 de mayo y 18 de septiembre de 1987, ya que se advierte claramente la sinrazón de las alegaciones de la Entidad recurrente, debiéndose estimar en cuanto al Registro atañe que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado en tanto no conste debidamente en el mandamiento que el embargo ha recaído en actuaciones que tienen como objeto la reclamación de una deuda que es, además, deuda de la sociedad. En que de acuerdo con el principio general de libertad con las reglas de responsabilidad,

artículos 1.911 y 1.827 del Código Civil, no cabe resumir que las deudas de un cónyuge sean deudas incidentes en la sociedad de gananciales, siendo esta conclusión la más conforme con el principio de que las deudas de una persona no afectan a otra; siendo preciso denegar la anotación si al acordar el embargo la sociedad de gananciales estaba disuelta y el bien constaba inscrito como privativo de la mujer. En que la mejora de embargo, que afectó a la finca de que se trata se hizo el 24 de noviembre de 1986, cuando habían transcurrido más de tres años de la inscripción en el Registro de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales, no habiendo constancia alguna en el auto decretando la mejora, de que la deuda reclamada era también deuda correspondiente a la sociedad de gananciales, que tampoco había constancia de ello en el embargo primeramente efectuado, con fecha 10 de octubre de 1983.

VII. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que no es conforme la aseveración que se hace en el tercer considerando del auto apelado, pues ello significa, de una parte, establecer una presunción de privaticidad, que la doctrina jurisprudencial no autoriza, citándose como ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1980 y 14 de mayo de 1984; de otra parte, el tener que constar en el mandamiento de embargo que la deuda reclamada es, además, una deuda ganancial, implica conceder a estas capitulaciones matrimoniales la más amplia patente de corso para corregir el fin defraudatorio perseguido, pues es algo evidente que en trámite sumario y abreviado de juicio ejecutivo, con excepciones tasadas, resulta prácticamente imposible que dentro de él, se obtenga un pronunciamiento judicial sobre la materia de si la deuda ejecutiva es o no ganancial o vincula la sociedad, y por lo tanto, malamente se podrá corregir que en el mandamiento de embargo exista un pronunciamiento acerca de si la deuda es o no ganancial. Así si queremos defender un derecho que resuelva los problemas de la convivencia diaria, no queda más remedio que hacer recaer el deber de interpelación judicial sobre quien tiene poder para ello, y al efecto cuando menos, siempre que la demanda se haya formulado en relación con una deuda anterior a las capitulaciones y siempre que en éstas no se haya hecho inventario del pasivo, con el alcance del artículo 1.401 del Código Civil, e incluso aunque se haya hecho, se debe anotar el embargo sobre los bienes adjudicados a la esposa en las mismas, y si, efectivamente, la deuda fuese privativa la esposa tiene amplio cauce procesal en el ámbito de un proceso de tercería, donde si pueden y deben resolverse estas cuestiones, para obtener la cancelación del embargo. Este régimen de responsabilidad que regula el citado artículo 1.401 no puede subsistir ante la presunción de privaticidad que no viene regulada ni establecida en ningún precepto, y con tal presunción se infringe la prohibición del artículo 1.317 del Código Civil, siendo más lógico en la vida del derecho presumir que quien concierta una póliza de crédito con un Banco en concepto de acreditado principal, lo hace a los efectos del número 4 del artículo 1.362 y el número 2 del artículo 1.365, ambos del Código Civil. Que se discrepa de la aseveración contenida en el cuarto considerando del auto recurrido en el sentido de que no cabe presumir que las deudas incidentes de la sociedad en cuanto que con ello se contraría el espíritu de los artículos 1.396, 1.401 y 1.379 del Código Civil, siendo, por el contrario, de resaltar la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1984, antes citada, y los artículos 1.362.4 y 1.365.2 del Código Civil. Que la aseveración contenida en este mismo considerando que sólo es posible el embargo de bienes gananciales concretos si cuando el embargo fue acordado estaba todavía en vigor la sociedad de gananciales, pero no procede si dicha sociedad estaba disuelta, no se comparte

en virtud de lo reconocido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1987. En otro orden de ideas hay que citar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 1986. Hay, por último que significar que cuando se presenta la demanda, dirigida contra la esposa a efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, y cuando se despacha la ejecución, el matrimonio deudor estaba sometido al régimen de gananciales.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1.317 y 1.373 del Código Civil; 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 140.1 y 144 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 16 de febrero y 12 de noviembre de 1987.

1. El Registrador no practica la anotación preventiva de embargo ordenada por mandamiento judicial, porque la finca a que se refiere consta inscrita en favor de la esposa del demandado y no ha sido dirigida contra ella la demanda. En el embargo concurren las circunstancias siguientes:

Primera.—El mandamiento calificado lleva fecha 15 de junio de 1987 y fue dictado en juicio declarativo iniciado en 1983 contra el marido de la que aparece como titular registral; se trata de una mejora de embargo.

Segunda.—El juicio ejecutivo está fundado, según informa el recurrente, en una póliza de crédito intervenida en 7 de enero de 1982 por Corredor de Comercio y en ella la esposa del demandado no aparece como deudora.

Tercera.—No consta del testimonio presentado que la deuda reclamada contra el marido sea, además, deuda de la sociedad de gananciales.

Cuarta.—También informa el recurrente que el embargo quedó trabado en 24 de noviembre de 1986 y que la esposa fue notificada de él a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario en 15 de enero de 1987.

Quinta.—La finca a que se refiere el mandamiento de embargo consta inscrita —según informa el Registrador— en favor de la mujer por adjudicación en virtud de capitulaciones matrimoniales de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales con su esposo otorgadas en 18 de mayo de 1983 e inscritas en 2 de agosto siguiente.

2. Como no se presume hoy que las deudas contraídas sólo por el marido, o por la mujer, sean, además, deudas de la autoridad, ha de estimarse, a efectos del Registro, que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado en tanto no conste que la deuda es, además, deuda de la sociedad de gananciales.

3. Al no constar que de la deuda hayan de responder los bienes gananciales, rige el principio establecido en el artículo 1.373 del Código Civil: "Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias". Y si bien este mismo precepto prevé que el acreedor privativo puede pedir el embargo de bienes gananciales concretos, no cabe, para conseguir, una vez disuelta la sociedad de gananciales, el embargo directo de un bien ganancial concreto, invocar el principio según el cual "la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros" (art. 1.317 del Código Civil), pues los acreedores privativos del marido no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos, según se razonó en la Resolución de 16 de febrero de 1987. Y si

cuando se procede contra un bien concreto, resulta del Registro que la sociedad de gananciales está disuelta y que el bien fue adjudicado a la mujer, lo único que les queda a los acreedores, si es que son puramente privativos del marido, en cuanto a ese bien, es la impugnación, si procede, de la participación, lo que, en su día, podrá provocar la correspondiente anotación preventiva de demanda.

4. Nos encontramos, pues, en el presente caso, con un mandamiento de embargo sobre finca que aparece inscrita a favor de una persona que, según el mismo mandamiento, no es la persona demandada como deudora. Procede, en consecuencia, la denegación en aplicación de los principios de tracto sucesivo y legitimación y, en particular, de las prescripciones establecidas en los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 140.1 del Reglamento Hipotecario.

Esta Dirección General ha acordado no estimar el recurso.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 18 de marzo de 1988.—El Director general, *Mariano Martín Rosado*.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Albacete.

COMENTARIO

Se recogen en este comentario conjunto dos resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que manifiestan la posición del Centro Directivo en lo que afecta al mandamiento de embargo sobre bienes gananciales presentados en el Registro de la Propiedad una vez consta en éste la disolución del régimen económico matrimonial y aparecen adjudicados dichos bienes al cónyuge que no aparece como demandado en el procedimiento correspondiente, así como en lo que toca a la calificación registral respecto de la naturaleza de la deuda contraída durante la vigencia de la sociedad de gananciales. En ambos casos, llega al Registro un mandamiento de embargo cuando la finca está inscrita en virtud de disolución de sociedad de gananciales y correspondiente adjudicación a favor del cónyuge no demandado y habiendo sido notificada la demanda al actual titular registral a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, pero la solución adoptada es distinta en un supuesto y en otro, pues en un caso se produce la traba y su notificación al cónyuge no deudor antes de la constancia en el Registro de la Propiedad de la adjudicación del bien que publica respecto de éste el cambio de régimen económico matrimonial, y en el segundo no: en aquél es posible la anotación de embargo no constando al Registrador que se haya producido con anterioridad al dicho embargo y notificación la indicación de la disolución de la sociedad de gananciales en el Registro Civil y en éste no. Todo ello considerando que estamos ante el embargo a que se refiere el artículo 1.373 del Código Civil, al tratarse de deudas particulares de un cónyuge y de las que, en consecuencia, no debe responder la sociedad de gananciales, pues en ambos supuestos se señala que no constando en el mandamiento que la deuda sea de aquellas de las que han de responder los bienes gananciales, ha de reputarse como privativa del cónyuge deudor. Practicado el embargo con anterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, publicándose en el Registro de la Propiedad una titularidad derivada de la liquidación de dicha sociedad, no puede decirse que el cónyuge no deudor sea tercero a los efectos de los artículos 20 y 38.3 de la Ley Hipotecaria y, en consecuencia, debe afectarle un embargo

que le fue notificado y que podía practicarse en el momento en que se llevó a cabo conforme al artículo 1.373 del Código Civil. Son, pues, tres los órdenes a que estas resoluciones afectan: el sustantivo, referido a las clases de deudas que pueden contraerse por los cónyuges durante la vigencia de la sociedad de gananciales y la responsabilidad que las mismas acarreen, así como a la validez material del embargo de bienes gananciales a consecuencia de esas deudas; el registral, no sólo en cuanto afecta a la proyección de dicha traba en el Registro de la Propiedad y cuando las fincas están inscritas a favor del cónyuge no deudor, sino también en cuanto a la incidencia en esta materia de la publicidad del Registro Civil, y el procesal, en lo tocante a la determinación en su cauce adecuado de la naturaleza de la deuda que da lugar al embargo.

La primera de las cuestiones referidas nos obliga a considerar la posibilidad de embargar bienes de un solo cónyuge por liquidación de la sociedad de gananciales una vez disuelta ésta. Esta posibilidad está íntimamente vinculada a la cuestión del carácter de la deuda contraída antes de la disolución del régimen económico matrimonial. Es sabido lo que significó la Ley de 13 de mayo de 1981 en cuanto afectó al régimen de la sociedad de gananciales; en el campo que consideramos una proyección fundamental de ese cambio vino dada por la derogación de la presunción de ganancialidad de las deudas a que se refería el antiguo artículo 1.408 del Código Civil, en relación con las deudas contraídas por el marido vigente la sociedad de gananciales. Dicha presunción de ganancialidad planteaba el problema de la posible afección a la responsabilidad de las antedichas deudas de los bienes gananciales una vez disuelta la sociedad de gananciales conforme los artículos 1.317 y 1.438 del Código Civil en su redacción anterior. Es cierto que la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de 6 y 10 de noviembre de 1981, vino a denegar la anotación sobre fincas adjudicadas a la mujer, siendo la deuda del marido y respondiendo la sociedad de gananciales según el régimen anterior, pero lo hizo en base a principios puramente registrales, como son los del artículo 20 y 38.3 de la Ley Hipotecaria, sin plantearse el problema material de la posible responsabilidad de los bienes adjudicados a la mujer, que no cotrajo la deuda. Siempre refiriéndonos a deudas contraídas durante la vigencia del anterior régimen, la Resolución de 25 de abril de 1986 reconoció desde el plano material esa responsabilidad de los gananciales tras la adjudicación (dice el fundamento 5.º que “en todo caso los acreedores conservan sobre los bienes gananciales las mismas posibilidades que antes de la disolución”, si bien en el fundamento 7.º reitera que la demanda frente a un cónyuge, si se pretende que tenga efectividad frente a los bienes gananciales ya adjudicados al otro, debe ser dirigida contra los dos).

Veamos la situación tras la reforma introducida por la Ley de 13 de mayo de 1981.

A este respecto, podemos distinguir las clases de deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales y la responsabilidad que las mismas acarreen.

En principio, la responsabilidad del patrimonio ganancial se generará por el hecho de contraer la deuda los dos cónyuges conjuntamente o uno con el consentimiento expreso del otro —manifestación pasiva del régimen de administración conjunta— y también por la actuación de un solo cónyuge que por determinación legal pueda acarrear la responsabilidad del patrimonio ganancial —artículos 1.365, 1.366, 1.368, 1.386 y 1.389 del Código Civil—. En todos los demás casos en que se produzca la actuación de un solo cónyuge habrá de reputarse la deuda privativa o particular de éste. No hay en el régimen legal actual una

presunción de ganancialidad de las deudas como la que existía en el anterior en relación con las contraídas por el marido vigente la sociedad de gananciales, pero tampoco se recoge expresamente la posición contraria, esto es, que en todo caso se presume como privativa la deuda contraída por un cónyuge salvo que se pruebe que es de aquellas de las que deben responder los bienes gananciales. La doctrina sostiene en su mayoría que el sistema está basado en entender como de carácter particular del cónyuge deudor la deuda si otra cosa no consta en base a los siguientes preceptos y argumentos.

- El principio del artículo 71 del Código Civil según el cual ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida.
- El principio general de responsabilidad del deudor a que se refiere el artículo 1.911 del Código Civil.
- Los artículos 1.249 y 1.250- del Código Civil en sede de presunciones.
- El principio de cogestión y codisposición de los bienes gananciales del artículo 1.375 del Código Civil.
- La relación entre los antiguos artículos 1.407 y 1.408 del Código Civil, que recogía la presunción de ganancialidad activa, pero no pasiva, en las actuaciones de la mujer vigente la sociedad de gananciales, lo que refería el pasivo ganancial a la administración del activo y no a dicho activo —Ragel—.

Por contra, se ha defendido también la posición contraria, señalando que sería absurdo que respecto de los bienes o activo la presunción general sea de ganancialidad y respecto de las deudas o pasivo de los cónyuges la posición sea la contraria —Echevarría—, a lo que se ha objetado que se incurre en la confusión entre relación jurídica obligacional nacida de un contrato y la propiedad de la cosa que se adquiere en virtud de dicho contrato —Cámara—.

Veamos ahora la posición de la jurisprudencia registral en este punto desde la Resolución de 28 de marzo de 1983, que hace una aproximación al tema de las exigencias del artículo 144 del Reglamento Hipotecario en relación con las clases de obligaciones que pueden contraerse vigente la sociedad de gananciales hasta las más recientes que presumen el carácter privativo de la deuda contraída vigente el nuevo régimen mientras no se manifieste lo contrario.

La Resolución de 28 de marzo de 1983 distinguió en la línea antedicha tres tipos de obligaciones que pueden contraerse vigente la sociedad de gananciales: las obligaciones a que se refiere el artículo 1.367 del Código Civil, es decir, las contraídas por los dos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, las obligaciones a que se refiere el artículo 1.369 del Código Civil, es decir, aquellas que pueden hacerse efectivas sobre los bienes gananciales habiendo sido contraídas por un solo cónyuge y, finalmente, aquellas obligaciones particulares o propias de un solo cónyuge que pueden afectar al patrimonio ganancial en la medida establecida en el artículo 1.373 del Código Civil. Pues bien, en aquel caso, y estando vigente la sociedad de gananciales, el Centro Directivo no se decantó por considerar la deuda como del segundo o del tercer tipo señalado, puesto que notificada la esposa conforme al artículo 144 del Reglamento Hipotecario se consideró admisible la práctica del embargo con dicha notificación, ya que si se trataba de la deuda a que se refiere el artículo 1.369 del Código Civil, es decir, de las contraídas por un cónyuge que afectan al patrimonio ganancial para el Centro Directivo exigir la demanda contra el cónyuge no deudor, no guardaba armonía

con el carácter individual de la cualidad de deudor, cualquiera que fueran las masas patrimoniales que se hubieran podido sujetar a responsabilidad, y en el segundo supuesto porque el artículo 144.1.º, 2, del Reglamento Hipotecario, en armonía con el 1.373 del Código Civil, prevé la notificación al cónyuge no deudor cuando se trate del embargo de bienes gananciales por deudas privativas de un cónyuge a que se refiere dicho precepto. En cuanto a la naturaleza de la deuda, en la Resolución de 28 de octubre de 1987 y en otro caso de embargo conforme al artículo 1.373 del Código Civil y estando la finca en virtud de capitulaciones a nombre del cónyuge no deudor, la Dirección General presume ya el carácter privativo o particular de la deuda conforme a otras resoluciones anteriores del mismo año, pero se inclina por la suspensión de la posible anotación mientras no se acredite la ganancialidad de la misma para admitir la denegación en las Resoluciones de 6 y 12 de noviembre siguiente, de las que resulta que la tramitación previa a aquellos embargos no es procedimiento adecuado al efecto, criterio que se refleja también en las Resoluciones de 25 y 18 de marzo que comentamos, de lo que se infiere que la Dirección General impone el criterio de presunción del carácter privativo de la deuda sin que quepa desvirtuarlo dentro del juicio ejecutivo, al menos en la fase previa al embargo; la propia Dirección General funda dicha presunción en los siguientes principios: el principio de que las deudas de una persona no afectan a la otra, de acuerdo con el principio general de libertad y con las reglas de la responsabilidad (arts. 1.911 y 1.827 del Código Civil); el principio de coestión y codisposición de los bienes gananciales (art. 1.375 del Código Civil) y el principio de que no hay presunción legal si la Ley no la establece (arts. 1.250 y 1.251 del Código Civil) —Resolución de 24 de septiembre de 1987—. Si la deuda fuese ganancial, es decir, de aquellas de que han de responder los bienes gananciales y a las que se refiere los artículos 1.367 y 1.369 del Código Civil, la responsabilidad de los bienes adjudicados a los cónyuges viene recogida en los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil de una forma más explícita y clara que en el régimen anterior a la reforma, y a la cuestión de la posible anotación en tal caso se refiere a la Resolución de 28 de octubre de 1987, pero hemos de centrarnos ahora en el supuesto que tocan las dos resoluciones que comentamos, esto es, en el supuesto de deudas que se presuman privativas del cónyuge deudor y de las que responde el patrimonio ganancial en la medida que se deriva del artículo 1.373 del Código Civil.

En el caso de deudas particulares de un cónyuge que no son a la vez de la sociedad de gananciales, disuelta la sociedad no es posible, conforme al repetido artículo 1.373 del Código Civil, el embargo de bienes gananciales. Pero en este punto ha de tenerse en cuenta el juego del Registro Civil en cuanto a la eficacia en cuanto a terceros de dicha disolución; sabemos que el Registro Civil publica hechos referidos al estado civil de las personas; la Ley de 8 de junio de 1957 estableció un sistema de publicidad del régimen económico matrimonial en su artículo 77, al que se refería el antiguo artículo 1.322 del Código Civil y hoy el artículo 1.333 del mismo cuerpo legal. Dicha publicación no se configuraba como obligatoria, ni seguía el criterio de la publicidad del Registro Civil, cuyos efectos conforme al artículo 2 de la Ley de Registro Civil son de carácter probatorio.

El Registro Civil articulaba así un imperfecto sistema de publicidad del régimen económico matrimonial, puesto que se refería sólo al pactado y además habría que contar con las dificultades de su consulta al tener que acudir en cada caso al correspondiente folio de inscripción de matrimonio; y articulaba este sistema con unos efectos distintos de los típicos de los demás asientos del Regis-

tro Civil, puesto que la indicación del régimen económico matrimonial tendría ahora incidencia en cuanto a los efectos frente a terceros de buena fe de dicho régimen económico matrimonial; el efecto era así negativo: lo no inscrito no podría oponerse a terceros de buena fe. Sin perjuicio de ello, en el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil, tras la reforma implantada en el Real Decreto de 29 de agosto de 1986, se establece que en las inscripciones que en cualquier otro Registro produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará al Registro Civil tomo y folio en que conste inscrito o indicado el hecho, lo que responde, sin duda, a un afán coordinador de los Registros Públicos y también, quizá, a una acentuación del carácter probatorio del Registro Civil, pero que no nos debe hacer olvidar las especiales peculiaridades de la indicación del régimen económico matrimonial en cuanto a sus efectos frente a terceros a que se refiere el artículo 77 de la Ley de Registro Civil, sin perjuicio todo ello de que la antedicha indicación siga configurándose como facultativa (ver art. 266, párrafo segundo del Reglamento del Registro Civil—. De esta forma la posibilidad sustantiva del embargo a que se refiere el artículo 1.373 del Código Civil depende de que frente a terceros de buena fe no se haya producido la disolución del régimen económico matrimonial mediante la adecuada publicidad. Así dice el artículo 77.2 de la Ley de Registro Civil: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.322 del Código Civil (antigua redacción), en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de dicha indicación", y el artículo 1.392 del Código Civil dice en su número cuarto que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho "cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código".

Veamos la articulación del sistema en su conexión con el Registro de la Propiedad y los principios hipotecarios a la luz de las dos resoluciones que comentamos.

Partimos, pues, de la premisa de deudas privativas o particulares de un cónyuge que pueden acarrear la responsabilidad de bienes gananciales concretos a falta de privativos —circunstancia que por lo demás no cabe calificar al Registrador a la vista de los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario—.

En la posición de la Dirección General parecen superponerse, a la vista de las dos Resoluciones que comentamos, dos momentos a tener en cuenta para la posible práctica de anotaciones preventivas de embargo sobre bienes inscritos a favor del cónyuge no deudor como consecuencia de la liquidación del patrimonio ganancial. En ambos momentos será fecha determinada la de la práctica del embargo y notificación al cónyuge no deudor —así se deduce del fundamento 1.º de la Resolución de 25 de marzo y del mismo fundamento de la de 18 de marzo—. En ambos casos el Centro Directivo se refiere expresamente como fecha de referencia a la de la notificación al cónyuge no deudor y actual titular de los bienes según el Registro, en concordancia con el artículo 1.373 del Código Civil ("el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales que será inmediatamente notificado al otro cónyuge, y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla") y en concordancia también con la fecha de la diligencia del embargo como determinante de conformidad con las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de septiembre de 1988 y 22 de julio de 1989. Esa será, pues, la primera referencia a la que remitir la posibilidad material

y registral del embargo; aquélla en conexión con el hecho de que la sociedad de gananciales esté vigente respecto de terceros (esto es, que no conste la indicación del nuevo régimen en el Registro Civil); ésta en conexión con la no constancia en el Registro de la Propiedad de una titularidad privativa derivada de la disolución del régimen de sociedad de gananciales que se publica en concreto respecto del bien a que el mandamiento se refiere (presunción del art. 38 de la Ley Hipotecaria de que los derechos reales existen y pertenecen a su titular en la forma que se determina en el asiento, presunción a todos los efectos legales). Desde el plano sustantivo, la postura reseñada se refleja en base a los repetidos artículos 1.373 del Código Civil y 77.2 de la Ley de Registro Civil en los fundamentos 2.º, 3.º y 4.º de la Resolución de 25 de marzo. No constando al Registrador que la indicación en el Registro Civil expresada exista con anterioridad a la práctica del embargo y la notificación, la anotación será posible siempre y cuando no conste en el mismo Registro de la Propiedad la disolución del régimen económico matrimonial y la adjudicación de la finca embargada al cónyuge no deudor como se desprende de la Resolución de 18 de marzo, que en su fundamento 3.º dice: “Y si cuando se procede contra un bien concreto resulta del Registro que la sociedad de gananciales está disuelta y que el bien fue adjudicado a la mujer, lo único que queda a los acreedores, si es que son puramente privativos del marido en cuanto a ese bien, es la impugnación si procede de la partición de lo que en su día podrá provocar la correspondiente anotación preventiva de demanda”. De esta forma quedarían combinados los efectos frente a tercero del Registro Civil y el Registro de la Propiedad (así el art. 1.333, referido a las capitulaciones, dice que si éstas afectaran a inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria, y el artículo 77 de la Ley de Registro Civil salva en su párrafo 2.º lo dispuesto en el artículo 1.322 —hoy 1.333 del Código Civil—; así la Resolución de 25 de marzo, en su fundamento 3.º, dice que el momento decisivo a tomar en consideración es el de la fecha de la indicación en el Registro Civil y el fundamento 4.º se refiere también a la publicidad individualizada del cambio de régimen económico en el folio particular abierto al bien concreto en el Registro de la Propiedad. De esta resolución parece derivarse que no resultando del Registro ni acreditándose al Registrador que al trabarse el embargo y notificarse al cónyuge no deudor se ha practicado la correspondiente indicación en el Registro Civil, el Registrador si no hay otros obstáculos debe practicar la anotación. Al respecto podría decirse que nos encontramos ante un documento judicial de forma que la calificación ha de extenderse a lo referido en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. La validez del acto dispositivo (o de gravamen en este caso) no es objeto de calificación sino en la medida en que surjan obstáculos registrales de forma que sólo si del Registro resulta que la finca es privativa con eficacia frente a tercero en el momento del embargo y la notificación surge el obstáculo registral. ¿Qué ocurre entonces respecto de la incidencia del Registro Civil en este campo? En ningún precepto está prevista la obligatoriedad de la constancia de la fecha de la indicación de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil en la inscripción que se practique como consecuencia de las mismas en el Registro de la Propiedad, por ello nunca podría surgir el obstáculo registral que impidiera la práctica de la anotación en los términos indicados salvo que el Registrador de oficio y valiéndose de un precepto cuya finalidad es otra mucho más genérica —art. 266 del Reglamento del Registro Civil— haga constar cuando le sea posible dicha fecha. Ahora bien, si lo que se pretende es una adecuada combinación de los Registros Públicos —y el art. 266 antedicho es evidentemente un paso en este sentido—, llevar

a sus últimas consecuencias y a todos los efectos esa coordinación implica dar a conocer al Registrador de la Propiedad los datos que a él interesan en cuanto afectan —o pueden afectar— a titularidades inmobiliarias, y ese primer paso del artículo 266 del Reglamento Hipotecario podría completarse con la calificación tendente a suspender la anotación en tanto no conste que el embargo y la notificación son anteriores a la antedicha indicación, posición que sería extensible a todo supuesto —anterior y posterior a la reforma del Reglamento del Registro Civil—, pues, en definitiva, dicho precepto no supone nada nuevo en cuanto a la eficacia del embargo en lo que toca a la publicidad del Registro Civil y sólo pretende que concurren las dos publicidades a que se refiere el artículo 1.333 del Código Civil. Por lo demás, estas dos resoluciones y otras presuponen la constancia de un elemento nuevo que con frecuencia no consta en el mandamiento —fechas del embargo y la notificación y cuya constancia en estos supuestos es necesaria para la adecuada aplicación de los principios de legitimación y tracto sucesivo (quizá eso explica la actuación del Centro Directivo al solicitar para mejor proveer la fecha de la traba del embargo, al tratarse de un elemento que ahora se configura como necesario para la inscripción por el Centro Directivo, pero que no lo era para el Registrador al calificar, ya que en nada habría modificado su calificación). Y es que el Centro Directivo admite para los supuestos que consideramos que el tracto sucesivo no se rompe si en el momento del embargo y la notificación el cónyuge del deudor no es titular de la finca embargada, existiendo en tal supuesto una mera modalización; la Dirección General pone aquí en conexión principios sustantivos y procesales con la esfera registral. Demandado el cónyuge deudor y respondiendo los bienes gananciales antes de la disolución de la sociedad, el cónyuge no deudor no es tercero y su titularidad registral pública una procedencia de la adquisición que no es incompatible ni en cuanto a la prioridad ni en cuanto al tracto con el embargo que se llevó a cabo con anterioridad a la inscripción de su derecho; se trata de una interpretación del tracto sucesivo que acerca siempre que se hayan cumplido ciertas garantías —notificación al cónyuge no deudor prevista en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario con anterioridad a la inscripción de su titularidad privativa—, el concepto de persona demandada al de persona titular de un patrimonio responsable en sede de gananciales de manera que la persona distinta de aquella contara la que se decretó el embargo o se sigue el procedimiento ha de entenderse como la persona que no debe soportar el embargo de un bien ganancial por haber perdido dicha condición el bien frente a terceros y tomando como referencia la práctica del embargo y su notificación. Así dice la Resolución de 25 de marzo: "Como se desprende de la misma inscripción, la mujer es propietaria del bien en virtud de adjudicación en la partición de gananciales a consecuencia de una disolución de la misma que, por falta de la adecuada publicidad —bien en el Registro Civil, bien en el propio Registro de la Propiedad en cuanto al bien en concreto—, no puede menoscabar las facultades de los acreedores ejercitadas en tiempo anterior. Así pues, el Registro proclama un derecho y una titularidad —esto es, dominio derivado de disolución de sociedad de gananciales que puede estar afectado por un embargo llevado a cabo en tiempo anterior y conocido del titular conforme al artículo 1.373 del Código Civil y 144 del Reglamento Hipotecario— que por recaer sobre bienes gananciales —en el momento que la responsabilidad se hace valer son perfectamente compatibles en cuanto al tracto con el embargo acordado por la autoridad judicial— en un momento en que la mujer —cónyuge no deudor en este caso— en cuanto miembro de la sociedad de gananciales vigente respecto de terceros —nueva referencia a la publicidad—, habrá

de soportarlo siempre que por demás se cumplan los requisitos previstos por los artículos 1.373 del Código Civil y 144 del Reglamento Hipotecario.”

En definitiva, la posición del Centro Directivo en este campo ha cambiado sustancialmente respecto de las citadas resoluciones de noviembre de 1981 en varios aspectos. Si antes la denegación respondía a la aplicación de los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo y no se abordaba la posibilidad material del embargo disuelta la sociedad de gananciales, ahora se relativizan o modalizan aquellos principios y se da a la diligencia de embargo una significación determinante para la aplicación de los mismos, se aborda la posibilidad material del embargo en conexión con los principios registrales, y en este punto se produce un primer acercamiento a la publicidad del Registro Civil en relación con las capitulaciones matrimoniales.

En la perspectiva del Derecho procesal, y en cuanto a la posibilidad de desvirtuar la presunción de que no constando que la deuda reclamada al cónyuge deudor sea además de la sociedad de gananciales ha de entenderse como privativa o particular de aquél, el Centro Directivo, ajustándose al caso concreto —juicio ejecutivo— en cuanto a la congruencia del mandato y procedimiento conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario, dice en la Resolución de 25 de marzo que “la tramitación previa a este embargo no es procedimiento adecuado al efecto” (tramitación previa que comprende demanda acompañada de título ejecutivo, despacho de la ejecución sin escuchar al deudor o denegación de ese despacho, requerimiento del pago y, a falta de este, embargo). Pero aun dentro del procedimiento ejecutivo y dados los tasados motivos de oposición que en él se admiten es difícil pensar que pueda plantearse en el mismo la cuestión de la naturaleza de la deuda según la posición mayoritaria que parece entender el juicio declarativo como procedimiento adecuado al efecto. Al respecto habla la Resolución de 28 de octubre de 1987 de “que la sentencia dictada en el procedimiento adecuado declare de forma indubitada la responsabilidad directa de los gananciales”.

J. S. R. S.

CUANDO SE DIVIDE UN EDIFICIO COMUN Y NO VIVIENDAS AISLADAS; SIENDO UN OBJETO JURIDICO UNICO QUE NO SE DESINTEGRA, NO ES PRECISO NOTIFICAR A LOS INQUILINOS EN CONSIDERACION AL APARTADO 3.º DEL ARTICULO 47 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (RESOLUCIÓN DE 17 DE ENERO DE 1989).

Hechos.—I. El día 18 de noviembre de 1986, don José Manuel y don Antonio Monzón Surroca y la esposa de este último, doña María Dolores Álvarez Rivero, otorgaron escritura pública ante el Notario de Las Palmas don Joaquín Sapena Davo, por la que extinguieron el condominio existente sobre ocho fincas urbanas de las que en régimen de propiedad horizontal y correspondientes a diversos edificios eran dueños, por mitades indivisas, el primero con carácter privativo, y los segundos con carácter ganancial, y se adjudicaron cuatro fincas cada uno en pleno dominio. En el apartado I de la exposición de dicha escritura se dice: “Las fincas descritas, excepto la primera que está ocupada por don José Manuel Monzón Surroca, están arrendadas a diferentes personas, cuyos arrendamientos han sido constituidos con posterioridad al nacimiento de la comunidad que ahora se extingue”.

II. Presentada primera copia de la referida escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de Las Palmas, fue calificada con la siguiente nota: "Suspendida la inscripción de la extinción de condominio a que se refiere el documento que precede, en cuanto a las fincas 3 y 4, únicas viviendas pertenecientes a la demarcación de este Registro, por no constar, conforme al artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con el 47, párrafo tercero, y 48 de la misma Ley, la notificación fehaciente al arrendatario, ni resultar del título presentado coincidencia con las circunstancias contempladas por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 18 de abril de 1986. No se solicita anotación preventiva por defecto subsanable.—Las Palmas de Gran Canaria, 21 de julio de 1987.—El Registrador.—Firmado: Javier Stampa Piñeiro."

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que para plantear más claramente el presente recurso procede tratar por separado los dos motivos de la nota de calificación, por los que se suspende la inscripción de la escritura, considerándose mejor empezar por el segundo de ellos. Que de este segundo motivo se desprende, por una parte, la aceptación por el Registrador del criterio sostenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 18 de abril de 1986, y, por otra, la posible falta de unas circunstancias coincidentes entre el supuesto de hecho de la citada Resolución y el que motiva el presente recurso. Si se demuestra la existencia de unas circunstancias coincidentes, todo el problema planteado debe quedar resuelto, siendo aplicable el criterio sostenido por el Centro Directivo en la citada Resolución y que consiste en negar el derecho de adquisición preferente al arrendatario cuando se trata de una división de comunidad constituida antes de la celebración del contrato de arrendamiento. Las circunstancias que demuestran la coincidencia de supuestos son las siguientes: a) Existencia de una comunidad. La comunidad resulta de la titularidad dominical en proindivisión de los otorgantes sobre las fincas descritas en la escritura, sobre todas y cada una de las fincas que a los comuneros pertenecen por mitad y *pro indiviso*, así pues, nace una comunidad que está por encima de cada uno de los bienes, nace un patrimonio colectivo que llega a la categoría de unidad patrimonial y que encaja en la comunidad que trasciende de la mera copropiedad. Esa comunidad supone una unidad patrimonial existente mientras que lo deseen los comuneros y forman parte de la misma los bienes que éstos generan: por ello, desde que los comuneros dicen que disuelven la comunidad están extinguiendo esa unidad patrimonial que libremente han creado; b) arrendamientos sujetos a la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos y posteriores a la comunidad que en la escritura se disuelve. De nuevo la coincidencia se da en este punto. El hecho de que los arrendamientos son posteriores a la comunidad, resulta de la simple manifestación de los comuneros que disuelven, parece suficiente; y c) comuneros que disuelven la comunidad adjudicándose en pleno dominio los distintos inmuebles que las integran. Por el hecho de que unos comuneros disuelvan una comunidad previa a los arrendamientos, no se está privando de ningún derecho de adquisición preferente a los arrendatarios al no notificarles tal disolución, ya que los distintos arrendatarios difícilmente pueden subrogarse en las posiciones de los comuneros que disuelven la comunidad, destacándose en este punto el fundamento de derecho número 5 de la citada Resolución. Que si las circunstancias son las mismas, resultaría innecesario entrar en el primer motivo alegado por el Registrador de la Propiedad para suspender la inscripción, ya que es el mismo que se alegó por el Registrador de la

Propiedad de Murcia y que dio lugar a la referida Resolución de 18 de abril de 1986; pero no obstante parece aconsejable tratar detenidamente dos puntos de dicha Resolución: 1.º La disolución de la comunidad. Hay que resaltar que tanto en el supuesto de hecho de la Resolución como en el de la escritura calificada hay una titularidad dominical en proindivisión, hay una unidad patrimonial en comunidad que convive con el patrimonio de cada comunero, entrecruzándose, como es lógico. Tal unidad patrimonial es una calificación adjetiva de la comunidad, de ahí que toda disolución de comunidad suponga la de una unidad patrimonial. Es cierto que ello puede suponer un fraude a los derechos de los arrendatarios, pero que sean necesarios criterios objetivos para hablar de cuando hay fraude y cuando no, también lo es. Esto nos hace entrar en el segundo punto; y 2. La necesaria interpretación restrictiva de los derechos de adquisición preferente que a favor de los arrendatarios se reconocen en la Ley de Arrendamientos Urbanos. La Resolución de 18 de abril de 1986 aboga por una interpretación restrictiva de los derechos de adquisición preferentes que se reconocen a favor del arrendatario que nazcan como consecuencia de la operación prevista en el párrafo tercero del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: a) Porque no hay enajenación en la disolución de la comunidad, sino concreción de los derechos que a los comuneros pertenecen; b) por el alcance restrictivo que impera en el Decreto-ley de 8 de febrero de 1952, y c) por la difícil conciliación del artículo 47 con el artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Así pues, con la interpretación que se da a la tan reiterada Resolución, además de lograr la necesaria interpretación restrictiva de los tanteos y retractos de los arrendatarios, se logra una conciliación adecuada entre los artículos 47, párrafo tercero, y 50 de la Ley citada, que confiere preferencia al tanteo y retracto de comuneros frente al arrendatario. Que, en resumen, la tesis que se mantiene es que el supuesto de hecho contemplado en la escritura, cuya inscripción se ha suspendido, es el mismo que el de la Resolución citada por el Registrador en la nota de calificación y, por tanto, no ha lugar a la notificación al arrendatario que ordena el artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (*sic*).

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó que no se discute la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de abril de 1986, sino la falta de aplicación de la misma al caso que nos ocupa. 1.º Doctrina de la Resolución citada.—Que se puede resumir mediante el siguiente análisis: a) Hay una agrupación de bienes afecta a una actividad dinámica que persigue la obtención de un lucro común partible (fundamento primero de la Resolución); b) Esta situación de bienes en proindivisión que "forman parte de una actividad empresarial realizada en común por los copropietarios da lugar a una comunidad especial de bienes, sin personalidad jurídica, pero que trasciende de la mera copropiedad y matiza la cuestión (fundamento de derecho segundo). Esta matización se explica en el sexto fundamento de derecho. Surge una unidad patrimonial integrada por una pluralidad de elementos que en su transmisión se configuran como un todo, nace un objeto que no es nuevo pero sí único; c) El negocio divisorio cumple con la función de acabar con la interdependencia patrimonial. Recae sobre un patrimonio solo que, al menos, en su transmisión se aísla del patrimonio personal de cada titular. El consentimiento de los titulares se presta por y para eso, cesar en el negocio, liquidarlo. Este negocio tiene su antecedente en el anterior de comunicación de bienes afectos a la actividad empresarial. Por eso, al contemplarse el mecanismo completo de constitución-disolución, a que se refiere el quinto fundamento de derecho, resulta improcedente el retracto, y d) aunque el artículo 47.3.º de la Ley

de Arrendamientos Urbanos tiene como fundamento evitar el fraude, el Registrador no puede apoyar su calificación en este dato, tal como señala el fundamento de derecho cuarto de la Resolución. 2.º Supuesto presente. *a)* No se da la existencia de un conjunto de bienes organizados para el cumplimiento de un fin, sino una mera situación de proindivisión estática sin más finalidad que la del aprovechamiento y administración de cada uno de los bienes; *b)* por ello falta en esta proindivisión el plus que señala el Centro Directivo, resumido en el apartado *b)* del epígrafe anterior, y *c)* el negocio de disolución del caso contemplado no recae sobre patrimonio único, habiendo tantos negocios como inmuebles, decayendo el paralelismo entre este supuesto y el estudiado por el fundamento de derecho sexto de la Resolución. 3.º Escrito del recurso presente.—Que de la situación de mera proindivisión ordinaria no puede predicarse el nacimiento automático de una comunidad que esté por encima de cada uno de los bienes, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1925, no hay más diferencia entre propiedad y copropiedad que la accidental concurrencia de varios sujetos en la titularidad dominical, y en este mismo sentido, cabe señalar las Sentencias de 21 de noviembre de 1929 y 4 de febrero de 1957, entre otras. Que menos aún puede decirse que la proindivisión ordinaria dé lugar a un patrimonio colectivo, que se caracteriza por la existencia de una titularidad colectiva (no simplemente pluripersonal) que administra y dispone del patrimonio único. En la simple proindivisión romana la pluralidad de sujetos ostenta su titularidad sobre cada derecho, que no se integra en un patrimonio único. Por ello, las diferencias entre el caso de la Resolución y el presente nos parecen insalvables. Aquella contempla un caso de figura intermedia entre la comunidad ordinaria y la persona jurídica; un *tertium genus* próximo a la sociedad de hecho o a una comunidad creada como medio para desarrollar una actividad empresarial. En el caso presente sólo vemos una proindivisión ordinaria, sin que quepa presumir actividad empresarial. Que conforme al artículo 1.287 del Código Civil, el uso o la costumbre nos llevan a pensar que en todos aquellos casos en que se trata de llevar a cabo en común la explotación de un negocio mercantil o industrial, lo adecuado y usual es que existe un contrato de sociedad. Sería una generalización excesiva la de suponer en la mera proindivisión características propias de otra figuras. 4.º Conclusiones.—Que la Resolución contempla el mecanismo de constitución-disolución de una comunidad diferente de la que existe en el caso contemplado, siendo aplicable a éste el artículo 47.3.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Que el fraude no puede ser contemplado por el Registrador. Que para comprobar, en términos objetivos, si hay o no elusión del tanteo y retracto habrá que atender al negocio de origen o antecedente de disolución. Que por sí solo el elemento temporal, probado por el juego de documentos de fecha fehaciente anterior al arrendamiento, no se considera que sirva para excluir la aplicación del citado artículo 47.3.º, pues ese dato no excluye el fraude por sí mismo. En cualquier caso, lo que ha de calificar al Registrador es la imposibilidad de la intención fraudulenta de las partes deducidas del negocio. Que como el negocio es determinante y la imposibilidad referida, a su vez, se determina por el tipo de comunidad constituida, ésta será la clave definitiva. Que en el caso presente, no hay más que una proindivisión que cae de lleno en el ámbito del artículo 47.3.º, pues, de otro modo, dicho artículo quedaría derogado por vía de interpretación sólo admisible para casos concretos. Que en cuanto a los razonamientos del señor Notario sobre la conciliación de los artículos 47.3.º y 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, discurren por un cauce más propio de ámbitos interpretativos de la Ley que de aplicación de ésta. En cuanto a la

colisión de retractos parece que el artículo 50 está pensado para cuando se enajena una cuota a un extraño, y el artículo 47 para cuando se disuelve la comunidad.

V. El Presidente de la Audiencia Territorial de Las Palmas confirmó la nota del Registrador fundándose en que la doctrina de la Resolución de 18 de abril de 1986 no puede ser trasladada al supuesto contemplado, ya que no aparece la actividad empresarial que dé unidad al patrimonio de los condóminos, proyectándose sobre las fincas en cuestión; por el contrario, la escritura revela que las fincas son integrantes de propiedad horizontal ubicadas en edificios diversos y que fueron promovidas por entidades o personas físicas diversas de los hermanos adquirentes, y en que por ello la comunidad debe ser calificada de ordinaria y su disolución caer totalmente dentro de las previsiones del artículo 47.3.º, en relación con los artículos 48 y 55, de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió que no es necesaria la unidad empresarial para dar unidad a los patrimonios, lo esencial es que exista una unidad patrimonial y ésta resulta acreditada por el mero hecho de que los comuneros quieren poner fin a la misma. Que se considera totalmente accidental si las fincas son o no integrantes de una misma propiedad horizontal, lo esencial es que todas y cada una de ellas pertenezcan en comunidad a los mismos comuneros que disuelven, formando así una unidad patrimonial. Que es cierto que en el presente recurso nos enfrentamos con un supuesto de comunidad ordinaria, de unidad patrimonial que se disuelve sin más. En el mismo auto se reconoce que estamos ante una comunidad que ha nacido antes que los arrendamientos, siendo esto la base fundamental que permite aplicar el mismo criterio que la Resolución de 18 de abril de 1986. Que con el criterio sostenido por el Centro Directivo en dicha Resolución se da su justo sentido a los derechos de adquisición preferente al arrendatario en los supuestos de disolución de comunidad, reconociéndole tal derecho cuando la comunidad es posterior al arrendamiento, pues aquí la constitución y disolución de la comunidad sí puede operar como mecanismo para enervar los derechos del arrendatario, mas no en el caso contrario, donde los comuneros verían limitadas las posibilidades de arrendar los bienes que ya les pertenecen, dado que al extinguir la comunidad se les antepondría al arrendatario.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 400 a 406 del Código Civil; 47 y 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1956, 8 de abril de 1959, 12 de noviembre de 1960, 20 de enero y 16 y 30 de julio de 1962, 12 de marzo de 1963, 30 de marzo de 1964, 27 de abril de 1966, 7 de julio de 1968, 15 de junio de 1974, 4 de febrero de 1975 y 5 de enero de 1981, y las Resoluciones de 30 de enero y 13 de febrero de 1980, 21 de septiembre de 1983 y 18 de abril de 1986.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso concurren los siguientes elementos definidores:

Cada una de las ocho fincas, en régimen de propiedad horizontal, correspondientes a edificios diversos, pertenecen por mitades indivisas a dos hermanos —a uno de ellos con carácter ganancial—.

En la escritura calificada se disuelve ese condominio adjudicando a cada uno de los interesados cuatro fincas en pleno dominio.

Dos de ellas están destinadas a viviendas, manifestando los otorgantes que se hallan arrendadas a diferentes personas, pero que los arrendamientos son posteriores al nacimiento de la comunidad que ahora se extingue.

El Registrador suspende la inscripción de la extinción de condominio y consiguientes adjudicaciones respecto de esas dos viviendas por no constar la notificación fehaciente al arrendatario, ni cumplirse los requisitos señalados en la Resolución de esta Dirección General de 18 de abril de 1986.

2. La Resolución del presente recurso exige la previa determinación de si en la hipótesis planteada tiene lugar o no el retracto arrendaticio, cuestión que dista de ser sencilla por cuanto la normativa al respecto (arts. 47 y 50 LAU) carece de la precisión que sería de desear e incide en aparente contradicción. Efectivamente, del tenor literal del artículo 47.3.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos —“de igual derecho goza el inquilino en caso de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común”— parece desprenderse que toda hipótesis de disolución de condominio mediante adjudicación de vivienda estará sujeta al retracto arrendaticio, cualquiera que fuere el objeto de la comunidad extinguida. En cambio, del artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos resulta de manera indubitada la existencia de un supuesto de disolución en el que no juega el retracto arrendaticio, cual es el de disolución de la comunidad recayente sobre una sola vivienda o local de negocio arrendado que tiene lugar mediante su adjudicación a uno de los condueños, quien deberá indemnizar a los demás (art. 400 CC); si transmitiéndose a un extraño una cuota indivisa de la vivienda común arrendada, el otro copropietario puede retraerla con preferencia al inquilino, es evidente que cuando dicha cuota se transmite directamente, por cualquier título, al otro copropietario, el arrendatario no podrá oponer retracto alguno. Esta solución se proclama, además, con independencia de la relación temporal entre la constitución del arrendamiento y el surgimiento de la situación de indivisión, lo que resulta plenamente congruente si se tiene en cuenta que al tiempo del nacimiento de la comunidad y dependiendo del título que la motiva, pudo el inquilino evitarlo mediante el retracto, bien de las cuotas de las que se desprende el arrendador (art. 50 LAU), bien de la totalidad de la vivienda enajenada a varios (art. 47.1.º LAU).

3. No obstante lo anterior, la exigencia de interpretación sistemática de los textos legales, la consideración de sus precedentes legislativos y la valoración de su espíritu y finalidad (art. 3 CC), permiten rechazar tal contradicción. Por una parte, el antecedente del artículo 47.3.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos se halla en el Decreto-ley de 8 de febrero de 1952, en el que se justifica su introducción para prevenir el supuesto de transmisión unitaria y global de un edificio integrado por varias viviendas o locales de negocio arrendados en favor de una pluralidad de sujetos, que, posteriormente, disuelven la comunidad y se adjudican los pisos o locales independientes, por cuanto en la primera transmisión no procede el retracto arrendaticio sobre cada vivienda o local y las posteriores adjudicaciones no se contemplan como supuesto de aplicabilidad de tal derecho, consiguiéndose de ese modo por vía indirecta lo que no se podría alcanzar directamente.

Por otra, la consideración del último párrafo de este apartado tercero del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos indica claramente que la cosa común que se divide, en el supuesto contemplado, no son viviendas aisladas, sino

un objeto jurídico único —el precepto habla de división de una cosa— que se desintegra en diversas viviendas.

Si a ello se añade la improcedencia de la interpretación extensiva de las normas relativas a instituciones restrictivas y excepcionales, cual es el retracto (art. 4.2.º CC), habrá de concluirse en la diversidad de los supuestos contemplados en uno y otro preceptos, el de división del edificio común con adjudicación de viviendas a los copropietarios en el artículo 47.3.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos y el de división de las viviendas en común con adjudicación a un copropietario, en el artículo 50 del mismo texto legal.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el auto apelado y la nota del Registrador en los términos que derivan de los anteriores fundamentos de derecho.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 17 de enero de 1989.—El Director general, *José Cándido Paz-Ares Rodríguez*.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Las Palmas.

COMENTARIO

La doctrina que emana de esta Resolución enlaza directamente con la que estableció la DGRN el 18 de abril de 1986, que es aceptada expresamente por las partes.

Ya entonces la Dirección General partió de una interpretación muy restrictiva del artículo 47.3.º de la LAU, cuyo juego era evitar el fraude de los derechos del inquilino, considerando que en los casos de una disolución de comunidad, adjudicando pisos construidos en régimen de propiedad horizontal no sería necesaria la notificación a los inquilinos para inscribir dichas adjudicaciones. Presupuestos de dicha doctrina eran: que la comunidad constituida formaba una unidad patrimonial, la existencia de unos arrendamientos sujetos a la LAU y posterior a la comunidad y disolución de dicha comunidad adjudicándose a los copropietarios el pleno dominio de los distintos inmuebles que la integran.

Ahora, con la nueva Resolución, quizá podamos avanzar un paso más y suministrar criterios más objetivos para determinar, estrechándolo, el ámbito de aplicación del artículo 47.3.º de la LAU. Ello se haría necesario porque elementos como el fraude, la constitución temporal del arrendamiento o la especial naturaleza de una comunidad de bienes no parecen entrar dentro del ámbito de la calificación registral.

El problema se centra en la difícil armonización de los artículos 47.3.º y 50 de la LAU.

En efecto, del tenor literal del artículo 47.3.º LAU (“de igual derecho goza el inquilino en caso de adjudicación de viviendas como consecuencia de división de cosa común”), parece desprenderse una regla general que consideraría que en toda hipótesis de disolución de comunidad mediante adjudicación de vivienda habría lugar al retracto arrendaticio.

Así lo ha entendido parte de la doctrina que conciliaba este precepto con el artículo 50 LAU, que, como sabemos, concede preferencia sobre el arrendaticio

al retracto reconocido al condueño de la vivienda o local de negocio transmitido, considerando que el artículo 50 LAU era una excepción que sólo jugaba en caso de enajenación de una cuota indivisa a un extraño. Se trataría así de evitar una situación de indivisión, tradicionalmente perseguida por antieconómica por nuestro ordenamiento, que se reproduciría si el retracto arrendaticio fuese preferente al del comunero.

Sin embargo, siguiendo la doctrina de la Dirección General, considero que el juego de los artículos vistos es bien distinto.

De hecho, el artículo 47.3.º de la LAU es el que tiene un carácter excepcional, ya que la disolución de comunidad, en donde no hay propiamente transmisión, sino especificación de derechos y no puede jugar el mecanismo de la subrogación, no se acomode a la naturaleza del retracto. Por ello debemos limitar la aplicación de este artículo al supuesto que luego se dirá, y entendemos que el artículo 50 de la LAU juega no sólo cuando se enajena una cuota indivisa de la vivienda común a un extraño (art. 50 LAU, en relación con el art. 1.522 del CC), sino en general a la disolución de viviendas o locales en común con adjudicación a un copropietario. No olvidemos que ningún copropietario está obligado a permanecer en comunidad y puede pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común (art. 400 CC).

En estos casos si la cosa común se adjudica a uno de los condueños éste deberá compensar a los demás, y no hay lugar al retracto arrendaticio porque, como expresamente reconoce la Dirección, si transmitiéndose a un extraño el copropietario puede retraerla con preferencia al arrendatario, es evidente que cuando la cuota se transmite directamente al condueño, por disolverse la comunidad o por cualquier otro título, el arrendatario no puede oponer retracto alguno. Y ello con independencia de si el arrendamiento se constituyó antes o después de surgir la comunidad, si tenemos en cuenta que al tiempo del nacimiento de la comunidad, y dependiendo del título que la motiva, pudo el inquilino evitarlos mediante el retracto.

El artículo 47.3.º de la LAU se referiría al supuesto de "división" del edificio común con adjudicación de viviendas a los copropietarios.

Así se desprende del antecedente histórico del precepto, Decreto-ley de 8 de febrero de 1952, en donde se justificaba para evitar que mediante dicha operación quedasen defraudados los derechos de tanteo y retracto que correspondían al inquilino. Por ello cuando no hay lugar al fraude la norma exceptúa tal derecho —casos de adjudicaciones por herencia o legado o anteriores a 1 de enero de 1947—, y la jurisprudencia amplía dichas excepciones a los supuestos de donación, renta vitalicia y aportación a sociedad.

Esta restrictiva interpretación del 47.3.º de la LAU reconduce el mismo más al fenómeno de división que al de disolución. El propio precepto habla de división de una cosa, no de viviendas aisladas, sino de un objeto jurídico único que pasa a formar varias viviendas. Y es aquí donde entraría el fraude a través de un mecanismo de constitución-disolución por el cual alguien que no tenía ninguna relación con la vivienda se convierte en su dueño. Es aquí donde debemos encajar el artículo 47.3.º LAU. Aquí sí hay tanteo y retracto del arrendatario y, por tanto, necesidad de notificarle tales adjudicaciones. Y ello lo ha reconocido la Dirección General (Resoluciones de 21 y 22 de septiembre de 1983), aun en aquellos supuestos en que, disuelta la comunidad ordinaria de un edificio y transformada en propiedad horizontal, se adjudica el piso a un propietario junto a una cuota inseparable sobre el sótano, siendo ésta distinta de la que le corres-

ponde en los elementos comunes y, por tanto, sin existir absoluta coincidencia entre el inmueble adjudicado y el que el inquilino tenía arrendado.

J. M.^a M. S.

EL EFECTO DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER VOLUNTARIAS DEBE RESTRINGIRSE A UNA PURA EXCLUSIÓN DE LA FACULTAD DE DISPONER LIBRE Y VOLUNTARIAMENTE DEL DERECHO SOBRE EL QUE RECAEN Y, POR LO TANTO, LA PROHIBICIÓN INSCRITA NO IMPIDE LA INSCRIPCIÓN DE UNA ESCRITURA PÚBLICA DE VENTA DE AQUEL DERECHO OTORGADA COMO CONSECUENCIA DE LA ADJUDICACIÓN ALCANZADA EN JUICIO EJECUTIVO SEGUIDO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL AFECTADO (RESOLUCIÓN DE 22 DE FEBRERO DE 1989).

A) *Hechos.*—Doña Esther Capitán Hevia aceptó, con fecha de 21 de febrero de 1984, una letra de cambio por importe de 13.000.000 de pesetas, con vencimiento el día 20 de julio de 1984, de la que don Juan Ignacio Valdés de Murúa era tenedor como librador. Llegado el vencimiento de dicha cambial no fue hecha efectiva, siendo protestada por falta de pago en tiempo y forma. Promovido juicio ejecutivo número 1.267/1984, ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de los de Madrid, y admitida la demanda, el referido Juzgado despachó ejecución contra los bienes de la deudora por las cantidades reclamadas, declarándose en rebeldía. Con fecha de 1 de octubre de 1984 se dictó la correspondiente sentencia y resultó embargada, anotándose el embargo en el Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina el día 1 de febrero de 1985 una finca rústica denominada "El Pino", en el término de dicha ciudad, pasaje de Cahozos, propiedad de la demandada, que la adquirió por adjudicación realizada en 1966 en nuda propiedad y extinción de usufructo como consecuencia de la herencia de su abuelo, don Miguel Capitán Vela, en concepto de mejora, y poniendo el testador la condición de que la finca objeto de la misma no podrá ser enajenada en forma alguna por ningún concepto por doña Esther Capitán Hevia, hasta el fallecimiento de su hijo, don Félix Capitán Rodríguez ni aun por este mismo, y si éste falleciere, tampoco podrá ser enajenada hasta que la prenombrada nieta Esther cumpla veintiún años.

Seguido el procedimiento en fase de ejecución, y debidamente anunciada la subasta de la finca citada, quedaron desiertas las dos primeras de las celebradas y se adjudicó la misma en la tercera, que tuvo lugar el 21 de enero de 1986, al propio actor y recurrente, y previa notificación a la demandada, se aprobó el remate por providencia dictada el 8 de marzo de 1986 en el precio ofertado de 3.000.000 de pesetas, entendiéndose percibida dicha cantidad a cuenta y en parte del pago de las responsabilidades reclamadas. Requerida la deudora para el otorgamiento de la correspondiente escritura, sin que lo hiciere, el Juzgado, por providencia de 14 de abril de 1986, acordó el otorgamiento de oficio de la escritura de compraventa. El día 4 de junio de 1986, ante don José Vicente Izquierdo Santonja, Notario de Madrid, la ilustrísima señora doña Lourdes Ruiz de Godejuela y López, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 12 de los de Madrid, en nombre y rebeldía de doña Esther Capitán Hevia, otorgó la correspondiente escritura de compraventa a favor del recurrente don Juan Ignacio Valdés de Murúa.

B) *Calificación registral*.—Presentada primera copia de la citada escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de los de Talavera de la Reina fue calificada con la siguiente nota: “Suspendida la inscripción del precedente documento porque la finca que en el mismo se transmite aparece inscrita a favor de doña Esther María del Prado Capitán Hevia, por herencia; pero, según su inscripción tercera, finca 4.551, folio 214 del tomo 810, libro 130, Sección Primera de esta ciudad, “sujeta a la condición impuesta por el testador, don Miguel Capitán Vela, de que no podrá ser enajenada en forma alguna, por ningún concepto, mientras viva don Félix Capitán Rodríguez, ni aun por éste mismo”. No se acredita el fallecimiento de don Félix Capitán Rodríguez. No se toma anotación preventiva de suspensión porque no se ha solicitado.—Talavera de la Reina, 21 de agosto de 1986.—El Registrador.—Fdo.: Francisco Javier Llorente Vara.”

C) *Recurso*.—El Letrado don Juan Ignacio Valdés de Murúa interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que en el caso de este recurso no existe una enajenación contraria a una prohibición de enajenar, sino la adjudicación al recurrente por impago de una letra de cambio, lo que motivó la consiguiente ejecución, y al quedar desiertas las subastas, se adjudicó la finca al acreedor ejecutante, otorgándose posteriormente a su favor el correspondiente título de propiedad. Nos encontramos ante un acto forzoso y no voluntario; ante una adjudicación en pago y no una enajenación. El caso que nos ocupa es una enajenación forzosa en la que la voluntad del interesado se sustituye por la del Juez y, en consecuencia, no se infringe la prohibición de disponer que es exclusivamente un freno a la libre y voluntaria enajenación por el propietario; por otro lado, no puede deducirse de las actuaciones de la deudora ejecutada ningún ánimo de disponer o enajenar la finca embargada o ejecutada. Del artículo 145 del Reglamento Hipotecario se deduce que se refiere exclusivamente a los actos voluntarios de enajenación o disposición realizados por el titular y no a los ordenados u otorgados por autoridad judicial. Que la condición testamentaria de no enajenar impuesta a doña Esther Capitán Hevia mientras viva don Félix Capitán Rodríguez, debe calificarse de condición personal y no real y, consiguientemente, no debe perjudicar ni transmitirse a otras personas; más aún en el caso de este recurso, en el que la inscripción del título de propiedad de don Juan Ignacio Valdés de Murúa no puede nunca derivarse ningún daño ni perjuicio a terceros, salvo a la propia ejecutada. Que las prohibiciones de disponer o enajenar son limitaciones del derecho de la propiedad, que impiden el libre tráfico de los bienes y deben por ello interpretarse restrictivamente, sin que puedan constituir impedimentos absolutos que dejen sin efecto elementales principios, como es el de la responsabilidad patrimonial ilimitada establecida en el artículo 1.911 del Código Civil; por tanto, no puede entenderse que los bienes sujetos a prohibición de disponer constituyan un patrimonio separado. Además, la suspensión de la inscripción registral paraliza, en este caso concreto, el libre tráfico de los bienes, y no supone ningún beneficio para la señora Capitán Hevia. Y, por el contrario, se causan gravísimos perjuicios al recurrente y adjudicatario de la finca que, además de no haber percibido más que una pequeña parte de lo adeudado, no puede disponer de la misma hasta el fallecimiento del señor Capitán Rodríguez. Que, por último, don Félix Capitán Rodríguez sigue vivo, por lo que no es posible obviamente acreditar su fallecimiento.

D) *Informe del Registrador*.—El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó que el defecto que contiene el documento calificado es el de que, constando en el Registro la condición de no enajenar la finca mientras viva don

Félix Capitán Rodríguez, no se acredita el fallecimiento de éste, con independencia de que dicho fallecimiento se haya o no producido, pues esto a lo que daría lugar sería a que el defecto se pudiera o no subsanar. Que, como consecuencia de lo anterior, la inscripción se suspende hasta que subsane el defecto, lo que ha devenido imposible al resultar aquél insubsanable, y al haber transcurrido con exceso el plazo de la vigencia del asiento de presentación. Que se ha de considerar la condición de no poder enajenar como una verdadera prohibición, y no como una institución condicional al amparo de lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil y de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1976 que así lo consideró en un caso similar. Que en el orden civil el artículo 785.2.º del Código establece *a sensu contrario* que las disposiciones que contengan prohibición de enajenar temporal, dentro de los límites del artículo 781 de dicho texto legal, surtirán efecto. Que en el orden inmobiliario registral hay que tener en cuenta lo establecido en los artículos 1.º, párrafo 3.º, y 26.3.ª de la Ley Hipotecaria. Que el criterio anterior es el seguido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 13 de junio de 1933, 22 de junio de 1943, 21 de abril de 1949, 15 de enero de 1952, 5 de septiembre de 1974 y 23 de octubre de 1980. Que el artículo 145 del Reglamento Hipotecario, que cita el recurrente en su escrito, se refiere a las anotaciones preventivas del párrafo 2.º del artículo 26 de la Ley Hipotecaria y no a las del párrafo tercero, no siendo, por tanto, de aplicación al presente caso. Que, por todo lo anteriormente expuesto, hay que considerar que mientras aparezca inscrita una prohibición de enajenar y no sea declarada judicialmente su inexactitud o invalidez, ha de ser respetada, no pudiendo vulnerarse ni directa ni indirectamente.

E) *Informe de la Magistrada-Juez*.—La ilustrísima Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 12 de los de Madrid informó que la adquisición de la propiedad del inmueble de la demandada sin sujeción a condición ni término, determinó la incorporación del mismo a su patrimonio y, en consecuencia, al ámbito de la responsabilidad patrimonial universal que consagra el artículo 1.911 del Código Civil. Que la prohibición de enajenar se entiende que sólo debe afectar a aquellos actos de disposición voluntariamente realizados por quien aparece sujeta a ella; pero en modo alguno puede tener efectividad respecto de las enajenaciones forzosas por consecuencia de deudas contraídas por quien ostenta el pleno dominio del bien, pues ello supondría un modo de burlar los legítimos derechos de los acreedores al cobro de sus créditos y estaría en contradicción con el principio de responsabilidad universal por deudas que sanciona el artículo 1.911 del Código Civil. Que, además, no puede admitirse que la sola voluntad de un particular, sin razón aparente que lo justifique, deje sin efecto el principio constitucional de la tutela efectiva de los derechos, y al desconocimiento de tal principio podría conducirnos la tesis sostenida por el señor Registrador.

F) *Auto del Presidente de la Audiencia*.—El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en que la prohibición de disponer inscrita al amparo de lo previsto en el artículo 26.3.º de la Ley Hipotecaria, opera en la transmisión judicial de igual forma que en la transmisión voluntaria, y en la que es objeto de este recurso, ni el Juez puede transmitir derechos que no ostenta la persona por la que actúa, ni existe modificación del constante criterio que a este respecto mantiene la Dirección General de los Registros y del Notariado. En que, por otra parte, no puede estimarse que la

prohibición de enajenar se oponga al principio general de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil, sin perjuicio de tener en cuenta que la anotación preventiva de embargo practicada sobre la finca, cuya ejemplación judicial se suspende registralmente, garantiza el derecho del acreedor para el supuesto futuro de desaparición de la prohibición, mediante la conservación y traba del bien del deudor.

G) *Apelación*.—El Letrado recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió que el artículo 781 del Código Civil, mencionado por el señor Registrador en su informe, y en cuanto parece pieza clave para suspender la inscripción, se entiende no es aplicable en absoluto al supuesto contemplado, ya que la condición que figura en el testamento no se puede considerar como una sustitución fideicomisaria, por cuanto el heredero no está obligado a conservar y transmitir el bien heredado a un tercero, lo que evidencia, además, la falta de cualquier beneficiario que, por consiguiente, pudiera sufrir un perjuicio. Que, asimismo, no son aplicables al caso ninguna de las Resoluciones citadas por el Registrador, por cuanto en todas y cada una de ellas existe o bien una sustitución fideicomisaria o bien la propiedad compartida, en cuanto existen nudos propietarios y usufructuarios. Que, por último, se remite al informe de la ilustrísima Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 12 de los de Madrid.

H) *Resolución; fundamentos de Derecho*.—Vistos los artículos 785, 1.807 y 1.911 del Código Civil; 26 de la Ley Hipotecaria, y Resoluciones de 13 de julio de 1933, 21 de abril de 1949, 1 de septiembre de 1976, 23 de octubre de 1980 y 14 de julio de 1986.

1. En el presente recurso se suspende la inscripción de una escritura pública otorgada por el Juez en rebeldía del demandado, por la que se documenta la adjudicación alcanzada en juicio ejecutivo seguido contra la titular registral doña Esther, habida cuenta de que la finca ejecutada se halla sujeta a "la condición impuesta por el testador y abuelo (de quien aquélla hubo el bien por vía hereditaria), de que la finca no podrá ser enajenada en forma alguna por ningún concepto", mientras viva determinada persona —que tampoco podrá enajenarla— y no aparece acreditado que esta última hubiese fallecido.

2. La cuestión a determinar consiste, pues, en decidir si el reconocimiento expreso por el ordenamiento jurídico de la validez de las prohibiciones de disponer dentro de determinados límites (arts. 26.3.º de la Ley Hipotecaria y 785.2.º del Código Civil) comporta una excepción del artículo 1.911 del Código Civil, o si, por el contrario, dicho precepto debe quedar a salvo en tales hipótesis. Este artículo proclama un principio básico de la organización jurídica vigente, cual es el de la responsabilidad patrimonial universal; no es la persona del deudor la que debe suministrar la adecuada compensación al acreedor insatisfecho, sino sus bienes, todo ellos, tanto los que actualmente le pertenezcan como los que en lo sucesivo pueda adquirir; esta responsabilidad, que es inequívoca en los términos de la norma determina en conjunción con el principio de jerarquía normativa (art. 1.2.º del Código Civil), la competencia exclusiva de la Ley para definir todo supuesto de excepción que, además, habrá de ser interpretado estrictamente (art. 4 del Código Civil). Es evidente, por la propia naturaleza y trascendencia del precepto y por su carácter imperativo, que tales excepciones habrán de ser establecidas de modo puntual y preciso (*vid.* arts. 1.448 y 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1.807 del Código Civil; 18 de la Ley de Patrimonio del Estado, y 44 de la Ley General Presupuestaria) y que no cabe una autorización

genérica a la voluntad privada para el establecimiento de cuantas excepciones convengan en cada situación particular, pues ello desvirtuaría completamente el alcance y finalidad del principio enunciado (cfr. art. 1.449 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3. Por otra parte, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones al respecto:

- a) Entender que cabe en el momento de disponer de un bien a título gratuito, sustraer el bien a la ocasión de los acreedores del donatario, en conjunción con la potencial amplitud de esta vía de excepción, desdibujaría gravemente el principio de responsabilidad patrimonial universal, con evidente detrimento del crédito y las negativas consecuencias para la economía del país.
- b) No es necesario excepcionar el artículo 1.911 del Código Civil para el establecimiento de un concreto orden sucesorio respecto de determinados bienes (dentro del límite del art. 781 del Código Civil), pues la limitación temporal de los derechos de cada uno de los llamados no es incompatible con la posible ejecución forzosa sobre el derecho que corresponde a cada uno de ellos. Con la prohibición de disponer (en que la facultad dispositiva del derecho, que generalmente va implícita en él, se sustrae a su titular sin atribuirle a persona alguna) son otras de las finalidades pretendidas: bien late en ellas una desconfianza respecto a la aptitud del sujeto afectado para el recto gobierno de sus intereses, bien se pretende amparar la posición de determinados terceros que, sin embargo, no se considera de entidad suficiente para determinar la atribución de un verdadero derecho subjetivo; mas, en el primer caso, no debe ignorarse el postulado legal de que las personas con capacidad de obrar se le reputa apta para la realización responsable de todos los actos de la vida civil (con las excepciones legales establecidas) y que la misma Ley al establecer la inembargabilidad de ciertos bienes (art. 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) parece señalar el límite en el que la situación económica del deudor permite excepcionar el artículo 1.911 del Código Civil, y con relación al segundo, es natural la no tutela jurídica de intereses que pudiendo no se quisieron configurar como derechos subjetivos.
- c) La responsabilidad universal patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía *a priori*, en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por la Ley misma; esta función quedaría eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer y obligaría al eventual acreedor a considerar, previamente a la concesión de su crédito no sólo la importancia del patrimonio del deudor, sino además la concreta situación jurídica de los bienes y derechos que lo integran con el consiguiente entorpecimiento del tráfico jurídico.
- d) Junto a las deudas voluntariamente contraídas por el deudor están aquellas otras que derivan directamente de la titularidad del bien afecto a la prohibición, tanto las que la Ley establece por esa razón (ejemplo, las de tipo fiscal) como las que resulten de las peculiares características de aquél (verbigracia: su inclusión en un régimen de propiedad horizontal, etc.).

4. Por todo lo anterior ha de concluirse que la seguridad económica del deudor no puede mantenerse a costa de tan considerables quebrantos para la organización jurídica de la colectividad, debiendo restringirse al efecto de las prohibiciones de disponer a una pura exclusión de la facultad de disponer libre y voluntariamente del derecho en cuestión, pues aun implicando una relativa armonización, contra el principio general de libre tráfico de los bienes, sólo compromete el interés particular del titular sin repercusión directa y apreciable sobre el orden público y sin que quepa estimar la alegación de que con tal interpretación resultan aquéllas fácilmente burladas e inoperantes por la vía de la simulación de deudas y de las connivencias procesales, pues las normas no deben ser interpretadas desde la exclusiva perspectiva de su eventual incumplimiento (art. 3 del Código Civil), no pueden desconocerse los remedios jurídicamente arbitrados a tal efecto (arts. 6 y 7 del Código Civil), ni puede menospreciarse los intereses generales en aras de la consecución de fines particulares (art. 1.255 del Código Civil).

5. No puede rechazarse el asiento ahora pretendido so pretexto de que, al estar la prohibición inscrita, el principio de salvaguarda jurisdiccional del contenido del Registro (art. 1 de la Ley Hipotecaria) es obstáculo insuperable, por cuanto, con pleno respeto de dicho principio y de la presunción legal de su existencia y pertenencia del derecho inscrito en los términos que resulten del asiento correspondiente (art. 38 de la Ley Hipotecaria), es evidente que por la inscripción no se altera el contenido sustantivo de la cláusula ahora debatida, para cuya delimitación deberán observarse las normas interpretativas oportunas y, entre ellas, el artículo 1.284 del Código Civil, aplicable también en materia testamentaria (Sentencia de 28 de septiembre de 1956), que determina la inteligencia de las cláusulas susceptibles de varios sentidos en el más adecuado para que produzcan efecto y, consiguientemente, en el caso considerado, en el sentido restrictivo ajustado al ordenamiento jurídico; por tanto, la cláusula ha de entenderse como vinculante o limitativa para el adquirente *mortis causa* —a quien la cláusula propiamente se dirige— y no como regla que altere las normas de responsabilidad patrimonial, pues ésta es materia excluida de la autonomía de la voluntad.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el auto apelado y la nota del Registrador.

Madrid, 22 de febrero de 1989.—El Director general *José Cándido Paz-Ares Rodríguez*.

COMENTARIO

1. Es preciso comenzar por un breve análisis del régimen que nuestra legislación hipotecaria establece para las prohibiciones de disponer voluntarias (prescindiendo, por ahora, de las impuestas por la Ley y por la Autoridad judicial o administrativa).

Dicho régimen resulta básicamente de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, cuya redacción tiene su origen en la reforma de 1944:

Conforme al primero de dichos artículos, "las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas: ... 3.^a Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donacio-

nes y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez”.

Por el contrario, conforme al segundo de dichos artículos, “las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento”.

Se limita, pues, la Ley Hipotecaria a fijar el régimen de acceso al Registro de las prohibiciones de disponer, remitiendo a la legislación civil, la determinación de los requisitos de validez de las mismas y, en su caso, la regulación de sus efectos.

Sin embargo, en nuestro Código Civil no encontramos una regulación específica de tales prohibiciones. El apartado segundo del artículo 785 de dicho Cuerpo legal se limita a establecer que “no surtirán efecto: ... las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781”; que, por su parte, limita la validez y efectos de las sustituciones fideicomisarias a aquellas “que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador”.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia, conjugando estas disposiciones con el principio de autonomía de la voluntad que establece el artículo 1.255 del mismo Código, estima admisibles, en el orden civil, las prohibiciones de disponer, siempre que no se vulnere el límite indicado y añadiendo además, casi unánimemente, como requisito esencial, la “causa” o “interés legítimo” en que se fundamenta tal prohibición, que justifique la excepción al principio general de libre circulación de los bienes que las mismas representan.

Relacionando las legislaciones civil e hipotecaria, fija CASTÁN el régimen legal de los efectos de las prohibiciones de disponer, en los siguientes términos:

1. Las prohibiciones lícitas de disponer, establecidas en testamentos, capitulaciones matrimoniales y donaciones tienen eficacia plena y, en caso de incumplimiento, provocan la nulidad de los actos que las contradigan, concediendo al beneficiario de la prohibición una acción de nulidad contra el contrato de enajenación que la infringeó.

2. Las demás prohibiciones de disponer, establecidas en actos a título oneroso, no tienen alcance real y, por consiguiente, en caso de infracción, sólo producen la obligación, para la persona afectada por la prohibición, de abonar los daños y perjuicios ocasionados.

En el orden registral —continúa CASTÁN—, la prohibición inscrita provoca el cierre de los libros a los actos dispositivos que la contradigan. Cierre registral que, como apunta Roca, hay que entender, más que en su sentido estricto o técnico (que tiene su origen en la mecánica del Registro, de los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria), en el sentido amplio de que la prohibición de disponer una vez registrada es “un obstáculo a la inscripción” de los actos registrables contrarios a ella.

Ahora bien, si lo anterior puede aceptarse como afirmación de tipo general, lo cierto es que descendiendo al detalle, la doctrina de los efectos de las prohibiciones de disponer en cada caso concreto y respecto de cada acto concreto, y ante la ausencia de una adecuada regulación legal, no está exenta de controversia. Del tema se ha ocupado extensamente RODRÍGUEZ LÓPEZ (“Las prohibiciones

de disponer voluntarias: estudio de sus efectos, extinción y cancelación", en *RCDI*, 1983, págs. 9 y 798).

Siguiendo a este autor hay que partir de la afirmación de que la determinación de los efectos de las prohibiciones de disponer, dependerá en buena medida de los términos en que esté redactada la cláusula prohibitiva. Y así, habrá que excepcionar de la regla general vista a aquellas prohibiciones para las que el imponente haya previsto una especial sanción o un régimen subsidiario distinto para el caso de contravención (resolución del derecho, acrecimientos, etc.); en cuyo caso los efectos de aquéllas o las consecuencias de su violación serán los previstos de forma especial.

Por otra parte, y con relación a los términos en que se redacte la cláusula prohibitiva, el mismo autor distingue los siguientes tipos de prohibiciones:

- a) Prohibición de dividir bienes, que alcanza sólo a los actos de división, quedando fuera de la misma todos los demás actos, incluso los de enajenación. Dentro de este tipo se incluirían: la prohibición de cesar en la proindivisión o extinguir la comunidad (art. 400 del Código Civil); la prohibición de dividir bienes (división material), y la prohibición de practicar la división de la herencia (art. 1.051 del Código Civil).
- b) Prohibición de vender, que impedirá sólo la venta de los bienes afectados o la constitución de aquellos derechos que, como la opción o la hipoteca, supongan en el futuro su posible venta dentro del plazo de vigencia de la prohibición.
- c) Prohibición de enajenar, que alcanza a toda transmisión *inter-vivos* de los bienes afectados, como igualmente a la constitución de todos aquellos derechos que puedan implicar tales transmisiones dentro del plazo prohibitivo.
- d) Prohibición de gravar, que impedirá la constitución de cualquier derecho real limitativo, aunque el que se pretenda constituir no merezca estrictamente la calificación técnica de gravamen. RODRÍGUEZ LÓPEZ estima que esta prohibición comprende la de enajenar, aunque reconoce que es muy discutible.
- e) Prohibición de obligar bienes, que autoriza a considerar prohibido todo acto que disminuya o pueda disminuir en el futuro la entidad económica de los bienes afectados.
- f) Prohibición de realizar actos inscribibles, que afecta a todos aquellos actos que por esencia pueden ser inscritos en el Registro de la Propiedad, no debiendo confundirse con la prohibición de inscribir, que habrá de considerarse contraria al orden público.
- g) Y, por último, la prohibición de disponer, que en su sentido estricto impedirá la realización de "actos de disposición" sobre los bienes a que afecte.

En todo caso, considero que no es necesario detenerse en el estudio de todos los posibles tipos de prohibiciones de disponer y de la forma en que cada una de ellas afecta a cada acto jurídico concreto recayente sobre los bienes afectados.

II. Para centrar el tema con relación al supuesto de hecho de la Resolución que se comenta (los efectos de las prohibiciones de disponer frente a las enajenaciones forzosas) nos interesa únicamente estudiar, con carácter previo, los efectos que las mismas producen frente a los embargos de los bienes afectados por ellas, e igualmente frente a los actos de constitución de hipoteca realizados

por el propietario de tales bienes. Ambos casos suponen la posibilidad de una enajenación forzosa de esos bienes y éstas son las que nos interesan.

Y ello, aclarando previamente que, aunque el supuesto de hecho de la Resolución de 22 de febrero de 1989 contempla una prohibición de enajenar, la propia Dirección General extiende su doctrina a las prohibiciones de disponer en general.

A) Derecho de hipoteca

Con relación al derecho de hipoteca, en general, en las prohibiciones de vender, enajenar o disponer, la doctrina y la jurisprudencia registral incluyen la de hipotecar, en cuanto que la esencia de ésta es la venta por ejecución (art. 1.858 del Código Civil).

No obstante (y salvo que la prohibición sea específica de hipotecar o gravar), como la enajenación sólo se produce en fase de ejecución, la Dirección General admite la inscripción de la hipoteca sobre los bienes afectados siempre que en la misma se convenga en subordinar su ejecución al momento en el que el dominio de la finca quede libre de la traba que la prohibición representa.

Este es el caso de las Resoluciones de 18 de abril de 1952 y de 18 de enero de 1963. En la primera, que se refiere a un supuesto de prohibición de vender, se indica que interpretada literalmente ésta "...no ha de estimarse en este caso comprendida la constitución de hipoteca toda vez que si tal derecho lleva consigo un *ius distrahendi* es para el supuesto de que no se cumpla la obligación asegurada, y no impide que el acreedor y deudor convengan en subordinar su ejercicio hasta el momento en que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante" (Considerando 4.º).

Faltando este convenio de subordinación, la prohibición inscrita es un obstáculo a la inscripción de la hipoteca, pues de lo contrario "...se lograría por vía indirecta burlar la prohibición impuesta al no conservarse los bienes dentro del patrimonio durante el plazo señalado (por la causante)..." (Considerando 5.º de la Resolución de 18 de enero de 1963, referida a una prohibición de enajenar impuesta en testamento).

Interesa aquí destacar la idea fundamental que emana de estas resoluciones. En ellas se considera que la enajenación forzosa que la ejecución de la hipoteca representa es contraria a la prohibición de disponer. Es decir, que en aquellos casos en los que la prohibición no se refiera específicamente a la facultad de hipotecar o gravar los bienes hay que entender que la hipoteca en sí misma no viola la prohibición y que sólo se producirá tal violación si la misma, en ejecución, provoca la enajenación de tales bienes.

B) Anotación preventiva de embargo

Con relación al embargo de bienes sujetos a una prohibición de disponer inscrita y su posible anotación preventiva en el Registro, la Dirección General ha mantenido una postura similar a la expuesta para la hipoteca.

Efectivamente, la anotación preventiva de embargo, en cuanto medida cautelar y eventual, no implica *per se* una violación de la prohibición inscrita. Será, en su caso, la enajenación judicial con que finalice el proceso en el que fue trabado el embargo la que implicará tal violación. Pero ello no impide que, hasta entonces, la anotación preventiva de embargo cumpla su función cautelar y de publicidad, que será plena en el caso de que durante su vigencia y antes de que

tenga lugar la enajenación judicial, los bienes trabados queden libres de la prohibición. En este caso ningún obstáculo se opondrá a la inscripción de la enajenación, y la anotación preventiva habrá cumplido perfectamente su función.

En la práctica registral es corriente extender la anotación "sin perjuicio de los efectos de la prohibición de disponer a que está afecto el derecho embargado". Y esta práctica y la doctrina expuesta tienen su apoyo en diversas resoluciones de la Dirección General.

Así en la Resolución de 30 de diciembre de 1946 (referida a un supuesto de prohibición de enajenar legal —la establecida por el art. 17 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935—, en el que el Registrador denegó la anotación preventiva de embargo decretado sobre bienes afectados por ella), se expresa claramente que el embargo "...atendida su naturaleza precautoria y cautelar encaminada a la conservación de los bienes, no implica absoluta contradicción con la fuerza impediendo que se atribuya a una prohibición temporal para transmitir la propiedad, por todo lo cual debió acordarse la práctica de la anotación sin que ello implique privar de efectos a la prohibición relacionada" (Considerando 4.º).

La Resolución de 5 de septiembre de 1974, como veremos, en su último Considerando declara no contradictoria la actuación del Registrador que primeramente dio acceso al Registro a la anotación preventiva de embargo sobre inmuebles afectados por una prohibición de enajenar y posteriormente rechazó la inscripción de la correspondiente adjudicación, dada la finalidad meramente cautelar de aquélla.

Más clara es aún la Resolución de 23 de octubre de 1980 en la que se indica "que la prohibición de enajenar válidamente establecida con arreglo al artículo 26 de la Ley Hipotecaria impide todo acto de disposición sobre el inmueble y como quiera que el embargo está dirigido a procurar la venta del bien embargado hay que concluir que de los asientos registrales surge un obstáculo que parece en principio impedir la anotación solicitada" (Considerando 4.º). Pero añade "que no obstante lo anterior, es preciso observar que, aunque menguada en la actualidad, puede consolidarse en su momento plenamente la titularidad dominical del deudor, ya que la (prohibición de) enajenación del bien es puramente temporal y si desaparece la causa que lo justifica recobra el inmueble la libertad de poder ser transmitido..., por lo que dada la finalidad cautelar de la anotación que se solicita, encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceras personas mediante la conservación y traba de los bienes del deudor, no hay obstáculo para la práctica de la anotación si bien sujeta a las limitaciones hoy existentes" (Considerando 5.º).

A esta doctrina no puede oponerse la de la Resolución de 5 de febrero de 1988, que confirmó la calificación registral denegatoria de la anotación de embargo solicitada, pues se trata de un supuesto muy especial en el que consta inscrita la "inembargabilidad" de los bienes trabados.

III. Vistos los efectos que las prohibiciones de disponer provocan frente a la hipoteca y la anotación preventiva de embargo tenemos ya delimitadas las bases necesarias para analizar los efectos de aquéllas frente a las enajenaciones forzosas de los bienes afectados por ellas.

La doctrina jurisprudencial registral a este respecto parecía clara hasta la Resolución de 22 de febrero de 1989, que rompe todos los principios sentados hasta entonces.

De las resoluciones ya vistas y de otras que veremos, se deduce esa clara

doctrina: aun admitiéndose, como hemos visto, la hipoteca y la anotación preventiva de embargo sobre bienes sujetos a prohibición de disponer inscrita, esta prohibición impide, mientras subsista, la inscripción de las enajenaciones forzosas derivadas tanto de la ejecución de la hipoteca como del procedimiento de apremio que motivó la anotación.

Prescindiendo ahora de su argumentación, esta doctrina jurisprudencial resulta claramente de:

1.º) La doctrina contenida en las citadas Resoluciones de 18 de abril de 1952 y 18 de enero de 1963 respecto del derecho de hipoteca.

Es evidente que si se admite la inscripción de la hipoteca de los bienes sujetos a una prohibición de disponer únicamente si se subordina su ejecución al momento en que el dominio de tales bienes quede libre de la traba, es porque se estima que, vigente la prohibición, no podrá procederse a la enajenación forzosa de la finca para el pago de la obligación garantizada, o al menos a la inscripción de tal enajenación.

2.º) La doctrina contenida en las Resoluciones de 30 de diciembre de 1946 y 23 de octubre de 1980 con relación a la anotación preventiva de embargo de bienes sujetos a prohibición de disponer.

De los ya transcritos considerandos de estas resoluciones resulta claramente que la admisión de tales anotaciones sobre dichos bienes se justifica sólo cautelarmente para el supuesto de que la prohibición desaparezca y “sin que ello implique privar de efectos a la prohibición” (Resolución de 30 de diciembre de 1946). Luego, mientras no desaparezca la traba que la prohibición de disponer implica, no podrá inscribirse la enajenación judicial correspondiente.

3.º) Las Resoluciones de 13 de julio de 1933, 21 de abril de 1949 y 5 de septiembre de 1974.

Especialmente la última citada se refiere a un supuesto claro en el que la Dirección General confirmó la nota del Registrador denegatoria de la inscripción de un auto judicial de adjudicación al Estado de dos fincas que constaban inscritas con sujeción a una prohibición de enajenar y cuyo último Considerando dice: “que no ha habido una conducta contradictoria por parte del funcionario calificador al dar primeramente acceso en el Registro a la anotación preventiva de embargo sobre los inmuebles y después rechazar la inscripción de los mismos a favor del Estado, puesto que la anotación practicada por su finalidad cautelar va encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceros mediante la conservación y traba de los bienes del deudor, pero no tiene fuerza para privar de efectos a una prohibición temporal que para transmitir el dominio pesa sobre las fincas discutidas”.

Por otra parte, esta doctrina jurisprudencial, que sostiene el cierre del Registro frente a las enajenaciones forzosas de los bienes inscritos con prohibición de disponer, se venía fundamentando por la Dirección General en los siguientes argumentos:

1. Que así lo impone el principio de salvaguardia jurisdiccional del contenido del Registro.

Dice al respecto la Resolución de 5 de septiembre de 1974 que una vez ha tenido acceso al Registro la prohibición de enajenar, “...al estar el asiento bajo la salvaguardia de los Tribunales —art. 1 de la Ley Hipotecaria— produce todos sus efectos y, en consecuencia, obstaculiza el ingreso del documento calificado (como sabemos, testimonio de un auto de adjudicación) hasta tanto desaparezca la prohibición o se declare, en su caso, su invalidez” (Considerando 2.º).

Igual argumentación emplea el último Considerando de la Resolución de 21 de abril de 1949, referida a un supuesto de prohibición de disponer con régimen subsidiario, sobre el que se plantea controversia.

2. Que la actuación del Juez en el proceso de ejecución tiene siempre como límite el que le impone el contenido del derecho del demandado objeto de aquel proceso.

Así, el Considerando 4.º de la Resolución de 21 de abril de 1949 establece que "... en cuanto a la venta del derecho efectuada en ejecución de sentencia, cualquiera que sea el criterio que se sustente sobre el vendedor y sus facultades, bien sea el Estado representado por el órgano jurisdiccional que interviene sin ser titular del derecho real que no le pertenece, bien el Juez actúe como órgano de disposición *ex ministerio legis*, o bien se trate de una expropiación de la facultad dispositiva que priva al dueño de usar de ella, en oposición a las exigencias del interés general, siempre se advierte que si la enajenación judicial no constituye infracción voluntaria de la prohibición de enajenar y, en tal sentido, nada debiera oponerse al pleno desarrollo de sus efectos jurídicos, obligacionales y reales, *la voluntad subrogatoria de la autoridad judicial en el proceso de ejecución no puede traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado ni de su poder dispositivo*".

La misma idea resulta de la Resolución de 5 de septiembre de 1974, como veremos a continuación.

3. Que esta doctrina no supone violación del principio general de responsabilidad patrimonial universal establecido en el artículo 1.911 del Código Civil, pues si bien conforme al mismo el deudor responde con todos sus bienes de las obligaciones que haya contraído, ello no obsta para que al procederse a la enajenación mediante subasta judicial de las fincas que al mismo pertenecen con prohibición de enajenar, "*... se hayan traspasado los límites del derecho subjetivo del obligado, así como de su poder de disposición con olvido de los posibles derechos que terceras personas ostentan sobre los referidos inmuebles*" (Resolución de 5 de septiembre de 1974, Considerando 3.º).

Realmente el último inciso del Considerando transcrito añade un nuevo argumento en la necesidad de proteger los *derechos* de las personas interesadas en la prohibición o beneficiadas con ella, en tanto que las mismas no intervengan en el proceso en el que sean enajenados los bienes.

En todo caso, el Considerando 6.º de la Resolución de 21 de abril de 1949, establece claramente que el principio del artículo 1.911 del Código Civil, "... no basta para atribuir eficacia a la enajenación forzosa mediante la subasta llevada a cabo por la autoridad judicial, toda vez que el usufructo (derecho inscrito con prohibición de enajenar y disponer, en este caso) transmitido, formaba parte del haber del deudor, con las referidas limitaciones testamentarias".

Que, de admitirse la posibilidad de enajenación forzosa de los bienes afectos a una prohibición de disponer, éstas podrían ser fácilmente burladas "... merced a procedimientos simulados o convenidos entre las partes que la intervención de los Tribunales encargados de velar por la legalidad y pureza del procedimiento no pueden eliminar en absoluto" (Resolución de 21 de abril de 1949, que cita además la de 30 de diciembre de 1946).

Por otra parte, la generalidad de la doctrina mantiene una postura similar ante el problema que analizamos. Dice Roca al respecto que "la prohibición de disponer registrada se impone, mientras subsista, a todos, e impide, por consiguiente, la inscripción de cualesquiera actos que se opongan a ella, aunque sean decretados por la Autoridad judicial...". Se deja, no obstante, a salvo el supuesto

de expropiación forzosa, si bien, como apunta el mismo autor, en este caso "se expropia todo, incluso la prohibición misma".

RODRÍGUEZ LÓPEZ (en el citado trabajo) más detalladamente establece las siguientes distinciones:

1.ª) Acreedores cuyo derecho esté inscrito (en sentido amplio).

En este caso, ya sea considerando aplicable al artículo 145 del Reglamento Hipotecario, ya por aplicación de los más elementales principios hipotecarios (publicidad, prioridad, seguridad de los derechos), estima dicho autor, que las enajenaciones judiciales, basadas en asientos vigentes anteriores al que recoge la prohibición de disponer, no pueden verse afectadas por ésta.

2.ª) Acreedores del imponente de la prohibición que no tienen inscrito su derecho.

En el caso de prohibición impuesta en una transmisión hereditaria, "... nada podrá obstar a las enajenaciones judiciales de los bienes adjudicados a los herederos, realizadas en méritos y a instancia de los acreedores del causante (artículo 1.084 del Código Civil)".

Si se impuso en una donación, mediante el ejercicio de la acción revocatoria, podrán tales acreedores obtener la cancelación registral de la inscripción de aquélla, lo que comportará la desaparición de la cláusula prohibitiva.

3.ª) Acreedores del titular registral gravado con la prohibición, que no tienen inscrito su derecho.

Este es el supuesto que nos interesa con relación a la Resolución que se comenta, pues los dos anteriores realmente escapan al problema planteado en ella.

Pues bien, con relación al mismo, RODRÍGUEZ LÓPEZ distingue:

- a) Acreedores ordinarios; respecto de los que, entiende, debe rechazarse toda enajenación judicial que se realice a su instancia, ya que "... estando inscrita la prohibición desde el momento mismo del acto adquisitivo a favor del deudor, los acreedores la conocieron o debieron conocer y no podrán pretender ignorarla".
- b) Acreedores especiales, entendiendo por tales los por créditos fiscales y similares de devengo necesario; respecto de los que estima admisible la inscripción de las enajenaciones derivadas de su ejecución. Argumenta esta opinión básicamente en que estos créditos se devengan "necesariamente" y "no hay pacto, negocio, convenio o situación que tenga la virtualidad de excluir su devengo"; en que en estos casos no existe la posibilidad de procesos fingidos (argumento que, como hemos dicho, la Dirección General utilizaba para mantener la tesis contraria); y en que lo contrario "supondría conceder ... al titular de los bienes un derecho anómalo a paralizar el procedimiento de apremio...", desvirtuando la preferencia que las leyes atribuyen a los créditos fiscales.

IV. Corresponde ahora analizar la fundamentación jurídica que resulta de la Resolución de 22 de febrero de 1989, que como ya indicamos cambia totalmente la doctrina sentada en las anteriores resoluciones del Centro Directivo, al considerar inscribible la enajenación judicial de bienes sujetos a prohibición de disponer, manteniendo la interpretación de que debe restringirse "... el efecto de las prohibiciones de disponer a una pura exclusión de la facultad de disponer libre y voluntariamente del derecho en cuestión...".

1.ª) En esta Resolución de la Dirección General basa la nueva doctrina en la idea fundamental de que conceder a las prohibiciones de disponer efectos frente a las enajenaciones judiciales de los bienes afectados por ellas, implicaría admitir una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal que establece el artículo 1.911 del Código Civil.

Sobre esta premisa se argumenta (fundamento de Derecho 2.º):

1. El sentado por dicho artículo del Código Civil es un principio básico de la organización jurídica vigente.

2. Conforme al mismo, *todos* los bienes del deudor deben servir para suministrar la adecuada compensación al acreedor insatisfecho.

3. Conjugando este principio con el de jerarquía normativa, resulta que sólo la ley puede definir todo supuesto de excepción al mismo (supuesto de excepción que además habrá de interpretarse restrictivamente), debiendo establecerse la excepción de modo puntual y preciso; y no siendo admisible una genérica autorización a la voluntad privada para establecer cuantas excepciones convengan a cada situación particular, pues ello sería desvirtuar el principio.

Este desarrollo argumental parece, en principio, irreprochable. Pero en mi opinión falla la premisa inicial. Cabe plantearse si realmente es cierto que admitiendo los efectos de la prohibición de disponer inscrita frente a las enajenaciones forzosas de los bienes sobre los que las mismas recaen, estamos admitiendo una excepción al principio que establece el artículo 1.911 del Código Civil.

Considero que tal planteamiento exige una respuesta negativa. Conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal, todo deudor responde frente a sus acreedores con todos sus bienes (o derechos) presentes y futuros. Ahora bien, la cuestión debe centrarse en determinar el derecho que forma parte del patrimonio del deudor cuando éste ha adquirido el dominio con prohibición de disponer.

Esta cuestión pudiera parecer absurda por la obviedad de la respuesta: con prohibición o sin ella el derecho que forma parte del patrimonio del deudor es el de dominio. En puridad jurídica parece evidente.

No obstante, considero que el tema no es de tan fácil solución. Sin querer retornar a posiciones clásicas en orden a las facultades dominicales (que estimaban a la facultad dispositiva como la más característica del dominio), y prescindiendo ahora del análisis teórico de la posible desnaturalización que sufre el dominio (u otro derecho real) cuando se suprimen a su titular las facultades dispositivas de su derecho; me parece necesario hacer el siguiente planteamiento:

1. El principio de responsabilidad patrimonial universal se sienta en la idea de que no es admisible permitir al deudor el "disfrute" de su patrimonio si previamente no ha satisfecho sus obligaciones vencidas, si previamente no ha pagado a sus acreedores, que contrataron con él confiando en la garantía de su patrimonio.

2. Por ello, el ordenamiento jurídico concede al acreedor para satisfacer su crédito impagado la posibilidad de dirigirse contra el patrimonio de sus deudores, procediendo a su realización, y conseguir así una satisfacción de su crédito.

3. Ahora bien, por definición, el principio de responsabilidad patrimonial universal tiene un claro límite: lo que no forma parte del patrimonio del deudor, no puede ser utilizado por sus acreedores para el pago de su crédito (salvo que otra relación jurídica lo permita: fianza, aval, etc.).

Siendo esto así, parece inaceptable que se permita al acreedor, para obtener el cobro de su crédito, ejercitar una facultad propia (interna o externamente) de un derecho de la que ha sido privado el titular del mismo. Así, sería impensable admitir el embargo del derecho de usufructo para pagar al acreedor del nudo propietario, sobre la base de que el dominio, aunque gravado de usufructo, forma parte del patrimonio del deudor. Evidentemente, en este caso, la facultad de disfrute, propia del dominio en su estado pleno, ha "salido" del patrimonio del titular al constituirse el usufructo (o no ha llegado a "entrar" en la constitución por retención).

Y asimismo es inaceptable que mientras el deudor no puede "realizar el valor" de su derecho, mediante el ejercicio de sus facultades dispositivas, se permita hacerlo al acreedor para satisfacer su crédito contra aquél. Y a ello no basta oponer el hecho de que la prohibición de disponer al restringir las facultades dispositivas del titular no atribuye correlativamente esas facultades a otra persona (como ocurre con el ejemplo propuesto del derecho de usufructo), pues ello, aun siendo cierto, sólo servirá de crítica a una institución que permite que esas facultades se "pierdan", pero no rebate el que en virtud de la misma tal facultad "sale" del patrimonio del deudor (o no llega a "entrar"), aunque sea para "perderse".

Para comprender mejor esta idea es necesario no desligar los aspectos jurídico y económico del patrimonio. Cualquiera que sea la concepción jurídica que adoptemos en orden a la configuración de éste, es evidente que el mismo tiene una significación económica. Y desde el punto de vista activo forman parte de aquél los derechos subjetivos patrimoniales, entendiendo como tales los que tienen un valor pecuniario. Es decir, en el sistema de economía monetaria en que nos movemos, el derecho subjetivo patrimonial es el que tiene un valor representable o traducible a unidades monetarias.

Así, el dominio (derecho subjetivo patrimonial por excelencia) tiene un valor económico, que vendrá representado por la cantidad de unidades monetarias que permite conservar u obtener a su titular mediante el ejercicio de todas y cada una de las facultades que comprende. Y, en última instancia, ese valor vendrá representado por el número de unidades monetarias que obtenga su titular enajenando su derecho, que al salir del patrimonio de aquél, dejará su lugar a esas unidades monetarias (subrogación real).

Y esto último es precisamente la esencia del principio de responsabilidad patrimonial universal. Se trata de permitir al acreedor la realización de esa conversión de bienes en dinero, para con éste, como medio de pago legalmente establecido (y, en su caso, como prestación sustitutoria), satisfacer su crédito.

Pues bien, si el propietario gravado con prohibición de disponer, carece de ese "valor de realización" de su derecho, si no puede convertir en dinero su derecho (ni aún para pagar voluntariamente a su acreedor), mal puede admitirse que en base al principio establecido en el artículo 1.911 del Código Civil, lo hagan sus acreedores. Pues lo máximo que este artículo permite a éstos es el utilizar en satisfacción de su crédito lo mismo que podría utilizar el deudor en satisfacer sus necesidades (o caprichos).

Y muy diferentes son los supuestos que cita la propia Resolución de 22 de febrero de 1989, de los bienes a que se refieren los artículos 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.807 del Código Civil. En ambos casos sí que se trata de supuestos de excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal. Pues en ambos casos se trata de bienes que forman parte del patrimonio del deudor plenamente, y de los que el mismo puede disponer libremente para

satisfacer sus necesidades, si bien, por razones diferentes, la ley los excluye (o permite que se excluyan) de la acción de los acreedores.

Así pues, admitir que la prohibición de disponer impide la inscripción de una enajenación forzosa de los bienes sobre los que la misma recae, no implica admitir una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal. Pues, en todo caso, el efecto que provoca la prohibición es el de “sacar” una facultad (precisamente la que permite la realización del derecho y su sustitución por dinero) del patrimonio del deudor, que no formando parte del mismo mal puede cumplir la función que tal principio atribuye a dicho patrimonio.

2.^a) El segundo de los argumentos que recoge la Resolución que se comenta (fundamento de Derecho 4.^o) pasa por rebatir uno de los postulados que la doctrina utiliza (y la propia Dirección General utilizaba, como vimos) para mantener la posición contraria.

Así dice la Dirección General que no cabe “estimar la alegación de que con tal interpretación (ya vista) resultan aquéllas (las prohibiciones de disponer) fácilmente burladas e inoperantes por la vía de la simulación de deudas y de las connivencias procesales, pues las normas no deben interpretarse desde la perspectiva de su eventual incumplimiento (art. 3.^o del Código Civil), no pueden desconocerse los remedios jurídicamente arbitrados a tal efecto (arts. 6 y 7 del Código Civil), ni pueden menospreciarse los intereses generales en aras de la consecución de fines particulares (art. 1.255 del Código Civil)”.

Y en este punto tiene razón el Centro Directivo. Como ya apuntó RODRÍGUEZ LÓPEZ (*ob. cit.*) no podemos consagrar la mala fe como principio jurídico, presumiendo la misma en los interesados en el proceso de ejecución, contra las normas que en nuestro Derecho civil, hipotecario y penal consagran la buena fe como presunción primaria sólo destruible por la prueba en contrario. Y, en todo caso —concluye el mismo autor—, si el proceso fuere simulado, el perjudicado directa o indirectamente por sus efectos será el que deba alegar y probar la referida simulación y destruir así la eficacia del proceso ilícito.

3.^o) Por último, considera el Centro Directivo —fundamento de Derecho 5.^o— que a la interpretación que propone no son obstáculos insuperables, ni el principio de salvaguardia jurisdiccional del contenido del Registro (art. 1 de la Ley Hipotecaria), ni la presunción legal de existencia y pertenencia del derecho inscrito en los términos que resulten del asiento correspondiente (art. 38 de la Ley Hipotecaria), ya que —según la Dirección— “... es evidente que por la inscripción no se altera el contenido de la cláusula debatida...”, que conforme al artículo 1.284 del Código Civil debe interpretarse como cláusula susceptible de varios sentidos, en el más adecuado para que produzca efecto.

En mi opinión, este punto de vista no es aceptable, por lo siguiente:

Primero, porque la cláusula en cuestión (prohibición de disponer) no admite varios sentidos, si se interpreta literalmente, pues no habiendo establecido el disponente distinción entre enajenación voluntaria y forzosa no debemos establecerla nosotros.

Segundo, porque, aun admitiendo que sea susceptible de varios sentidos, el más adecuado para que produzca efectos es el de entender que comprende todo tipo de enajenación, voluntaria o forzosa. Sobre todo teniendo en cuenta que, como la propia Resolución indica —en su fundamento de Derecho 3.^o—, con la prohibición el imponente, o bien pretende que los bienes hagan tránsito a otra persona después del primer adquirente gravado, o bien, ante la desconfianza que le merece el adquirente para el recto gobierno de sus intereses, pretende velar

por éstos. Y es evidente que con la interpretación sostenida por la Resolución queda burlada cualquiera de ambas intenciones.

Tercero, porque no puede admitirse que con la inscripción no se altera el contenido de la cláusula, pues no sólo se altera la misma, sino que se prescinde de ella, ya que, aunque no lo aclara la Resolución, es indudable que la inscripción de la adjudicación judicial de los bienes afectados implicará necesariamente la cancelación de la prohibición de disponer. A este respecto, señala RODRÍGUEZ LÓPEZ, que sería absurdo que después de ser violada la prohibición con la enajenación en apremio, se obligara al adquirente a respetarla; y, además, que el mantener la prohibición haría, en la práctica, inviable la enajenación judicial por la dificultad de encontrar licitadores en tales condiciones.

Cuarto, porque por lo anterior, es evidente que con la inscripción quiebra el principio de salvaguardia jurisdiccional del contenido del Registro, pues sin declaración judicial alguna —en el procedimiento correspondiente— se prescinde de dicho contenido.

Y quinto, porque como consecuencia de ello se olvida el principio de legitimación registral, y el de prioridad y publicidad, permitiendo a quienes llegan posteriormente al registro, hacer valer su derecho frente a cargas que ya constaban en él, y debían conocer, pues si algún sentido tiene el permitir el acceso al Registro de la prohibición de disponer es el de servir de aviso a los posibles contratantes del afectado.

Dejamos para después el análisis del fundamento de Derecho 3.º de la Resolución, en el que se destacan los inconvenientes generales que llevan consigo las prohibiciones de disponer, y que la Dirección General utiliza en apoyo de las argumentaciones vistas.

V. De todo lo expuesto resultan claramente los argumentos a favor de la tesis, que considero más correcta, de mantener el cierre registral a las enajenaciones forzosas de bienes afectos a prohibición de disponer inscrita. Tales argumentos son los siguientes:

1. El fundamental argumento utilizado por la propia Dirección General de que la autoridad judicial sólo puede ejercer su poder coercitivo sobre el deudor (bien directamente, bien subrogando su voluntad) en cuanto a los actos que el mismo “deba” o, al menos, “pueda” realizar por sí mismo. Argumento que no rebate la Resolución de 22 de febrero de 1989 (tal vez porque sea irrefutable) y respecto del cual nada dice RODRÍGUEZ LÓPEZ y que, en mi opinión, impide incluso admitir la tesis de este autor respecto de los que el mismo llama créditos privilegiados de devengo necesario; por mucho que estemos de acuerdo con él, en que resulta absurdo que en manos de particulares queda la acción persecutoria de la Hacienda Pública respecto de determinados bienes (como veremos).

2. El de que manteniendo la tesis contraria hacemos posible la violación de los más elementales principios hipotecarios:

- El principio de salvaguardia jurisdiccional del contenido del Registro (y el de legalidad) que impide, una vez salvada la calificación registral, discutir la validez de la cláusula prohibitiva inscrita y prescindir de ella, salvo que se disponga judicialmente su cancelación en el proceso adecuado.
- La presunción de exactitud registral (legitimación, publicidad y buena fe), que implica la presunción, a todos los efectos, de que el derecho inscrito pertenece a su titular en la forma que resulta del Registro y, por tanto, con las limitaciones dispositivas que éste proclama, cuyo desconocimiento no

pueden alegar en su favor quienes con aquél contraten, no pudiendo pedir protección registral quien no consultó previamente el Registro o, consultándolo, ignoró sus pronunciamientos.

- El principio de prioridad registral, en cuanto que los “intereses” a que la prohibición sirve (cualesquiera que sean, y tengan o no la categoría de derechos subjetivos) y para cuya tutela se admite su acceso a Registro, no pueden quedar desvirtuados frente a intereses, registralmente posteriores en el tiempo (anotación).

Ante la quiebra de tan elementales principios hipotecarios, sólo opone la Dirección General una hipotética e inadmisibles interpretación de doble sentido de la cláusula prohibitiva, y una inexistente excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal.

3. Pero, además, hay que concluir que la posición que propugna la Dirección General conduce, en definitiva, al absurdo de negar efectos a la prohibición de disponer y, por tanto, debe rechazarse.

Efectivamente, si se entiende que los bienes sujetos a prohibición de disponer no deben dejar de cumplir la función de garantía que al patrimonio del deudor atribuye el artículo 1.911 del Código Civil, hay que concluir que cualquier enajenación, *incluso voluntaria*, realizada por el titular, es válida siempre que el mismo manifieste que la realiza para pagar a sus acreedores.

Esto es incuestionable, salvo que queramos mantener la tesis de que a tal deudor no le está permitido el pago *voluntario* a sus acreedores, y que aquél y éstos están obligados a acudir a la ejecución judicial. Lo que es contrario a los más elementales principios jurídicos y procesales.

De esta forma el titular gravado con prohibición de disponer, que no puede enajenar su derecho para, por ejemplo, adquirir otros bienes que estime más necesarios o convenientes a sus intereses, le bastará con adquirir tales bienes a crédito y, posteriormente, una vez vencida su obligación, enajenar su derecho (gravado con la prohibición), para satisfacer aquélla, sin que pueda imponerse al mismo (y a su acreedor) la necesidad de un proceso judicial que haría más onerosa su deuda (gastos judiciales, demoras, etc.) innecesariamente.

Además, habrá que entender, por igual motivo, que la prohibición de disponer (y salvo que la misma se refiera expresamente a la facultad de hipotecar o gravar) no impedirá la inscripción de la hipoteca de los bienes afectados por la misma, aun cuando no se pacte la suspensión de la ejecución hasta el momento de haber desaparecido la afección, pues es evidente que la enajenación forzosa derivada de la ejecución de la hipoteca podrá inscribirse. Y ante ello, no puede alegarse que el acto de constitución de la hipoteca es un acto voluntario, pues no lo es ni más ni menos que el de contratar cualquier otra deuda. Y su ejecución es tan involuntaria, para el deudor, como la de cualquier otra deuda del mismo.

Así pues, debe concluirse que la prohibición de disponer inscrita impide la inscripción de las enajenaciones de los bienes a los que afecta, aun cuando se trate de enajenaciones forzosas.

Más discutible resulta el supuesto que RODRÍGUEZ LÓPEZ llama de créditos privilegiados de devengo necesario. Evidentemente resulta absurdo admitir que ciertos bienes puedan quedar fuera de la acción persecutoria de la Hacienda Pública por voluntad de los particulares, pero en todo caso considero que tal argumento, más que fundamentar la posición que dicho autor mantiene, implica una crítica a la institución de la prohibición de disponer en sí misma considerada. Así, frente a las razones expuestas me parece difícil de admitir el hecho de que

la Autoridad administrativa puede traspasar los límites del derecho subjetivo que pertenece al deudor a la Hacienda Pública; o admitir el que una anotación preventiva de embargo a favor del Estado, posterior a otras, pueda facilitar la inscripción de la correspondiente adjudicación, cuando se ha negado tal posibilidad a los titulares de esas otras anotaciones, que verían cómo de nada sirve su prioridad registral. Y no debemos olvidar que la prioridad extrarregistral escapa en gran medida a la calificación registral. Además tendríamos que concluir que el propietario gravado podría vender voluntariamente su derecho siempre que alegase que lo hace para pagar al Fisco.

En definitiva, resulta difícil mantener un régimen diferente para los créditos fiscales con respecto a los demás créditos en orden a los efectos que las prohibiciones de disponer afectantes a los bienes del deudor deben producir.

VI. Hasta aquí podría llegar el comentario de la Resolución de 22 de febrero de 1989. Pero no querría darlo por terminado sin destacar la idea fundamental que, para mí, late en los fundamentos jurídicos de la misma. Idea que, creo, no debe rechazarse.

De esta Resolución emana una fuerte crítica a la prohibición de disponer voluntaria, como institución misma. Como hemos dicho, con la interpretación sostenida por la Dirección General pierde todo sentido tal institución. Y esto es lo que, en mi opinión, tiene de bueno la Resolución que se comenta.

Considero que la prohibición de disponer voluntaria es, hoy, una institución carente de sentido y justificación. Frente a la moderna legislación (urbanística, agraria, social, económica, etc.) que, desde distintos ámbitos, configura la regulación legal del derecho de propiedad, con un marcado carácter social, una institución que tiene su esencia en la voluntaria limitación del dominio, sin correlativa atribución de facultades a otro sujeto, es de difícil justificación.

La prohibición de disponer voluntaria no tiene, se quiera o no, otro sentido que la vinculación de la propiedad, su amortización. Algo que rompe con todos los esquemas de las modernas concepciones sociales del derecho de propiedad (o de cualquier otro derecho patrimonial).

Cuando la moderna doctrina jurídica (civilista y administrativista) se plantea la discusión en los términos de si el derecho de propiedad es un derecho con facultades típicas legalmente preestablecidas que en aras del interés general sufre limitaciones o, por el contrario, se trata de un derecho vacío de facultades que tiene que llenar de contenido el planeamiento (cada vez menos urbanístico y más "ordenístico", como dice ECHEVARRÍA) en función igualmente de los intereses generales, parece absurdo plantear siquiera la posibilidad de que la facultad dominical más característica (por aquello de ser la que permite la realización del valor del derecho) pueda quedar en manos de los particulares.

Además, un bien que nadie puede realizar económicamente es un bien sustraído a la riqueza nacional. Y dejar esta posibilidad en manos de los particulares, a su capricho o incluso a sus intereses, parece inadmisibles si queremos llevar hasta sus últimas consecuencias la (tan cacareada) función social que la propiedad está llamada a cumplir (art. 32 de la Constitución). Sólo la ley, en determinados supuestos, y, en su caso la autoridad judicial y administrativa, deben poder hacerlo, atendiendo a razones de interés general.

Y para argumentar esta posición contraria a la institución encontramos ideas válidas en la Resolución de 22 de febrero de 1989 (fundamento de Derecho 3.º). Bien entendido que mientras para la Dirección General tales ideas impiden entender que la prohibición de disponer pueda excepcionar el principio de responsabilidad patrimonial universal, nosotros entendemos que las mismas hacen

injustificable a la prohibición de disponer en sí misma, hacen injustificable esa "pérdida" que para el patrimonio del deudor representa la prohibición de disponer. Pérdida que hace imposible que el bien afectado por ésta sirva de garantía a los acreedores de aquél (aunque, como vimos, sin excepcionar tal principio).

En todo caso, la institución de la prohibición de disponer *voluntaria* tiene difícil justificación ante las siguientes consideraciones:

1. Admitir que en el momento de disponer de un bien a título gratuito se pueda sustraer del patrimonio del donatario la facultad de realización económica del mismo y, por tanto, sustraerlo a la ocasión de sus acreedores, desdibuja gravemente el principio de responsabilidad patrimonial universal con evidente detrimento del crédito y negativas consecuencias para la economía del país [fundamento de Derecho 3.º, a)].

2. La prohibición de disponer voluntaria (y la "pérdida" que representa) no puede justificarse: a) ni en la necesidad de establecer un concreto orden sucesorio respecto de determinados bienes, pues para ello existen otras instituciones (como la sustitución fideicomisaria) en las que la limitación temporal de los derechos de cada uno de los llamados no es incompatible con la posible ejecución forzosa sobre el derecho que corresponde a cada uno de ellos; b) ni en la necesidad de atender a la desconfianza que en el disponente despierta el sujeto adquirente para el recto gobierno de sus intereses, pues no debe ignorarse el postulado legal de que a la persona con capacidad de obrar se le reputa apta para la realización responsable de todos los actos de la vida civil (con las excepciones legales establecidas) y que la Ley, al establecer la inembargabilidad de ciertos bienes (art. 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), parece señalar el límite en el que la situación del deudor exige su protección frente a los acreedores, y c) ni en la necesidad de amparar la posición de determinados terceros a quienes irían a parar los bienes al fallecimiento del sujeto afectado por la prohibición, pues estos terceros no son titulares de un verdadero derecho subjetivo (lo que acepta la generalidad de la doctrina) y es natural la no tutela jurídica de intereses que pudiendo (mediante la sustitución fideicomisaria, por ejemplo) no se quisieron configurar como derechos subjetivos [fundamento de Derecho 3.º, b)].

3. La función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía *a priori* de la responsabilidad patrimonial universal se desdibuja considerablemente, permitiendo a los particulares (mediante la prohibición de disponer) decidir sobre la inejecutabilidad de los bienes, con el consiguiente entorpecimiento del tráfico jurídico [fundamento de Derecho 3.º, c)], y

4. Junto a las deudas voluntariamente contraídas por el deudor están aquellas otras que derivan directamente de la titularidad del bien afecto a la prohibición, tanto las que la Ley establece por esa razón (ejemplo, las de tipo fiscal) como las que resulten de las peculiares características de aquél (verbigracia: su inclusión en un régimen de propiedad horizontal, etc.), y frente a las que, como vimos, resulta inexplicable que se permita a los particulares sustraer sus bienes a la ejecución.

Las anteriores ideas, que resultan de la propia Resolución de 22 de febrero de 1989, son perfectamente asumibles. Pero ante ellas, más que entender que las prohibiciones de disponer no producen efecto frente a las enajenaciones forzosas (como hace tal Resolución, con los problemas que ello plantea), lo procedente es rechazar de plano la institución. Institución que, sin beneficio alguno, causa tales perjuicios.

Y para ello, mientras esperamos futuras reformas legislativas que supriman (o al menos regulen detallada y restrictivamente) tal institución o, mejor dicho, la posibilidad de establecerlas por los particulares, el camino doctrinal y jurisprudencial debe ser el de interpretar las normas reguladoras de las prohibiciones de disponer voluntarias de forma que se reduzca el ámbito de las mismas a sus justos términos. Cosa que pretende y en cierto modo consigue la Resolución comentada. Pero ante los inconvenientes que, en mi opinión, plantea la interpretación elegida por la Dirección General, me permito proponer otra interpretación con la misma finalidad restrictiva, pero considerando que es preferible limitar *a priori* las condiciones de validez de las cláusulas prohibitivas y, por tanto, la posibilidad de su acceso al Registro, que permitir su libre entrada en éste y luego limitar sus efectos con la consiguiente inseguridad jurídica que ello supone. Interpretación que tiene como eje central el requisito causal de las prohibiciones de disponer.

Veamos al inicio de este comentario que la generalidad de la doctrina exige como requisito de validez de la prohibición de disponer la existencia de un "interés legítimo" o "causa" que justifique la excepción al principio de libre circulación de los bienes que las mismas representan. Se trata de un requisito vigente en la regulación que de la institución hacía el Derecho Romano postclásico, y que recogieron nuestras Leyes de Partidas, que no sólo exigían para la validez de la cláusula prohibitiva la existencia de esa causa ("razón guisada"), sino además su expresa formulación.

Con relación a nuestro Derecho vigente, si bien la doctrina se muestra prácticamente unánime al exigir la existencia de la causa, en general la misma considera que ningún precepto legal exige su expresión (así, SANZ, MARTÍNEZ SARRIÓN, ALBALADEJO). Este último autor, después de establecer como requisito de validez de la prohibición el de "...que se apoye en un interés legítimo", afirma que, en definitiva, "...no habrá gran diferencia entre aceptarlo o rechazarlo, porque lo que no cabe duda (y así lo reconoce la doctrina, aunque lo acepte) es de que, aun aceptado, no hay base en la ley para exigir que se haga constar por el que establece la prohibición cual sea el interés legítimo por el que la dispone. De modo que: 1.º sin necesidad de expresarlo; 2.º pudiendo ser —a base de la autonomía de la voluntad: art. 1.255— de cualquier índole, y 3.º debiendo presumirse que siempre que se establece una prohibición responde a un interés legítimo, no parece que sea fácil para quien quiera impugnar aquélla llegar a tener éxito en la demostración de que no existe interés legítimo que la justifique. Y la verdad es que, siendo esto así, normalmente lo mismo habría dado estimar que la ley acepta —en virtud del principio de la autonomía de la voluntad— la prohibición porque la estableció el disponente, sin más entrar en si procede de razones de peso, o de que simplemente quiso establecerla, sin otro fundamento que el de apeteerle".

No puedo dejar de sentir un cierto temor ante las transcritas palabras. Pensar que "el evidente detrimento del crédito y las negativas consecuencias para la economía del país" (Resolución de 22 de febrero de 1989) que las prohibiciones de disponer implican, pueden justificarse en el puro capricho del titular de los bienes al disponer de ellos, me resulta inadmisibles.

Comparemos el supuesto de las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título gratuito con el de las pactadas en actos onerosos. Y así, resulta absurdo cerrar el Registro a una prohibición de disponer que se establece, por ejemplo, en una compraventa, para garantizar el precio aplazado, en la que aquélla responde a un claro "interés legítimo", digno de toda protección; y, sin

embargo, abrir la puerta de la Institución registral a una prohibición que no tiene otra causa que el puro capricho del disponente, por el mero hecho de que éste dispone gratuitamente de sus bienes.

La generosidad, más o menos supuesta, de la disposición gratuita no debe servir para legitimar al disponente a sustraer, a capricho, los bienes de su normal circulación económica.

La causa debe ser y es requisito esencial de validez de las prohibiciones que nos ocupan. Con palabras del mismo ALBALADEJO podemos afirmar que este requisito no lo establece explícitamente la letra de la ley, pero está en su espíritu; y, además, viene apoyado en el Derecho histórico (Romano y de Partidas); en que el criterio informador de nuestro ordenamiento jurídico es que el dominio debe ser (en principio y a falta de fundamento en contra) libre, porque otra cosa entorpecería, sin necesidad, el tráfico de los bienes; y en la analogía del caso con el de las servidumbres, que necesariamente han de satisfacer un interés.

Ahora bien, en mi opinión, si la causa es esencial, también tiene que serlo su expresión. De lo contrario de poco sirve exigir aquélla.

Es más, considero que la causa y la necesidad de su expresión son requisitos esenciales para la validez de las prohibiciones de disponer (voluntarias) en nuestra actual legislación.

Hay que prescindir ahora de la legislación hipotecaria, pues, como sabemos, no entra en la regulación de la validez de las prohibiciones de disponer voluntariamente establecidas, ya que según la propia exposición de motivos de la Ley de Reforma de 1944, ésta es materia extraña a dicha Ley, por lo que la misma se limita a regular su acceso al Registro "siempre que la legislación vigente reconozca su validez" (art. 26).

Y con respecto a nuestro Código Civil, es evidente que el mismo no impone expresamente ni uno ni otro requisito. Pero debe observarse que no podía ser de otra forma, cuando aquél no regula expresamente la prohibición de disponer. Y ante ello resulta extraño pensar que la mera referencia que a las prohibiciones de disponer hace el artículo 785.2.º, prescindiendo de los antecedentes históricos de la institución, se hiciera con la intención de facilitar más aún el establecimiento de tales prohibiciones, mediante suprimir los requisitos que el Derecho histórico venía exigiendo para la validez de las mismas.

Yo más bien me inclino a pensar lo contrario: la intención del codificador fue la de no regular la institución. En plena época antifeudalista parece absurdo entender que con tal omisión se pretendiera dar mayor juego a una institución que facilita la vinculación y la amortización de la propiedad inmueble, prescindiendo de los requisitos que en la misma época feudal limitaban sus efectos. Más lógico es pensar que el legislador pretendió ignorar la prohibición de disponer y, en todo caso y únicamente, impedir que a través de ella se violara el límite que establece el artículo 781 del Código.

En cualquier caso, los requisitos de la causa y de su expresión resultan del propio Código. Y así, no debemos olvidar que la doctrina fundamenta la validez de las prohibiciones de disponer en el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 de aquél. Este principio es el que autoriza, según la doctrina y ante la ausencia de un reconocimiento y regulación expresos, el establecimiento de las prohibiciones de disponer voluntarias.

Ahora bien, con relación a esto, no hay que olvidar:

1. El escaso juego que debe darse, según la doctrina mayoritaria al principio de autonomía de la voluntad en materia de derechos reales —y aunque en

nuestro Derecho el extraño artículo 7 del Reglamento Hipotecario haya desvirtuado esta afirmación—.

2. Que el principio de autonomía de la voluntad tiene unos límites naturales que deben ser respetados. Así, si tenemos en cuenta que, como hemos ido viendo, la prohibición de disponer:

- Es contraria al principio de libre circulación de los bienes.
- Restringe el ámbito de aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal.
- Perjudica notablemente el crédito territorial (fundamento general de la legislación hipotecaria).
- Entorpece el tráfico jurídico.
- Obstaculiza la ejecución de créditos que, como los fiscales, no deben quedar en manos de intereses particulares.
- Implica una “pérdida” en el patrimonio del afectado, sin atribución correlativa de un derecho subjetivo a otro sujeto.
- Y que, en definitiva, carece de fácil justificación en el estado actual de evolución económica y jurídica; podremos afirmar que la prohibición de disponer *sin causa* (o no expresándose la misma) es contraria a la ley y al orden público. Luego mal podemos fundamentarla en el principio que establece el artículo 1.255 del Código Civil.

Y así, podemos afirmar que la prohibición de disponer *sin causa expresa* no es válida conforme a la legislación civil, no pudiendo tener acceso al Registro y quedando sus efectos reducidos al ámbito obligacional.

Con ello, en principio, bastaría para limitar considerablemente el juego de las prohibiciones de disponer voluntarias. Pero creo que debemos y podemos llegar más lejos aún, con un criterio más restrictivo en orden al elemento causal de tales prohibiciones. En este sentido, debe mantenerse que no sirve cualquier causa para justificar la prohibición y garantizar su validez.

Así, con relación al Derecho Romano nos enseña MARTÍNEZ SARRIÓN (“Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer”, en *RDP*, año 1964, pág. 89) que si bien “la prohibición de enajenar es válida con tal que el testamento contenga la expresa referencia a una causa...”, se establecía una especie de presunción de causa: “...siempre que se acredite la existencia de una persona que pueda resultar favorecida hay que afirmar que el negocio ha devenido causal...”; sentándose así “.. un criterio restrictivo en lo que afecta a las causas de las prohibiciones de disponer...”.

Igualmente en la regulación de Las Partidas, no bastaba la causa; ésta tenía que ser “guisada”, o como dice MARTÍNEZ SARRIÓN “razonable” o “justa”. Y es que, como afirma el mismo autor, “... para que una prohibición de disponer pueda afectar al ejercicio de la facultad dispositiva *con transcendencia real*, y no meramente obligacional, se requiere que aparezca precisamente fundamentada en una causa que además se traduzca en un *beneficio efectivo* y no más o menos basado en conjeturas sin valor alguno...”. Por ello se lamenta MARTÍNEZ SARRIÓN de que no fuera aprovechada la reforma de 1944 de la Ley Hipotecaria, limitando el acceso al Registro de las prohibiciones de disponer voluntarias a aquellas “...que respondan a una justa causa y la legislación vigente reconozca su validez”.

En cierto modo éste es el sistema que sigue la Compilación de Navarra (Leyes 481 y 482) y, aunque de forma equívoca, la Catalana (art. 117).

Y con relación al Código Civil, creo que no debe bastarnos con lamentar la falta de una regulación detallada de la institución. Ya dije antes que la norma del artículo 785.2.º no puede entenderse como un cheque en blanco a la prohibición temporal. Una correcta interpretación de este artículo nos lleva a una solución diferente: nuestro Código Civil sólo contempla la posibilidad de las prohibiciones de disponer voluntarias como complemento de la sustitución fideicomisaria.

Esta debe ser la interpretación correcta, teniendo en cuenta: 1.º un argumento sistemático de ubicación de la norma dentro de la regulación general de las sustituciones y en especial de las fideicomisarias; 2.º el criterio histórico que imponen los precedentes analizados, que debían respetarse en la redacción del Código (base 1.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888), 3.º el criterio lógico, antes enunciado, de que es difícil admitir la intención de favorecer una institución que permite la vinculación de la propiedad en el codificador del siglo XIX.

Teniendo en cuenta esto y lo antes visto con relación a la causa, podemos concluir afirmando que sólo es válida la prohibición de disponer hecha a favor de persona determinada. Así sólo debe admitirse como causa de la prohibición de disponer voluntaria la intención del imponente encaminada a que los bienes hagan tránsito a otra persona después del adquirente a quien se impone aquélla. Y, en su caso, la que implique la simultánea atribución (aunque sea mediante reserva del imponente) de la facultad dispositiva sobre los mismos bienes a otro sujeto.

Con ello conseguimos que la “pérdida” que para el patrimonio del deudor representa la prohibición de disponer tenga como contrapartida (y causa) la atribución de derechos a la persona a cuyo favor se hace aquélla. Y una vez delimitados los derechos que pertenecen a los sujetos, afectado y favorecido con la prohibición, quedan igualmente delimitados los que sobre aquellos corresponden a sus respectivos acreedores.

Y aun cuando puede alegarse que de esta forma la prohibición de disponer, en el orden sucesorio, se reconduce al ámbito de la sustitución fideicomisaria, debe advertirse que no se confunden totalmente ambas figuras (pues ésta puede existir sin aquélla) y que, en todo caso, ello no sería un inconveniente, sino todo lo contrario, si tenemos en cuenta que la sustitución es una institución que, al menos, goza de un reconocimiento legal expreso y de un desarrollo doctrinal y jurisprudencial lo suficientemente claro como para delimitar correctamente los derechos de todos los interesados en los bienes a que afecta, incluidos los de los acreedores de sus titulares.

Y tampoco hay obstáculo en admitir, en el orden de las disposiciones *inter vivos* la prohibición de disponer implícita en la donación con reserva de la facultad dispositiva a favor del donante (a que se refiere el art. 630 del Código Civil), pues, aparte de que en este caso no existe el inconveniente de la amortización del bien donado (que en general implica la prohibición de disponer), quedan igualmente delimitados los derechos que pertenecen a donante y donatario, sin que quepa plantear problemas a la ejecución de unos y otros por sus acreedores. Y lo mismo ocurre en los casos en los que, ya sea por disposición *inter vivos*, ya por disposición *mortis causa*, la prohibición se impone al nudo propietario como consecuencia de la atribución de las facultades dispositivas al usufructuario.

Para terminar, es justo reconocer que la interpretación propuesta no está exenta de dudas y problemas, pero, en cualquier caso, considero que es preferible que tales dudas se planteen antes de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la cláusula restrictiva, haciendo recaer la calificación registral (restrictiva)

sobre la validez de la prohibición (como autoriza el art. 26 de la Ley), y no, una vez inscrita la misma, sobre los efectos de la prohibición inscrita (como pretende la Resolución comentada). Pues esto último perjudica gravemente la seguridad del tráfico que pretende la Institución registral.

J. A. G. P.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR RICARDO DE ANGEL YÁGUEZ

CONTRATO DE OBRA. VICIOS DE LA CONSTRUCCION. LA FIGURA DEL PROMOTOR. RESPONSABILIDAD DE LOS QUE INTERVIENEN EN LA OBRA (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—El motivo primero del recurso, por la vía del artículo 1.692 número 5, impugna la sentencia por infringir el artículo 1.591 del Código Civil. Para la recurrente su condición de promotora de la construcción, que pactó con un solo contratista la edificación, y no separadamente con los distintos gremios, la deja fuera del círculo de los responsables. El motivo no puede ser acogido porque es muy reiterada la jurisprudencia de esta Sala, que adaptando la insuficiente regulación legal del contrato de ejecución de obras a las necesidades sociales de tutela judicial efectiva ha ampliado su ámbito de aplicación en distintos aspectos, y ciñéndonos al que ahora interesa ha extendido la cualidad de constructor al promotor del edificio (SSTS 28 noviembre 1970, 11 febrero 1985, 9 marzo 1988 y 17 mayo 1988), sin que sea sostenible la diferencia entre promotor-vendedor que selecciona un solo constructor, del que elige los diversos gremios que intervienen en la obra.

El motivo segundo denuncia la infracción de la jurisprudencia relativa al litisconsorcio pasivo necesario por la vía del número 4 del artículo 1.692, lo que por sí solo es causa de desestimación porque el cauce adecuado es el número 5 del artículo 1.692. El objeto del motivo de dicho número 4 nada tiene que ver con la jurisprudencia que ha definido y regulado las situaciones litisconsorciales. Sin embargo, cualquiera que sea el error de planteamiento o la insuficiencia de fundamentación (ni siquiera cita una sola sentencia de la jurisprudencia supuestamente ignorada), por tratarse de institución que puede ser aplicada de oficio

(SSTS 31 diciembre 1985 y 6 junio 1988), baste decir en ratificación del criterio desestimatorio que es reiterada la doctrina que emana de las sentencias de la Sala en las que se declara suficiente demandar al contratista (STS 4 marzo 1988) sin necesidad de traer al proceso a otros colaboradores o a los técnicos a quienes el actor no atribuya ningún grado de responsabilidad. Todo, naturalmente, sin perjuicio de que los demandados traídos al proceso puedan lograr su absolución demostrando que son ajenos a las causas de la ruina o que son otros los causantes. O que puedan acreditar que junto a ellos hubo otros culpables con quienes compartirán solidariamente la condena si así lo decide el Tribunal, cuando no atribuya cuotas determinadas en proporción al valor causante de las respectivas conductas. En cualquier caso, sin necesidad de litisconsorcio y sin perjuicio de las acciones de repetición que en su caso procedan entre el condenado y los demás intervinientes en la obra.

En el tercero y último motivo del recurso, con base en el número 5 del artículo 1.692, se denuncia la infracción del artículo 1.490 del Código Civil, por inaplicación. Para la recurrente, los vicios del inmueble de autos tienen la consideración de ocultos y la reclamación debió formularse dentro de los seis meses siguientes a la entrega de la cosa vendida. Merece igual suerte desestimatoria que los anteriores. La Sala, en multitud de sentencias (27 mayo 1988, 22 febrero 1988, entre otras muchas), ha elaborado una completa definición de los conceptos de ruina funcional, vicios de la cosa que la hacen inadecuada, todos los cuales son comprendidos por el artículo 1.591 del Código Civil y rechaza que le sea aplicable el estrecho precepto del artículo 1.490, absolutamente insuficiente para satisfacer la necesidad de tutela judicial, ya aludida al estudiar el motivo primero de este recurso.

R. DE A.

CONTRATO DE PERMUTA. INCONGRUENCIA: NO EXISTE. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: NO EXISTE (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo delcaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La demanda formulada por el hoy recurrente interesaba la condena de la demandada a otorgar escritura pública de compraventa del solar de su propiedad y a recibir el piso en planta primera con el acceso a través del pasillo del portal de lo que le otorgaría el actor también escritura pública, a la que se opuso dicha demandada, ahora recurrida, solicitando su desestimación y por vía reconventional solicitaba la condena del actor reconvenido a que le pagara 570.000 pesetas más los intereses legales en concepto de daños y perjuicios y a que otorgara escritura de 75 metros cuadrados de local comercial en pago del exceso de volumen edificado referido a los locales existentes en la casa levantada sobre el solar de la pertenencia de la accionada, sita en la calle Juan Coto, número 15, de Herencia (Ciudad Real), y a que regularice la situación urbanística, licencia de obra, visado del Colegio de Arquitectos y otros trámites complementarios con tal propósito, que igualmente fue rechazado por el demandante en su escrito de réplica. La sentencia recurrida ahora, tras resolver en apelación, lo que ambas partes litigantes habían promovido, se pronunció en el sentido de desestimar la demanda y las peticiones reconventionales de condena

al pago de cantidad y a realizar los trámites precisos para la regularización administrativa del edificio y, estimando parcialmente la reconvencción, condenar al actor a que entregue a la demandada, como contraprestación por la transmisión del solar discutido, en el mismo acto en que ésta se produzca, la vivienda determinada y el pasillo que le han sido ofrecidos, más dos cuartas partes de locales comerciales del edificio, que se determinaría en ejecución de sentencia hasta un límite máximo de 75 metros cuadrados, más los elementos comunes correspondientes a tales partes privativas del edificio construido. El recurso de casación se promueve por la parte actora y reconvenida.

El primer motivo del recurso, aunque no señala el ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se apoya, al citar en su desarrollo el artículo 359 de la citada Ley como infringido, implícitamente se ampara en el número 3.º del precepto citado en primer lugar, lo que viene a coincidir con el motivo segundo de idénticas bases jurídico-procesales y que se proyectan sobre la pretendida incongruencia de la sentencia del Tribunal de instancia. El primero ha de rechazarse porque entiende que la sentencia recurrida debió, para no hacer puramente ilusorias las pretensiones de las partes, acordar el otorgamiento de escritura pública de permuta, si es que la calificación adecuada del contrato objeto del litigio merecía tal conceptualización a tenor de su naturaleza, pero no denegar el otorgamiento de la de compraventa, ya que realmente ello no comportaría la incongruencia que la Sala de Apelación quería evitar con excesivo celo, dado que no se hubiera incurrido en tal defecto, pues las sentencias no tienen que amoldarse rígida y literalmente a lo pedido, sino que las declaraciones del fallo tengan la eficacia jurídica necesaria para resolver todos los puntos del debate. El motivo así considerado, insistimos, ha de rechazarse por cuanto el fallo, ciertamente no ha de sujetarse literalmente a las pretensiones de las partes, pero sí han de contener los datos y factores precisos para hacer viables sus pronunciamientos y sobre todo que sean ejecutables por sí mismos y es obvio que el otorgamiento de las escrituras de compraventa que ambas partes solicitaban no hubieran sido permisibles sin la previa constatación de un precio, el que fuere, que no aparece en forma alguna en el documento privado de 8 de noviembre de 1980 y que es requisito *sine qua non*, para su formalización como se desprende de la simple lectura del artículo 1.445 del Código Civil. Por lo demás, es evidente que la atipicidad proclamada de esta clase de negocios jurídicos y encasillables en el artículo 1.538 del referido Código como contratos de permuta por su mayor aproximación de estructura negocial no es sino consecuencia de que el precedente de la permuta a partir del derecho prejustinianeo es el de los contratos innominados *do ut des*, lo que no empece para el otorgamiento de escritura de permuta en ejecución de lo convenido y del fallo teleológicamente entendido.

En cuanto al segundo motivo en el que la incongruencia supuesta de la sentencia, se hace radicar en que además de lo "permutado", condena al actor a hacer entrega también de una cuarta parte de los locales construidos, no teniendo en cuenta que el solar adquirido por el actor era con propiedad plena y sin limitaciones y condicionamientos de ningún género, tampoco puede prosperar porque técnicamente lo concedido en la sentencia está en función de lo solicitado en la reconvencción, por lo que podrá o no estar acorde con el ordenamiento jurídico, pero de lo que no se puede tachar es de incongruente, conforme a la regla procesal definitoria del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia que lo interpreta. Por último, ha de observarse que la condena pronunciada lo ha sido a virtud de un contrato conceptualizado como de permuta,

cuyo carácter consensual (art. 1.538 del Código Civil) fuerza a tener presente el conjunto de obligaciones recíprocas que en él se constatan y como quiera que la contraprestación de permuta a la cesión del solar es la entrega de un piso de 130 a 140 metros cuadrados, con un acceso a través del pasillo del portal, lo que conlleva como inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos comunes del edificio, es patente que la edificación de locales comerciales lo ha sido a costa de esos elementos comunes a que se refiere el artículo 396 del Código Civil en los que forzosamente están ubicados, "tales como el suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, etc.", lo que arguye en pro de la perfecta y ajustada acomodación de la sentencia combatida al ordenamiento jurídico, pues de otra suerte se verían menoscabados los derechos de la propietaria del solar, al quedar menguada su coparticipación en el conjunto inmobiliario que integra el nuevo edificio considerado como un todo y con grave desequilibrio de los intereses de los contratantes, que para mayor significación gráfica de la obligación convenida en punto a lo permutado, suscribieron un anexo al contrato especificando lo que habría de construirse por el hoy recurrente y en el que no figuran locales comerciales sino tan sólo cuatro viviendas, de acuerdo con la estipulación segunda del documento principal.

Con lo expuesto precedentemente queda claro que el tercer motivo al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que denuncia la infracción del artículo 1.538 del Código Civil por inaplicación, queda rechazado por cuanto todo el alegato que en él se contiene está en íntima conexión con la incongruencia ya estudiada y la distinción entre la compraventa, cuyo término gramatical emplea el contrato y la permuta que es la calificación dada por la Sala de Apelación que aquí se ratifica y con las consecuencias ya definidas por dicha Sala en orden a la reciprocidad de contraprestaciones convenidas en el contrato letigioso de 8 de noviembre de 1980 y que en los anteriores fundamentos jurídicos se han analizado.

También el cuarto motivo formalizado al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que acusa la infracción de doctrina legal en lo atinente al enriquecimiento injusto, en atención a que si se ha producido un desequilibrio económico en la ejecución del contrato no puede definirse como injusto, pues para ello sería preciso —enriquecimiento sin causa—, la ausencia de un pacto vinculante entre partes, lo que no acaece aquí. La doctrina expuesta que es exacta y certera no cabe proclamarla en el presente caso como contraste de la seguida en la sentencia recurrida, que en ningún momento ha hecho uso de tal regla jurídica para su aplicación al caso que nos ocupa y que en ella se resuelve por vía del exacto cumplimiento de lo convenido, como se deduce de la simple lectura de los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la sentencia referida, por lo que no puede objetársele hacer aplicación de una doctrina legal en forma errónea, ya que precisamente la rechaza en forma expresa y contundente.

R. DE A.

ARRAS PENITENCIALES: CARACTER EXCEPCIONAL E INTERPRETACION RESTRICTIVA (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Procede desestimar el primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, que la recurrente doña María de los Dolores S. M., al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formula, con base en pretendido error en la apreciación de la prueba, y que fundamenta en el contenido de las actas notariales números 1.353 y 1.519 del año 1977, correspondientes al protocolo del Notario de Madrid don Juan Manuel de la Puente Menéndez, de los que trata de deducir que no le incumbe responsabilidad incumplidora del contrato en cuestión, porque tales documentos lo único que revelan es que la vendedora, doña María de los Dolores S. M., concedió el plazo que expresa a la entidad demandante reconvenida para el cumplimiento del contrato de compraventa en cuestión, dentro del cual tal entidad compareció ante Notario al efecto, y que a fines de dicho otorgamiento debería comunicarle la fecha y momento en que, dentro del indicado plazo señalado, había de reunirse con la referida compradora en la correspondiente Notaría la vendedora, pero no que ésta hubiese dado adecuado cumplimiento a las obligaciones referentes a la compraventa concertada de que se trata, ni por tanto que no se hubiere dado la situación de incumplimiento por su parte que la expresada sentencia recurrida acoge; aparte que esta resolución, al dar por reproducidas las razones expuestas y aducidas en la dictada en fase procesal de primera instancia, llega a la solución de resolución del mencionado contrato de compraventa (apartado cuarto del primer considerando de la sentencia pronunciada por el Magistrado-Juez de Primera Instancia número 2 de Murcia, en relación con el fundamento de Derecho quinto de la dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete) por petición efectuada al respecto por ambas partes, o sea, por la demandante "Construcciones V., S.L.", y la demandada doña María de los Dolores S. M.

A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo segundo, formulado, al amparo del número 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida infracción del artículo 1.281 del Código Civil, porque al establecer el documento privado de 31 de mayo de 1977, reflejador de la compra-venta en cuestión, la recepción por la vendedora doña María de los Dolores S. M. de la cantidad de cinco millones de pesetas como señal o prenda por la venta de una casa en ruinas designada como de su propiedad, situada en Murcia, Plaza de Santa Isabel, y cuyo total hasta dieciocho millones de pesetas se le entregarían al contado en el momento de hacer la escritura en la Notaría el día 30 de abril de 1977, claramente está poniendo de manifiesto, como certeramente ha sido apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, que la indicada suma de cinco millones de pesetas entregada a nombre de la entidad compradora y recibida por la vendedora, responde no a arras penitenciales, en previsión de un posible desistimiento o retroacción que se autorizaba de antemano, ni a arras penales, derivada de entrega hecha en garantía de la indemnización que pudiera originar el incumplimiento, ni tan siquiera de meras arras confirmatorias, consistente en la entrega de una cantidad en señal de confirmación del contrato, una vez perfeccionado éste, que como de tal indole es de atribución al total precio fijado a la compraventa, con la consiguiente obligación de devolución cuando el contrato se resuelve por incumplimiento atribuido al vendedor, sino simplemente de la entrega de una suma asignada al precio total, y como anticipo parcial del mismo, porque, como tiene declarado esta Sala en Sentencias de 24 de noviembre de 1926, 11 de octubre de 1927, 8 de julio de 1933, 5 de junio de 1945, 22 de octubre de 1956, 1 de abril de 1958, 20 de mayo de 1967, 10 de diciembre de

1970, 17 de febrero de 1982 y 10 de marzo de 1986, las arras tienen un carácter excepcional, que exige una interpretación restrictiva, sólo susceptible de apreciar como existentes cuando se evidencia una voluntad indubitada de las partes en tal sentido, emanante de una adecuada interpretación del contrato, que es precisamente lo efectuado por el Tribunal *a quo*, puesto que las palabras y los términos del referido documento privado de 31 de mayo de 1977 ponen de manifiesto que la controvertida suma de cinco millones de pesetas respondía tan sólo a la efectividad en parte del total precio de dieciocho millones de pesetas fijado a la compraventa de que se viene haciendo mención y por tanto con asignación al mismo.

R. DE A.

PROPIEDAD Y TRANSMISION DE PROGRAMAS INFORMATICOS (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró sí haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La sentencia impugnada, revocatoria de la dictada en primera instancia, estima la demanda interpuesta por un centro de cálculo y tratamiento de la información, condenando a la sociedad anónima mercantil demandada, dedicada a equipos industriales, al pago de cantidad correspondiente a trabajos de ordenador, realizados por la actora, en beneficio de la demandada, y desestima la reconvencción que pretende pago por la actora de cantidad correspondiente a gastos de la reconviniente debidos a que la demandante se había negado a entregarle los programas que confeccionó y que pasaron a ser de su propiedad, según lo pactado. La base del razonamiento de la sentencia consiste en estimar que la demandada reconviniente no ha probado que los programas confeccionados por la actora han pasado a ser de propiedad de la demandada.

La prestación de técnicas informáticas no tiene, necesariamente, una calificación uniforme, puesto que puede consistir en un contrato de actividad, asimilable al de arrendamiento de servicios o un contrato de resultado, dentro del concepto genérico del arrendamiento de obra y puede concertarse concesión de la propiedad de los programas (hoy reconocida, como objeto de propiedad intelectual, en el art. 10.1, i) de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, y desarrollado en el Libro I, Título VII, artículos 95 a 100, ambos inclusive, lo que lleva a la desestimación del motivo 3.º que, amparado en el artículo 1.692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pretende la infracción de los artículos 1.258 y 1.287 del Código Civil, al entender que es consecuencia natural del contrato la transmisión de la propiedad de los programas, pues ésta no puede extenderse a la peculiar disposición de los elementos que constituyen un trabajo de creación, sino que alcanza solamente a los objetos confeccionados según esa disposición, por lo que la transmisión de la propiedad depende de lo pactado en cada caso.

En este caso la transmisión de la propiedad de los programas, según mantiene el motivo 1.º, basado en el artículo 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el motivo 2.º amparado en el número 5.º de dicho artículo, por infracción del artículo 1.281 del Código Civil, resulta del apartado 2.º de la carta obrante en el folio 76 en el que se lee: "Los programas articulados por el centro de cálculo para la ejecución de los trabajos objeto del presente contrato serán de

la exclusiva propiedad de "R. V., S.A.". Este documento es determinante, claro y no ha sido contradicho, antes bien, confirmado sustancialmente por la prueba de confesión (posiciones 5.^a y 8.^a) absueltas por la actora y no combatido directamente por otras pruebas, por lo que deben estimarse ambos motivos.

R. DE A.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: SOLO ES EFICAZ CONTRA LOS ACTOS DISPOSITIVOS CELEBRADOS Y CREDITOS CONTRAIDOS CON POSTERIORIDAD (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró si haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Es reiteradísima doctrina de esta Sala desde la Sentencia de 7 de marzo de 1896 hasta la de 26 de febrero de 1980, pasando por las de 21 de febrero de 1912, 31 octubre 1928, 2 marzo 1943, 29 noviembre 1962 y 14 diciembre 1968, entre otras, que la garantía de la anotación preventiva de embargo sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación y no en cuanto a los actos de disposición ni tampoco sobre los créditos anteriores de derecho preferente al del embargado, el cual no altera la situación jurídica existente respecto de los actos dispositivos otorgados anteriormente por el mismo deudor, aunque no se hubiesen registrado.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD DEL NAVIERO. BUQUE AL MANDO DE PERSONA SIN TITULO DE CAPITAN. INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA. EXCLUSION DEL SINIESTRO A LA LUZ DE LA POLIZA DE SEGURO. NEGLIGENCIAS DIVERSAS DEL NAVIERO (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró si haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid de fecha 21 de marzo de 1987, que, revocando la de primera instancia, les condena a abonar, en la proporción correspondiente a cada una, a la naviera entidad mercantil "M., S.A.", la cantidad total de treinta y cuatro millones de pesetas, con base en el contrato de seguro marítimo del buque "Tirán", por siniestro del mismo, cubierto por dicho seguro (varamiento seguido de abandono), las entidades aseguradoras condenadas. "Banco Vitalicio de España, S.A.", "Nacional Hispánica Aseguradora, S.A.", "Compañía Española de Seguros, S.A.", "Plus Ultra, S.A.", y "Bilbao Compañía Anónima de Seguros", interponen el presente recurso de casación, que articulan a través de seis motivos.

El vehículo casacional que brinda el cauce procesal del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere exclusivamente al error de hecho en la apreciación de la prueba, requiere de manera inexcusable la cita del documento o documentos concretos que, por sí solos y sin necesidad

de deducciones ni formulación de hipótesis, evidencien el error que se dice denunciar, sin que sea dable en dicho motivo involucrar el error de hecho con el derecho, ni tampoco, al amparo del mismo, pretender que este Tribunal lleve a efecto una nueva valoración de todo el material probatorio obrante en autos, con olvido de que este extraordinario y singular recurso no es una tercera instancia, sino un remedio procesal tendente a determinar si, dados unos determinados hechos, es de aplicación el derecho tal como lo hizo el Tribunal *a quo*.

Con base en la doctrina anteriormente expuesta ha de procederse a la desestimación de los dos primeros motivos, articulados ambos por el cauce del ordinal cuarto, pues en ninguno de los dos se cita ningún documento que reúna las expresadas condiciones de idoneidad exigibles para poder servir de soporte a los mismos, ya que en el primero de ellos únicamente se invoca la prueba testifical practicada en la instancia, cuando es sabido que, según doctrina constante de esta Sala, las declaraciones testificales no son idóneas para fundamentar el invocado error en la apreciación de la prueba y que la valoración de la prueba testifical es de la discrecional apreciación del juzgador de instancia, según las reglas de la sana crítica, por lo que tal valoración no está sujeta a censura en casación, y a través del segundo motivo, sin citar tampoco ningún documento hábil, lo que se pretende es hacer una nueva valoración de toda la practicada y sustituir el criterio valorativo del órgano jurisdiccional por el de los propios recurrentes, aparte de que en ambos motivos inciden en una involucración del error de hecho con el de derecho, como lo evidencian las citas indiscriminadas y sin orden alguno que en ellos hacen de numerosos artículos de los Códigos Civil y de Comercio, con desconocimiento u olvido de que la denuncia del error de derecho o de la infracción de normas del ordenamiento jurídico ha de hacerse por el cauce del ordinal quinto, dentro de cuyo adecuado ámbito y a través de alguno de los cuatro restantes motivos que por el mismo articulan los recurrentes podrá ser estudiada y ponderada la calificación jurídica que haya de corresponder al hecho, que las sentencias de ambas instancias consideran probado, de que la entidad naviera y asegurada, aquí recurrida, "M., S.A.", utilizara para el viaje marítimo en que ocurrió el siniestro, como Patrón o Capitán del buque siniestrado, a quien carecía de la titulación técnica y oficial exigida para ello, que es lo que, pese al confusiónismo con que aparecen desarrollados todos los motivos, constituye el único núcleo cardinal de toda la cuestión debatida.

La complejidad de funciones que, como delegado de la autoridad del Estado, director técnico de la navegación y representante del naviero en su actuación comercial, ha de desarrollar todo Capitán de un buque, justifican la exigencia de unas especiales y rigurosas condiciones de idoneidad para el desempeño de dicho cargo, que nuestro Código de Comercio determina en su artículo 609, entre los cuales señala la de "hacer constar la pericia, capacidad y condiciones necesarias para mandar y dirigir el buque, según establezcan las leyes, ordenanzas o reglamentos de marina o navegación", cuyo desarrollo reglamentario se halla contenido en el Decreto 2596/74, de 9 de agosto, que después de relacionar en su artículo primero los distintos títulos profesionales de las Marinas Mercante y de Pesca, en el artículo siguiente prescribe al objeto que aquí nos interesa, que el título de "Capitán de la Marina Mercante" habilita para el mando de buques mercantes dedicados a cualquier clase de navegación, sin limitación de tonelaje, el de "Piloto de Primera Clase de la Marina Mercante" para el mando de buques mercantes dedicados a cualquier clase de navegación, hasta 1.590 TRB (Toneladas de Registro Bruto) y el de "Patrón Mayor de Cabotaje" para el mando de buques dedicados a la navegación de cabotaje, hasta 700 TRB.

Al aparecer incuestionado en el proceso del que este recurso dimana que don Felipe-Jerónimo R. S., cuyo título era el de "Patrón Mayor de Cabotaje", expedido el 14 de octubre de 1977, con antigüedad del día 5 de iguales mes y año, no estaba facultado para mandar el buque "Tirán", dado que el tonelaje de éste era de 1.270,52 TRB, lo que determinó que, por haberlo estado mandando durante el viaje a que se refiere este proceso, fuera condenado por la jurisdicción penal (Sentencia número 89, de fecha 22 de julio de 1981, dictada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Vigo, en diligencias preparatorias número 71 de 1981) como autor de un delito de intrusismo previsto y penado en el artículo 74 de la Ley Penal de la Marina Mercante, cuyos hechos admiten como probados las sentencias de ambas instancias, parece no ofrecer duda que la conducta observada por la entidad naviera asegurada, aquí recurrida "M., S.A.", al contratarle como capitán o Patrón del expresado buque, para el viaje marítimo aquí cuestionado, cuando conocía o, en todo caso, tenía la obligación de conocer que el título del mismo no le habilitaba para el mando de dicho buque, no puede merecer otra calificación que la de constitutiva de negligencia grave, como, en caso similar al presente, así la calificó esta Sala en Sentencia de 9 de noviembre de 1962, y como acertadamente así lo ha entendido la sentencia de primer grado recaída en el proceso de que este recurso dimana, sin que pueda estimarse, como causa justificativa o exculpatoria de la mencionada conducta, el hecho de que la Ayudantía de Marina de Arrecife de Lanzarote expidiera "patente de navegación", con fecha 22 de noviembre de 1977, para dicho viaje del expresado buque "Tirán", teniendo como capitán o Patrón del mismo a don Felipe-Jerónimo R. S., pues tal patente fue expedida partiendo del dato falso, por alguien suministrado, de que el señor R. S. tenía el título de "Piloto de Primera Clase de la Marina Mercante", como en ella se dice, cuando lo cierto es que sólo lo tenía de "Patrón Mayor de Cabotaje", por lo que el hecho de que la referida Ayudantía de Marina, cuya forma de actuación no nos corresponde aquí calificar ni enjuiciar, expidiera la aludida "patente de navegación" sin cerciorarse previa y fehacientemente de cuál era la titulación verdadera del que se presentaba como Patrón o Capitán del buque, pueda eliminar, ni disminuir, la calificación jurídica, ya expresada, que corresponde a la conducta observada por la entidad naviera que, sabiendo o debiendo saber que el señor R. S., carecía de la titulación necesaria, lo contrató para tal cometido y le encomendó el mando del buque.

Los razonamientos que acaban de exponerse en los dos fundamentos jurídicos anteriores han de traer, como lógica consecuencia, la estimación de los motivos tercero y quinto, íntimamente relacionados entre sí, con sede procesal los dos en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que el motivo sexto, con idéntica sede, que también se refiere al mismo tema aquí cuestionado y por el que acusa infracción de "la doctrina sentada por la Sentencia de 9 de noviembre de 1962 de la Sala Primera del Tribunal Supremo", pueda ser tomado en consideración, ya que, como tantas veces ha dicho esta Sala (Sentencias de 30 de noviembre de 1984, 1 de marzo de 1985, 14 de febrero y 10 de marzo de 1986, entre otras muchas), el recurso de casación no puede válidamente asentarse en una sola sentencia de esta Sala que, por su unicidad, hace quebrar la denuncia infracción de la doctrina legal, que exige, al menos, dos resoluciones conformes para que pueda darse. Por los dos expresados motivos, dentro del confuso desarrollo que caracteriza a todo el recurso, los recurrentes denuncien (en el tercero) infracción "de las normas de ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia para resolver las cuestiones objeto de debate, consistentes en la validez o nulidad de la póliza al introducir riesgos que se salen de su

cobertura y por tanto la obligación del asegurador de pagar la indemnización", remitiéndose después, aunque sin concretarlos, a una numerosa serie de preceptos que ya había invocado en el motivo segundo, pese a haber formulado éste por el cauce del ordinal cuarto, entre ellos los artículos 1.069, 1.091, 1.255 y 1.258 del Código Civil, y 755, 756 (números 4 y 7) y 737 del Código de Comercio, en relación con los artículos 2.º y 40 de la póliza del seguro marítimo concertado entre las partes, e infracción del artículo 1.214 del Código Civil (en el motivo quinto). Efectivamente, siendo el contrato de seguro, como cualquier otro, ley para las partes (art. 1.091 del Código Civil), en el sentido, por lo que aquí nos interesa, de que la cobertura del seguro se extiende a amparar los riesgos dentro de los límites pactados, no alcanzando a aquellos que, por voluntad de las partes, hayan sido excluidos en la póliza (párrafo primero del art. 756 del Código de Comercio, con referencia específica al seguro marítimo, que aquí nos ocupa, y artículo 1.º de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, con referencia a todo contrato de seguro), y apareciendo probado, por un lado, que el artículo 2.º del condicionado general de la póliza del seguro marítimo objeto de litis, bajo el epígrafe "Riesgos excluidos", excluye de su cobertura "los daños provenientes de dolo o negligencia grave del armador, de sus mandatarios o consignatarios en tierra" y, por otro, que la entidad naviera, como se ha razonado en los dos fundamentos anteriores, incurrió en negligencia grave, al contratar como Capitán o Patrón del buque "Tirán" a quien carecía de la titulación legalmente exigida para ello y cuya impericia, como seguidamente se dirá, fue la determinante de la varada voluntaria y posterior abandono del buque, aparece evidente que, al no haber la Sala *a quo* considerado que el siniestro ocurrido se hallaba excluido de la cobertura del seguro objeto de litis, ha incurrido en infracción de los preceptos citados. Por otra parte, al afirmar la sentencia recurrida, en su fundamento de Derecho quinto, que "frente a la realidad evidente del varamiento de la nave y de contrato de seguro, para que éste no surta los efectos compensadores del riesgo asegurado es preciso demostrar (no estimular sospechas e insinuar acusaciones). Los hechos en que se funda el rechazo del siniestro" y, en el sexto, que "el Capitán fue efectivamente condenado por intrusismo, al no poseer título que le habilitara para mandar la nave, pero en la misma causa penal se depuró el posible delito de varamiento de nave y terminó sin condena, por lo que su actuación al varar el buque, ni en la causa penal, ni en el presente proceso civil, puede ser calificada de maniobra contraria a las buenas maneras de navegar y de gobernar la nave, porque ninguna prueba lo acredita", viene con dicha argumentación la referida sentencia a sostener que era la entidad aseguradora demandada, aquí recurrente, la que tenía la carga de probar la culpa o negligencia con que había procedido el referido Patrón o Capitán al varar voluntariamente el buque, cuya solución o tesis no puede ser aceptada, pues habiendo probado la aseguradora que dicho Patrón carecía de título adecuado y suficiente para poder ostentar el mando del buque, lo que ya entraña una presunción de impericia para el manejo del mismo, se ha de producir necesariamente una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que era la entidad naviera la que estaba obligada a probar que el referido Patrón procedió con toda la diligencia exigible a un experto Capitán, al decidirse a realizar el varamiento voluntario de la nave, por lo que, al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, ha incurrido en infracción del artículo 1.214 del Código Civil, regulador del *onus probandi*, cuya prueba, por otro lado, no sólo se ha producido, sino que del material probatorio obrante en autos se desprende que dicho varamiento no era necesario realizarlo, pues teniendo en cuenta que el viaje lo hacía el buque "en lastre, es decir, sin carga alguna, la

reserva de flotabilidad del mismo, a pesar de la vía de agua producida en la sala de máquinas, permitía, sin peligro de hundimiento, haber pedido auxilio a Dakar, de donde distaba aproximadamente 50 millas, para su remolque y posterior reparación, sin necesidad de embarrancarlo, como en reciente ocasión anterior (12 de octubre de 1977) se había hecho cuando el buque "Tirán" estaba regido por otro Capitán con titulación adecuada y con suficiente competencia técnica, el cual, a pesar de llevar el buque totalmente cargado con cemento, ante la misma avería (entrada de agua por el prensa y no tener bomba para achicar las sentinas) y hallándose a unas 44 millas de Casablanca, pidió auxilio y fue remolcado a dicho puerto, en donde fue reparado, aparte de que en el presente supuesto litigioso en buque se hizo a la mar con la bomba de achique ya averiada, pues salió del puerto de Banjul (Gambia) a las nueve horas del día 30 de diciembre de 1977 y a las quince horas y cuarenta minutos del mismo día, en que se inició la vía o entrada de agua por el prensa, ya no pudo ser utilizada la referida bomba de achique por no funcionar. la misma, así como el buque inició el viaje careciendo del ancla del lado de babor, lo que impidió fondearlo adecuadamente, una vez varado, en vez de dejarlo a merced del movimiento de la marea. En resumen, la calificación de negligencia grave que, como ya se dijo, corresponde a la conducta de la entidad naviera, al contratar como Patrón del buque a quien carecía de título adecuado y suficiente para ello, como en caso similar al presente declaró esta Sala en la ya citada Sentencia de 9 de noviembre de 1962, ha de ser mantenida, al no haber sido la misma compensada o eliminada por una diligente actuación del Patrón o Capitán por ella elegido, todo lo cual ha de llevar a la conclusión, con estimación de los motivos examinados, de que el siniestro ocurrido quedaba excluido de la cobertura del contrato de seguro marítimo objeto de litis.

El acogimiento de los motivos tercero y quinto, que nos releva del estudio del cuarto, ha de llevar aparejada, con la estimación del presente recurso, la casación de la sentencia recurrida y la confirmación del fallo de la de primera instancia, sin hacer imposición de las costas de aquellas instancias, ni de las de este recurso, y sin que haya lugar a acordar la devolución del depósito al no haber sido el mismo constituido, por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

R. DE A.

CONTRATO DE OBRA: DESISTIMIENTO DEL DUEÑO DE LA OBRA. LIQUIDACIONES RECIPROCAS (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Con ocasión de haberse convenido por el demandado como dueño de la obra con el demandante la construcción de una vivienda y unas galleras en la Urbanización "Priorat de Banyeres", del Ayuntamiento de Banyeres del Penedés, por medio de contratos privados de 24 de febrero, 5 de mayo y 30 de mayo del año 1979, en cuyos dos últimos se modificaban sucesivamente la obra a realizar, pues la inicial recaía sobre las parcelas 330 a 333, propiedad del demandado, que luego se extendió a las parcelas 328 y 329, adquiridas posteriormente y colindantes con aquéllas, y para cuyas obras servían de

normativa a seguir en la construcción el proyecto, memoria, pliego de condiciones y planos redactados y confeccionados por los Arquitectos señores B. P., siendo este último señor P. S. el Director Facultativo de su ejecución; pero habiendo surgido diferencias sin haberse ultimado tal ejecución, el contratista abandonó los trabajos y el dueño de la obra comunicó al primero su decisión de tener por extinguida la relación contractual, lo que dio lugar a la promoción de la presente litis, por la que el contratista demandante reclama la diferencia entre el valor de la obra ejecutada y la parte de precio percibida, en tanto que el demandado reclama por vía reconventional la diferencia entre el coste final de la obra que terminaron a su cargo otros artífices y el inicialmente presupuestado y convenido entre ambas partes, así como lo correspondiente al retraso de la obra en función de la fecha de entrega concertada y la penalización pactada para en su caso y la retención por la garantía del trabajo efectuado del 10 por 100 del precio a satisfacer. Como quiera que ambas partes recurrieron en apelación, la Sala de instancia, en forma definitiva, se pronunció estimando en parte la demanda, relegando al período de ejecución de sentencia la fijación de la cantidad concreta a satisfacer por el dueño de la obra, una vez se valore a los precios vigentes en las fechas que se libraron las tres certificaciones acompañadas a la demanda y se deduzcan 3.841.714 pesetas, que es la parte del precio entregado por el demandado al actor, con lo que se modificaba lo dispuesto por el Juzgado de Primera Instancia que especificó tal diferencia, de plano, en 61.488 pesetas, y desestimando íntegramente la demanda reconventional.

El primer motivo, el amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa el error de hecho en que incurre la sentencia de apelación al denegar en la litis la concreción del dinero a pagar por el demandado, habida cuenta de la existencia de certificaciones de ejecución de obra, más la valoración que el propio Arquitecto Director de la misma hizo en la certificación obrante al folio 91 y la cantidad anticipada entregada por el dueño, cuya constancia en autos tiene la conformidad de las partes y está reconocida en ambas sentencias de instancia, por cuya razón se estima por el recurrente y así lo expone en el cuarto motivo que por la vía del ordinal quinta del mismo precepto procesal denuncia la infracción del artículo 360 de la misma Ley y jurisprudencia que lo interpreta, que proscribe diferir al período de ejecución de sentencia la especificación de cantidades líquidas cuando éstas resulten claramente determinadas de las actuaciones principales. Como se advierte claramente, ambos motivos tienen una misma raíz crítica de la sentencia de la Sala de Apelación y encaminada a un mismo fin. Y en efecto, dado que la certificación e informes del Arquitecto señor P. no sólo tiene en cuenta las tres certificaciones de obra expedidas por el mismo anteriormente como Director de su ejecución, sino que parte su razón de ciencia de haber sido uno de los dos técnicos superiores que confeccionaron el proyecto y demás instrumentos precisos para la edificación encomendada, quíerese decir que su informe adquiere una singular categoría de certeza y viene investido de la formalidad procesal necesaria para su virtualidad, que no debe ser desconocida por la circunstancia de haberse ratificado en dicho informe por el medio que las actuaciones permitían, es decir, por la de la prueba testifical en la que al contestar afirmativamente a la pregunta número 10 (folios 432 vuelto, 439 vuelto y 441 vuelto), no se le hace ninguna objeción de fondo en la repregunta de la contraparte, por lo que ha de ser apreciada como eficiente valoración de lo construido, no siendo pertinente en consecuencia relegar al período de ejecución de sentencia tal especificación, no ya sólo por razones de economía procesal sino que también por la seguridad

jurídica que encierra la determinación de un dato tan trascendente, que no podría nunca ser definido por otros Peritos con mejor conocimiento de causa y que al propio tiempo no ha sido objeto de tacha, recusación o crítica procesal por la parte contraria, que da ocasión a la estimación de ambos motivos, lo que jurídicamente está más conforme con el interés contractual positivo.

El segundo motivo también por el cauce del error de hecho en la apreciación de la prueba previsto en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere al que según el recurrente supone la afirmación hecha en la sentencia "cuando por decisiones unilaterales de cada uno de ellos, finalmente coincidentes, aquél abandonó la construcción y éste le comunicó su decisión de tener por extinguida la relación contractual", siendo así, dice el motivo que no fueron coetáneas sino que la extinción decidida por el dueño debía su causa al abandono precedente de la obra por el contratista. A tal fin señala como comprobante del error las cartas del Arquitecto señor P. de 25 de septiembre, 2 de octubre y 11 de octubre de 1979, y en el tercer motivo, también apoyado en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la misma Ley Procesal, se acusa el error que supone afirmar que las modificaciones establecidas en los pactos de 5 y 30 de mayo de 1979, respecto del contrato inicial y principal de 24 de febrero del mismo año, alteraron sustancialmente la convención en orden al tiempo de entrega de las obras, haciendo con ello inoperante la regla sancionadora de su incumplimiento. Pues bien, ambos errores de hecho no se dan por las siguientes razones:

A) Porque ya el noveno fundamento jurídico de la sentencia recurrida dice: "Sin entrar a la valoración de ese dato (el de la justificación del abandono de la obra por el contratista) conviene atender a ..." y señala en los puntos 2 y 3 que no hay relación de causalidad adecuada entre el comportamiento contrario a la regla negocial y el perjuicio originado, no habiendo llegado a probarse por el dueño de la obra la realidad del daño adicional, puesto que los trabajos de terceros contratistas, reflejados en facturas y documentación comercial, no ha sido averada en el procedimiento.

B) Porque si la sentencia recurrida no entra, como se ha dicho, a valorar la razón de abandono de la obra por el contratista, pero que sí lo hizo el Juez de primer grado, quiérese decir que conforme a la doctrina de esta Sala, cuando, como en el caso presente, por determinadas razones no se subrayan los hechos que son la esencia del tema de fondo debatido, recupera esa función la Sala de casación al punto de poder entrever y declarar como si de Sala de instancia se tratara, el sustrato fáctico sobre el que ha de adecuarse el ordenamiento para obtener la justa resolución impetrada, y en este supuesto se advierte que el abandono de la obra viene determinada por los hechos expuestos en los Considerandos segundo y tercero por el Juzgador de primer grado y que aquí se reiteran, y del que son documentos acreditativos los obrantes a los folios 423, 424, 425, 426 y 427 de los autos principales.

De lo expuesto se deduce que la sentencia recurrida obviamente no pudo incurrir en error de hechos que no llegó a declarar en lo concerniente a la acusación que se observa en el segundo motivo, y en cuanto a los del tercero mantiene la sentencia unas afirmaciones que no pueden casacionalmente destruirse por los propios documentos, que son la base de las mismas, ya que ello entraña preterirlas para hacer prevalecer las deducciones propias de carácter subjetivo, y ello sin perjuicio de que en buena hermenéutica el cauce adecuado sería la crítica de la interpretación contractual efectuada por la Sala de instancia,

por la vía del ordinal quinto del artículo 1.692 y con cita de los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, que se estimarán violados, de todo lo cual se infiere el rechazo de los motivos.

R. DE A.

SOCIEDADES SIN ACTIVIDAD REAL. ENCUBRIMIENTO DE UN INTERES PERSONAL. "LEVANTAMIENTO DEL VELO" (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La sentencia impugnada rechaza la tercería de dominio interpuesta por la entidad "C., S.A.", contra el Banco embargante de bienes muebles situados en un piso propiedad de la actora tercerista, contra la sociedad anónima "E.", deudora ejecutada por el Banco y contra su avalista, que resulta ser Administrador único de "C." y "E.". El razonamiento de la sentencia consiste en el carácter fraudulento de las titularidades aparentes de los bienes frente al hecho de que las sociedades "C." y "E." carecen de actividad mercantil y solamente sirven de pantalla detrás de la cual no existe sino un interesado, que es el Administrador único y avalista de la operación de endoso que dio lugar a la ejecución.

Las afirmaciones de hecho de la sentencia, que parten de una inexistente actividad propia de las sociedades implicadas, manejadas, en su exclusivo interés, por el demandado Administrador único, tienen, como base probatoria directa, la inexistencia demostrada de un comportamiento contable fiscal impropio de entidad mercantil activa, así como su falta de inscripción en la Seguridad Social frente a una falta de prueba que viniese a demostrar la independencia de patrimonios, operaciones propias de empresario comercial y existencia de bienes del Administrador demandado, a su nombre, susceptibles de soportar una ejecución.

Estas conclusiones de hecho, combatidas en el primer motivo amparado en el artículo 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no pueden destruirse con la pretendida demostración de que la sociedad actora compró dos pisos y un vehículo, pues estos aislados hechos, sin relación con una finalidad de mercado, no acreditan, por su propio valor, una actividad mercantil, que requiere la habitualidad como nota esencial, tal como proclama el artículo 1.º-1 del Código de Comercio y que no resulta de los documentos ofrecidos contradichos por otros y con el complemento de una actividad de razonables presunciones no combatidas en el recurso.

El resto de los motivos cursa por el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, el segundo motivo alega la infracción del artículo 1.214 del Código Civil y no puede ser estimado porque la actividad mercantil de las sociedades, la separación de patrimonios entre ellas y su Administrador y la titularidad, por éste, de bienes suficientes para afrontar su deuda son hechos fácilmente demostrables por la actora y demandados deudores, no por parte del acreedor, ajeno a estas relaciones. Por ello debe aplicarse la doctrina legal sobre carga de la prueba que se refiere a criterios legales, flexibles, usuales y de dispo-

nibilidad de los medios probatorios, siempre teniendo en cuenta el carácter subsidiario de la norma invocada, para cuando no existe prueba suficiente (Sentencias de esta Sala de 29 de mayo de 1987 y 18 de mayo de 1988, entre otras).

A los hechos probados aplica la sentencia el artículo 6-4 del Código Civil, entendiendo que la creación ficticia de las entidades dichas constituye un fraude de Ley. Esta ficción ha sido reprobada por doctrina de esta Sala, que no reconoce la independencia de personalidades cuando al "levantar el velo" de su apariencia real se descubre su inconsistencia como personas jurídicas, meros instrumentos o testaferros de otra personalidad, que es la que se debe tener por existente (Sentencias de esta Sala de fecha 28 mayo 1984, 16 julio y 24 noviembre 1987, 25 enero y 4 marzo 1988, entre otras). La destrucción de esta apariencia lleva consigo la falta de eficacia de sus actos contrarios a la realidad, por lo cual debe rechazarse el motivo tercero que, al negar el fraude, estima infringido el artículo 1.279 del Código Civil, el motivo cuarto y el quinto que pretende la vulneración, respectivamente, de los artículos 449 y 443 del Código Civil, puesto que no hay posesión constitutiva de título real de los bienes muebles embargados, así como el motivo sexto, que denuncia la infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española, porque la actora no fue parte en el juicio ejecutivo que determinó el embargo, puesto que éste es el hecho que legitimó su actuación, como tercerista, en este proceso, en el que no ha podido demostrar, pese a su actividad, la propiedad de los bienes a los que se refiere la tercería, no por razón de indefensión, sino por falta de legitimación, de fondo, en su pretensión.

R. DE A.

DESISTIMIENTO DEL CONTRATO. INTERPRETACION (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Declara el laudo recurrido con hechos probados: *a)* la vigencia del contrato celebrado entre "E." y "E. U." el 1 de febrero de 1985; *b)* que el contrato tenía por objeto y se desarrollaría de acuerdo con el proyecto denominado "evaluación de reserva en el área de Prejamo"; *c)* que el importe del presupuesto y coste de ejecución del proyecto se fijó en 80.820.646 pesetas, que serían aportadas por "E." según plan de pagos unido al contrato; *d)* que "E." ejerció el derecho de abandonar la investigación, que se estipuló a su favor en la cláusula decimocuarta del contrato el día 17 de abril de 1985; *e)* que a dicha fecha "E." tenía entregada a "E. U." la cantidad de 22.899.188 pesetas, si bien el plan de pagos fijaba para el día 15 anterior la entrega, en suma de 33.675.269 pesetas, y *f)* que "E. U." de dicho importe, a lo que era objeto del contrato, sólo había aplicado, entre gastos e inversiones, la cantidad de 13.060.660 pesetas; frente a dichos hechos se alzan los motivos tercero y cuarto, ambos amparados en la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y consiguientemente de examen previo al de sus anteriores, denunciándose error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Tribunal arbitral, mas, si al hacerse en uno y otro parecida enunciación, así en el tercero se dice: "por error en la apreciación del

contrato suscrito por las partes con fecha 1 de febrero, cuya cláusula decimocuarta, párrafo primero, se halla en clara contradicción con el laudo recurrido", y en el cuarto: "por error en la apreciación del contrato suscrito por las partes con fecha 1 de febrero 1985, cuyo contenido en los extremos que seguidamente se determinaran se halla en contradicción palmaria con el laudo recurrido", ya permite anticipar que más que de un error en la apreciación de la prueba y señalamiento del documento que lo evidencia se trata de contrastar documento y fallo, lo que se afirma en el desarrollo de uno y otro motivo; en el tercero se dice que el motivo es consecuencia del anterior (en el segundo motivo se plantea un problema de interpretación con cita del art. 1.281 del Código Civil) y el anterior lo es de éste "por cuanto al apreciar el Tribunal arbitral de forma errónea el contenido de la cláusula decimocuarta del contrato se incurre a su vez en infracción del artículo 1.281 del Código Civil", para seguidamente dar por reproducidos los argumentos plasmados en el anterior motivo de casación y entrando en el que dice error en la apreciación de la prueba se afirma tratarse de un marco lapso en la interpretación de uno de los pactos recogidos en el contrato suscrito por las partes con fecha 1 de febrero de 1985, documento que se señala a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como así en el cuarto, tras señalar al igual el contrato de fecha 1 de febrero de 1985 se insiste, si bien ahora lo sea con referencia a la compensación establecida a favor de "E. U." por "E." de utilizar la facultad de abandonar la investigación, que el laudo infringe el artículo 1.281 del Código Civil al apartarse del tenor literal de la citada cláusula, como se dijo, para ir más lejos, pues el plan de pagos no viene recogido en el contrato", es más, de sus cláusulas, anexos y disposición sistemática se desprende lo contrario; que el programa de pagos se halla establecido con absoluta independencia de la cuantía y ritmo de los trabajos y sus costes reales"; para terminar con la aseveración de que ha habido una errónea interpretación del contrato al exigir el laudo recurrido que "E. U." debía haber justificado la aplicación de las sumas cobradas de "E.", es decir, de error en la apreciación no hay nada, se trata de una cuestión de interpretación para la que no es válido el cauce elegido, por lo que ambos motivos han de ser desestimados.

Denuncia el motivo primero del recurso, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción "por el concepto de violación por inaplicación" del artículo 1.256 del Código Civil puesto que dada la existencia en el contrato de 1 de febrero de 1985 de una cláusula (la decimocuarta) que deja al arbitrio de una de las partes ("E.") la validez y el cumplimiento del contrato al establecer en su párrafo primero que si durante la ejecución de la citada investigación, "E." decidiera abandonar la investigación, lo podrá hacer libremente apartándose del contrato, reputándose a fondo perdido la inversión que hasta el momento hubiera realizado, sin que el titular pueda efectuar reclamación alguna; si con arreglo a la técnica casacional de antes de su reforma por Ley 34/1984 se venía entendiendo por "violación" de una norma su falta de aplicación, su inaplicabilidad, siendo procedente, viniendo a significar, en consecuencia, su preterición de omisión de la norma jurídica que hubiere de haber sido aplicada, su olvido o desconocimiento de su existencia, es obvio que no cabe hablar de violación como cuando en el presente supuesto el Tribunal arbitral razona, con amplitud, su inaplicación al caso debatido sometido a su consideración para tras ello afirmar que el artículo 1.256 del Código Civil, norma que se da como violada, no es de aplicación al caso, entonces hubiera cabido denunciar su interpretación errónea, o su aplicación indebida según el supuesto, pero nunca su violación; mas ello, puesto que dicha técnica procesal ha quedado superada

por la nueva redacción dada al artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil por la señalada Ley reformadora, bastando la cita del precepto infringido sin el concepto por el que lo haya sido, como no cabe entender que el artículo 1.256 del Código Civil prohíba quede a la voluntad de uno de los contratantes, si existe en ello conformidad de ambos, el poder desistir, esto es abandonar, término éste utilizado en la cláusula, la relación jurídica creada por el contrato, lo que en ningún caso puede significar dejar el cumplimiento ni la validez del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, así lo abona en el presente supuesto el que en la cláusula 14 del contrato se diga "durante la ejecución de la citada investigación", lo que quiere decir que da por cierto que el contrato ha quedado válidamente constituido y en vías de ejecución y de lo que se trata es autorizarle a poner fin a una situación jurídica válidamente constituida y en vías de cumplimiento o ejecución, sin que haya de suponer perjuicio alguno contractual cuando por otra parte se presente con una carga obligacional que determina una justa y equilibrada reciprocidad de intereses para con el otro contratante, extremo éste que, de no existir, pudiera en todo caso dar lugar a contrapartidas o necesarias provisiones, que es en realidad a las que se refiere cierto sector doctrinal como lo pudieran ser un cierto preaviso o incluso una indemnización, pero como se indica no es de aplicar al supuesto contemplado y consecuentemente al así entenderse y resolverse con todo acierto, en el recurrido laudo, llegando a la conclusión de que no es de aplicación al caso sometido a arbitraje el precitado artículo 1.256 del Código Civil, que por tanto no ha sido infringido el motivo ha de ser desestimado.

El motivo segundo del recurso, último por examinar, al igual que su anterior, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.281 por el concepto de aplicación indebida, ya que la interpretación que hace el Tribunal arbitral de la cláusula decimocuarta del contrato difiere de la que correspondería de su interpretación literal; entraña pues un problema de interpretación de la cláusula decimocuarta del contrato, que se puede centrar en cuanto en la misma se dice: "reputándose a fondo perdido la inversión que hasta el momento (se refiere al del desistimiento o abandono del contrato por 'E.' hubiere realizado, sin que el titular pueda efectuar reclamación alguna", conviene recordar que según los hechos probados, en dicho momento, esto es, en 17 de abril de 1985, "E." tenía entregado a "E. U." la cantidad de 22.899.188 pesetas, y "E. U." de dicho importe, a lo que era objeto de contrato, sólo había aplicado entre gastos e inversiones, la cantidad de 13.060.660 pesetas; pues bien, sobre esta base entiende el Tribunal arbitral "'E.' no pierde todas las cantidades entregadas a 'E. U.', por virtud del contrato, sino tan sólo las invertidas por ésta, es decir, las aplicadas por 'E. U.' al cumplimiento de las finalidades especificadas en el contrato y anexos incorporados al mismo", mientras que para el recurrente del tenor literal del párrafo primero de la mentada cláusula no se colige precisamente tal conclusión sino más bien lo contrario, esto es que "E." pierde toda la cantidad entregada sin distinción alguna, y como según tiene declarado en constante jurisprudencia esta Sala, la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, en el presente supuesto por asimilación el Tribunal arbitral, cuyo criterio debe prevalecer en casación, aun en casos dudosos, salvo que circunstancias extremas de llegarse a un resultado ilógico seguramente de una clara infracción de alguna de las reglas de hermenéutica contractual, bástenos señalar, para la desestimación del motivo, que al ser perfectamente lógica, racional, como resultado de un análisis de hechos y normas interpretativas el resultado al que llega, en realidad de una inter-

pretación literal, ha de ser en consecuencia respetado en casación y decaído el motivo.

R. DE A.

CONTRATO DE FIANZA. RELACIONES ENTRE COFIADORES: ACCION DEL COFIADOR QUE PAGA LA DEUDA CONTRA LOS DEMAS COFIADORES. INTERPRETACION DEL ARTICULO 1.844, 3, DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La acción de reintegro de la cuota parte proporcional de la fianza solidaria constituida por los dos litigantes y otros tres en garantía del préstamo concedido a la Entidad Mercantil "(I. y C. M., S.A.", por el "Banco de Vizcaya, S.A.", documentado en póliza de 31 de enero de 1979, de cuya Sociedad prestataria eran los cinco fiadores únicos accionistas, se debe a haber hecho efectivo el saldo deudor —principal e intereses convenidos, por el actor como tal fiador solidario, sin beneficio de excusión, orden, ni división al acreedor, en fecha 3 de marzo de 1982, sin haberse demandado judicialmente al deudor principal ni fiadores por la devolución del préstamo e intereses, ni encontrarse la Sociedad deudora y afianzada declarada en estado de quiebra. La demanda fue rechazada en primera instancia y en recurso de apelación íntegramente estimado, habiéndose formulado el recurso de casación por el demandado en vista de la condena, sin que este último recurso, en el que nos hallamos, se refiera a otro tema que el sucintamente aquí esbozado, ya que el correspondiente a la reconvencción que formuló al contestar la demanda, e igualmente rechazada en ambas instancias, aflore para nada en la motivación que integra el escrito de formalización de dicho recurso extraordinario.

Es relevante a efectos procesales la circunstancia de que ninguno de los motivos discurre por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni tampoco por el número 4.º del mismo precepto procesal, con cita de las normas de valoración de prueba procedentes, por lo que la versión fáctica de la sentencia recurrida queda incólume, al no haberse atacado ni como error de hecho ni por desobediencia a las reglas valorativas de los diversos instrumentos de prueba utilizados en el procedimiento, las conclusiones que en forma contundente y prolija se contienen en dicha resolución judicial.

El primer motivo amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 1.844-3.º del Código Civil por inaplicación y viene a ser el anverso del segundo motivo que por la misma vía casacional, número 5.º del artículo 1.692 ya invocado, acusa la infracción por aplicación indebida de los artículos 1.137, 1.138, 1.145, 1.822, 1.837 y 1.839 del mismo Cuerpo legal sustantivo, que constituye el reverso de una misma tesis casacional y en función, claro es, de la doctrina mantenida en la sentencia recurrida. Por ello han de ser conjuntamente analizados, y a tal efecto es preciso constatar, que de acuerdo con la interpretación integradora ordenada en el artículo 3-1 del Código Civil, no es viable la aplicación simplista del artículo 1.844-3.º del mismo Cuerpo legal, por la mera circunstancia de que no se haya demandado el pago del crédito afianzado por la entidad financiera acreedora, ni la

deudora principal esté formalmente declarada en quiebra; tales circunstancias han de tenerse en cuenta en supuestos como los previstos en las Sentencias de 19 de noviembre de 1982, 4 y 11 de junio de 1984, es decir, en casos de fianzas claras y terminantes de constitución de una garantía personal para el pago de un crédito de terceros y sin un interés propio mediato e inmediato, en cuyo caso aparece perfectamente configurada esa accesoriedad respecto del negocio principal garantido que es la esencia de este contrato de fianza, pero cuando como en el caso presente —como en otros muchos, como los enjuiciados en los recursos de casación concluidos por Sentencias de 7 de julio y de 16 de septiembre de 1988—, se verifica en forma incontrovertible que ese contrato de fianza viene en definitiva y en alguna medida a garantizar el pago de una deuda principal del que han de beneficiarse los propios fiadores, pierde ese carácter de accesoriedad *strictu sensu* con pérdida de muchos de los privilegios contenidos en la reglamentación especificada de la fianza a favor de los garantes, para que por razones de equidad y en evitación de un eventual enriquecimiento injusto pueda el que ha arrojado el riesgo de satisfacer la deuda en provecho de todos, deudor y cofiadores, pueda resarcirse en la cuantía proporcional correspondiente.

La sentencia recurrida, con concienzudo y razonado acierto, ha sabido remarcar esas circunstancias que, por lo específicas, hacen declinar la propugnada aplicación del artículo 1.844-3 del Código Civil en su singular reglamentación de la fianza ordinaria y trasladarlas a la solidaridad ya prevenida en el artículo 1.822-2 del mismo Cuerpo legal, que contiene la dosis justa de equidad para evitar el enriquecimiento de quien de no hacerlo así se beneficiaría de una situación de pago resuelta por otro cofiador en trance de estar vencido dos años el préstamo, tomado como deudora principal por una sociedad de la que eran únicos socios precisamente los cinco fiadores solidarios, renunciando a los privilegios que la accesoriedad común proyecta sobre los garantes y que por intereses y gastos verían multiplicarse la responsabilidad contraída, y no se diga que la deudora principal tiene una personalidad jurídica distinta de los socios con el fin de poner de relieve esa accesoriedad de la fianza común, pues es sabido que de hecho en la realidad del tráfico mercantil esa “comunicabilidad patrimonial” entre el ente mercantil y sus socios —pocos socios—, se perfila como una posibilidad tangible a través de las “membranas” sutiles de la contabilidad que permiten esas operaciones osmóticas por cuyo conocimiento y en prevención de posibles fraudes fiscales se reglamenta el rendimiento entre la sociedad y los socios por el “régimen de transparencia” (art. 12 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, y artículo 28 del Reglamento de 2 de noviembre de 1979; Decreto número 2.615/1979), lo que arguye en pro y con base en el artículo 3-1 del Código Civil ya invocado, en interpretar las leyes en su conjunto y con vista de la realidad social en que han de ser aplicadas.

De lo expuesto queda claro que las circunstancias fácticas aludidas en la sentencia recurrida y no desvirtuadas en el recurso perfilan una situación de “similar gravedad y trascendencia” a las prevenidas en el artículo 1.844-3, que aconsejan resolver la controversia conforme a lo dispuesto en los artículos 1.844-1, 1.822-2 y 1.137 a 1.148, y expresamente el artículo 1.145 del Código Civil, por lo que los dos motivos han de decaer. Pero es el caso además —apurando la cuestión—, que cuando se hizo el pago del descubierto total por el demandante se hizo constar en la póliza original de préstamo y fianza en diligencia de 3 de marzo de 1982 que “se cede el crédito a que se refiere la precedente póliza al avalista don Sinfórico G. S., quien queda subrogado totalmente en el lugar del Banco acreedor”; diligencia del negocio jurídico del pago y consiguiente cesión

del crédito que fue notificado notarialmente a los otros cofiadores solidarios, entre ellos al demandado ahora recurrente, en cuyo supuesto es evidente que el artículo 1.528 del Código Civil entraría también en juego en forma terminante, con una norma que corrobora obviamente la solución apuntada en la sentencia recurrida, lo que quiere decir que el recurrente tiene que responder ante el actor como si del propio Banco acreedor se tratara por su carácter de cofiador solidario y con renuncia de los privilegios de excusión, orden y división, como se dijo precedentemente.

R. DE A.

**CONTRATO DE OBRA: RUINA "FUNCIONAL". RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.
LA FIGURA DEL PROMOTOR (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1988).**

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La sentencia impugnada estima la demanda interpuesta por los Presidentes de varias comunidades de propietarios, basada en la responsabilidad decenal prevista en el artículo 1.591 del Código Civil y condena solidariamente a la reparación de ruina en edificación al promotor y Aparejadores demandados, absolviendo a los Arquitectos.

Recorre el promotor, en casación, con dos motivos, el primero con apoyo en el artículo 1.692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1.591 y 1.902 del Código Civil y doctrina legal relativa al litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandado el contratista constructor y no existir actuación reprochable del promotor; y el segundo, al amparo del artículo 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aparecer documentalmente el carácter de promotor, no constructor, de este recurrente.

También recurren los demandados Aparejadores que establecen los siguientes motivos: 1.º Al amparo del artículo 1.692-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 567 de dicha Ley, al no haberse practicado prueba pericial admitida. 2.º Con base en el artículo 1.692-4.º de la citada Ley, por no haberse tenido en cuenta el documento, proyecto obrante al folio 144 y siguientes, en el cual, al folio 155, aparece que la interpretación técnica del proyecto, el juicio sobre obras defectuosas y consiguiente orden de demolición y reposición, corresponden a los Arquitectos, no a los Aparejadores; y 3.º Fundado en el artículo 1.692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1.591 y 1.902 del Código Civil, al no describirse conducta negligente de quienes recurren.

En primer lugar debe examinarse el motivo primero de los Aparejadores, quienes alegan indefensión, por falta de práctica de una prueba, motivo que debe rechazarse, puesto que la pericial admitida y no practicada en primera instancia pudo —y debió— haberse solicitado en la segunda, en aplicación de los artículos 567-2.º y 862-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no se cumple con lo dispuesto en el artículo 1.693 de dicha Ley, al no haberse intentado subsanar, en tiempo oportuno, la infracción procesal denunciada, sin que, por otra parte, exista una falta de prueba, ya que existen informes, de contenido pericial, reconocimiento judicial y documental procedente del Ayuntamiento y del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo.

Los dos motivos del promotor versan inmediatamente sobre la falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse demandado también al constructor, y en este aspecto han de ser rechazados por la constante doctrina de esta Sala, que declara el principio de responsabilidad solidaria cuando no se puedan separar las conductas causadas en casos de responsabilidad, por ruina, de promotores con contratistas, Arquitectos y Aparejadores, aunque tengan origen diferente (Sentencias de fechas 27 octubre de 1987, 22 abril y 17 mayo 1988, entre otras), lo que trae como consecuencia la inaplicabilidad del litisconsorcio pasivo necesario, ya que el perjudicado puede demandar a todos o algunos de los responsables solidarios, a su elección, en aplicación del artículo 1.144 del Código Civil.

Los errores en la apreciación de la prueba que plantean ambos recurrentes, no contradicen el hecho de la existencia de vicios originadores de ruina funcional, sino que propenden a demostrar que el promotor no era constructor y que los criterios de interpretación técnica del proyecto correspondían a los Arquitectos, cuestiones indiferentes, ya que la circunstancia de que existan o puedan existir responsabilidades ajenas, no excluye el enjuiciamiento de las propias.

Por último, la denunciada infracción de los artículos 1.591 y 1.902 del Código Civil carece de fundamento, puesto que la sentencia impugnada parte de la base indiscutida de la existencia del daño, del reconocido principio de solidaridad en casos de imposible distinción en la intensidad de la conducta causal de los tenidos como responsables y de los deberes genéricos de vigilancia del promotor y específicos del Aparejador (D. 16 julio 1935 y 19 febrero 1971, art. 1.º A-1-2-4-5), a quienes se reprocha la falta de inmediata inspección en la debida forma y cuidado, es decir, negligencia no contradicha con la demostración de la diligencia exigible, ante un evento dañoso en el que se produce la inversión de la carga de la prueba, no por una presunción de culpabilidad, sino porque la experiencia demuestra que no puede imponerse, en muchas ocasiones, al perjudicado, la averiguación y prueba de la causa del daño que ha sufrido, cuando ha de hacer frente a la actuación de distintos profesionales, especialmente técnicos, que obtienen beneficio por sus actos y que han de aplicar reglas especiales de cuidado.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL. EXPLOSION DE GAS. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE Y DE DISTRIBUIDORES. DOCTRINA DEL RIESGO (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—El día 7 de septiembre de 1982 fueron trasladadas cinco botellas de gas propano a la fábrica de "H. M. G., S.A.", radicante en Campillos (Málaga), suministradas por la empresa "B., S.A.", y distribuidas por "C. N.", empresa de la que son titulares Vicente N. M. y Vicente N. M., que verifican tales operaciones de distribución de la mercancía auxiliados por personal a sus órdenes, que en esta ocasión eran Antonio N. R. y Pedro R. F., y con ocasión de tal distribución del gas propano, se produjo un gravísimo incendio en la fábrica de referencia que produjo cuantiosos daños materiales que fueron cubiertos en parte y dentro de los límites de la póliza de seguros suscrita por la sociedad propietaria del matadero industrial o fábrica siniestrada con la compañía asegu-

radora ahora demandante, cuyo reembolso reclama por vía subrogatoria, y el resto de los daños perpetrados por la propia entidad mercantil perjudicada, que igualmente demanda su reintegro, ejercitándose por ello la acción aquiliana prevista en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil contra empleados de la distribuidora, contra los titulares de ésta y “B., S.A.”, así como contra la aseguradora de la responsabilidad civil frente a terceros en que pudiera incurrir esta última como fabricante de la mercancía origen del daño producido. Las demandas separadamente promovidas por la entidad mercantil perjudicada y su aseguradora fueron admitidas a trámite sustanciándose los juicios ordinarios de mayor cuantía números 488/83 y 420/83, respectivamente, siendo acumulados finalmente los primeros autos a los segundos, recayendo sentencia de primer grado, desestimando en la instancia dichas demandas por defecto litis consorcial pasivo necesario, que fue revocada en grado de apelación, declarando haber lugar a las reclamaciones de cantidad formuladas en aquéllas.

Dado que no se ha formulado ningún motivo por vía del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que conduce a tener por conforme a la parte recurrente con los hechos declarados como tales en la sentencia recurrida y por ende como premisa incontestada, de la que hay que partir para la ordenada aplicación de las normas jurídicas pertinentes; ha de resolverse en primer lugar el motivo tercero que aunque por la vía del ordinal 5.º del mismo precepto procesal ha sido encauzado, al denunciar la violación del artículo 1.253 del Código Civil en cuanto que dicha norma contiene una regla de aplicación del medio indirecto de prueba, cual es de las presunciones, ha de constituir igualmente un factor determinante del *factum* sobre el que recaiga el silogismo judicial que toda resolución de este carácter encierra. El alegato del motivo denuncia su falta de aplicación y ello con base en que entiende que la sentencia omite las consecuencias de la intervención en las operaciones de descarga del camión de los señores N. (“C. N.”) y depósito en el patio interior del matadero de dos empleados de la propia demandante “H.”, Alfonso J. R. y Agustín M. V., según las propias declaraciones fácticas de la sentencia combatida, rompiendo con efecto negativo el nexo causal que entre tal intervención y su responsabilidad se establece por un enlace preciso y directo. El motivo parece a la sola consideración de que la sala *a quo* con plena soberanía en la valoración de las pruebas, concreta que Alfonso J. R. ayudó a Antonio N. R. a transportar alguna de las cinco botellas de gas del camión al patio interior de la factoría, pero poniendo de relieve que dos de las que ya habían sido transportadas al patio y que no se habían asegurado con una cadena existente en la pared cercana al lugar de su definitiva instalación, teniendo como tenían las bases de sustentación en deplorable estado, así como las roscas de las bases de acoplamiento de las caperuzas de protección de las válvulas, que no tenían puestas, y que al caer en momento no acreditado, si era al transportarlas a su batería de instalación definitiva o en otro no determinado, como quiera que el terreno estaba ligeramente inclinado, al caer —o rodar— golpearon con el quicio de una ventana rompiéndose las válvulas y derramándose el gas licuado, con el incendio consiguiente a la explosión que se produjo. Como se advierte en la sentencia, no se determina el momento de la intervención de los operarios de la actora en orden a la producción de la caída, rodamiento o choque de las bombonas contra el quicio de la ventana, rotura de las válvulas y derramamiento del gas líquido y por ello afirma rotundamente en el tercer considerando “que no estando debidamente acreditado.... ni tampoco si en esta caída intervino o no alguno de los operarios de la actora, lo que sí ha de estar fuera de toda duda es que la caída de tales bombonas

—causa mediata— se produjo como consecuencia, de un lado, del defectuoso estado de sus bases de sustentación, y de otro por haber sido dejadas en posición vertical sin asegurarlas debidamente del peligro de la caída, con la cadena allí existente a tales fines, y a pesar de que el suelo se encontraba ligeramente inclinado, apareciendo así claro que tales hechos —defectuoso estado de las bombonas y deficiente colocación de las mismas en el patio de la fábrica— han de tenerse como causas mediatas, pero eficientes, en la producción del resultado dañoso”. Por lo tanto, al no puntualizarse en la sentencia recurrida la intervención concreta de los operarios en ninguna de esas causas mediatas, puesto que no se ha acreditado tal intervención en el proceso de caída, lo que constituye un hecho de los previstos en el artículo 1.249 del Código Civil y que al no atacarse por la única vía posible del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es base imprescindible para poder entrar en juego el artículo 1.253 del mismo Código sustantivo, como propugna la recurrente, quíere decir que en buena hermenéutica ha sido correcta la omisión de este último precepto, cuya inaplicación ahora se acusa. Baste saber que al ser difícil, si no imposible, contrastar *a posteriori* la actuación precisa de cada uno de los intervinientes en las operaciones de traslado y depósito, lo incuestionable es la falta de seguridad de las bombonas, tanto en su estado de base de sustentación como en las roscas de acoplamiento de las caperuzas de protección de las válvulas, que no tenían puestas, y en la misma colocación de tales envases en plano inclinado sin agarre con la cadena, cuyos detalles técnico-prácticos son los propios fabricantes, distribuidores, transportistas y sus dependientes, los que con mejor conocimiento de causa están obligados a cuidar por el estado de vasijas, transporte y acondicionamiento, y a extremar las cautelas en previsión de accidentes como el que es objeto de la litis.

El cuarto motivo, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la violación de la jurisprudencia cuyas sentencias invoca, en relación con el artículo 1.103 del Código Civil en punto a la compensación de culpas. Ello no puede tener, como consecuencia de lo expuesto en el fundamento jurídico precedente, el menor éxito, pues partiendo de la cointervención culpable de la propia actora dueña de la factoría a través de sus operarios en la producción del daño, propugna tal compensación, con fundamento en esta concurrencia, que elimina la exclusividad proyectada por la sentencia contra los distribuidores del gas y de “B., S.A.”, como su fabricante, todo lo cual, implicando hacer supuesto de la cuestión en la argumentación del motivo, se incurre de esta suerte en el defecto casacional unánimemente rechazado por la doctrina de esta Sala, ya que el *factum* proclamado por la Sala de Apelación no ha sido desvirtuado.

El primer motivo, también por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción de la doctrina en orden al litisconsorcio pasivo necesario, lo que está íntimamente relacionado con los motivos tercero y cuarto ya examinados y rechazados, ya que parte del supuesto erróneo de concurrencia culpable de los operarios de la fábrica siniestrada. Pero el motivo decae, porque aunque así fuera, que no lo es, ciertamente que conforme a la doctrina de esta Sala, al tratarse de una concurrencia o concatenación de culpas en el proceso dinámico del siniestro cuando éstas son ingraduables, por no ser técnicamente posible establecer con símbolos matemáticos ese porcentaje de influencia personal, por acción u omisión, en la producción del evento dañoso, se establece por razones de seguridad e interés social una solidaridad, que por aplicación del artículo 1.144 del Código Civil excluye la necesidad de

demandar a todos y cada uno de los intervinientes en el proceso de realización del daño, lo que obviamente no empece que si alguno o algunos de los condenados estima que alguno de los no convocados al juicio en que se le condenó fue cooperante culpable en dicho proceso dinámico del daño, pueda a su vez reclamar su cuota de responsabilidad civil en la indemnización económica del perjuicio ocasionado (Sentencias de 7 de febrero, 17 de febrero y 8 de mayo de 1986, 16 de octubre, 1 de diciembre y 19 de diciembre de 1987, y art. 1.145 del Código Civil).

El segundo motivo, con apoyo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil por aplicación indebida, en cuanto que tal norma consagra el principio de responsabilidad por culpa. El motivo va dirigido a obtener la exculpación de "B. S.A.", sin advertir que tal pretensión contradice la jurisprudencia consolidada en punto a la *culpa in eligendo* o *in vigilando* que se proyecta sobre tal sociedad respecto de sus distribuidores (S. 10 mayo 1986), máxime tratándose de mercancía sumamente peligrosa y con envases de producción y mantenimiento propio y exclusivo que debe inspeccionar en sus depósitos al ser rellenados, de cuyo tráfico mercantil creador de latentes riesgos es la principal beneficiaria y de la que solamente podría eximirse, es decir, en cuanto a la responsabilidad civil resultante, probando que había extremado tal empresa esa diligencia en tales términos que no hubiera más conclusión, por exclusión, que la producción del daño se haya debido a caso fortuito o fuerza mayor, pues a ello le obliga el *onus probandi* en razón del principio de inversión de la carga de la prueba (Sentencias de 24 de enero y 17 de julio de 1986), que define en la práctica, con vista de la evolución de la doctrina en torno a la culpa aquiliana de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, la finalidad social ya señalada de la protección de terceros en los irremediables avances tecnológicos de las actividades humanas que llevan aparejadas tangibles peligros y riesgos, por todo lo cual el motivo fracasa.

Rechazados todos los motivos se desestima el recurso, con las consecuencias previstas en el artículo 1.715 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA CUANDO NO SE PUEDEN INDIVIDUALIZAR LAS ACTUACIONES. NO ES PRECISO DEMANDAR A LA ASEGURADORA. RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO: CUANDO EXISTE DEPENDENCIA (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Los hechos básicos que sirven de soporte al proceso del que este recurso dimana son, en síntesis, los siguientes: a) El día 29 de junio 1982, cuando en la finca denominada "Torre Mure", propiedad de don Ricardo L. M., sita en término municipal de Córdoba, trabajaba en las faenas de recolección de la cosecha de trigo una máquina cosechadora, propiedad de don Pedro R. D. y conducida por don Fernando M. D., se originó un incendio, que se extendió a la finca colindante, denominada "Torre Aladid", propiedad de los hermanos señores Z. C., cuya cosecha de trigo quedó destruida por el fuego. b) A virtud del seguro

contra incendios que los hermanos señores Z. C. tenían concertado con la entidad "Mutua General de Seguros", ésta hizo efectivo a los referidos hermanos el importe de los daños causados en la cosecha de trigo de la finca de su propiedad, como consecuencia del expresado incendio, por cantidad de (7.064.050 pesetas); c) La expresada entidad aseguradora, subrogándose en los derechos de sus asegurados, promovió juicio declarativo de mayor cuantía, ejercitando acción de responsabilidad por culpa extracontractual contra don Ricardo L. M., don Fernando M. D. y don Pedro R. D. en reclamación de la expresada cantidad, en cuyo proceso, tanto la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba, como la pronunciada en grado de apelación por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, que confirma íntegramente la de primer grado, condenan a los demandados a pagar, como deudores solidarios, a la entidad demandante, la expresada cantidad. Contra la citada sentencia de la Audiencia, el demandado don Ricardo L. M. interpone el presente recurso de casación, que articula a través de cuatro motivos.

Por el primero de los citados motivos, con sede procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario, "al no haber sido demandada la compañía aseguradora de los daños derivados de los posibles incendios provocados por las máquinas cosechadoras empleadas en la recolección", cuyo motivo no puede tener otro destino que el de su claudicación, ya que, por un lado, en el presente supuesto litigioso fueron demandados todos los que aparecen como presuntos responsables culposos del incendio objeto de litis, cuales son el conductor de la cosechadora, el dueño de ésta (los cuales, por cierto, han consentido la sentencia recaída en la instancia) y el dueño, aquí recurrente, de la finca en que se originó el referido incendio y a cuyo servicio trabajaba la aludida cosechadora, sin que sea exigible a los perjudicados que dirigieran también su acción contra la entidad, desconocida por ellos, con la que el dueño de la cosechadora pudiera tener concertado un seguro que cubriera el expresado riesgo, pues dicho seguro pertenece únicamente al ámbito de las relaciones internas que puedan existir entre el dueño de la cosechadora y su entidad aseguradora, y, por otro, e íntimamente relacionado con lo anterior, porque es reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 6 noviembre de 1980, 28 de mayo de 1982, 28 de enero y 7 de febrero de 1986, 16 de octubre y 19 de diciembre de 1987), la de que en los supuestos de culpa extracontractual, en el caso de haberse producido el evento dañoso indemnizable por la acción u omisión de diversas personas y no siendo posible la individualización de referidas actuaciones, surgen entre los intervinientes la figura de la solidaridad, que impide pueda prosperar en estos casos la excepción de litis consorcio pasivo necesario, ya que es facultad del perjudicado en tales hipótesis el dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables del daño, doctrina que es plenamente aplicable al presente caso, pues si, con arreglo a ella, los perjudicados podían no haber demandado a alguno de los presuntos responsables, sin incurrir por ello en una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, con idéntica o mayor razón pueden no demandar a la supuesta entidad, que no tenía por qué serles conocida, con la que el mismo pudiera tener concertado un seguro que le cubriera el expresado riesgo.

Por medio del segundo motivo, con sede procesal en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente denuncia error en la apreciación de la prueba, que pretende derivar del testimonio de las diligencias previas número 1.496/82 del Juzgado de Instrucción número 2 de los de Córdo-

ba, obrantes a los folios 94 al 118 de los autos, y específicamente del obrante al folio 98 de los mismos, que contiene la declaración que el conductor de la cosechadora prestó ante la Guardia Civil, en el atestado instruido por ésta con motivo del incendio objeto de litis. El decaimiento del expresado motivo ha de venir impuesto no sólo por la consideración de que, según reiterada doctrina de esta Sala, no tienen condición de documentos idóneos para poder servir de fundamento a este motivo los testimonios de lo actuado en vía penal (Sentencias de 8 de mayo, 3 de julio y 12 de noviembre de 1984; 31 de enero de 1985; 4 de febrero de 1987), ni los atestados de la Guardia Civil (Sentencias de 10 de febrero, 17 de septiembre y 24 de octubre de 1987, por citar las más recientes), sino también porque el expresado testimonio de las actuaciones penales ya ha sido tenido en cuenta por la Sala de instancia en su valoración de toda la prueba practicada, lo que igualmente le priva de idoneidad para el fin aquí contemplado, en cuya valoración el expresado órgano jurisdiccional de apelación, en plena coincidencia con el de primer grado, ha obtenido la conclusión, que esta Sala comparte, de que el incendio objeto de litis fue originado por una chispa desprendida de la cosechadora que trabajaba en las faenas de recolección de la cosecha en la finca propiedad del recurrente.

Sobre la alegación de que el conductor de la cosechadora no trabajaba a su servicio y bajo su dependencia, sino que lo hacía para el señor R. D., propietario de dicha máquina, el recurrente don Ricardo L. M., propietario de la finca en la que se efectuaba la recolección de la cosecha por dicho medio, articula el motivo tercero, al amparo procesal del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que denuncia “infracción, por indebida aplicación, de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, al condenar al dueño de la finca como responsable, sin tener en cuenta que entre él y el conductor de la cosechadora no existía relación de dependencia por pertenecer éste a otra empresa, y de la doctrina jurisprudencial que exige la existencia de esa relación de dependencia para que se produzca la aplicación del párrafo cuarto del artículo 1.903”. El fenecimiento del expresado motivo ha de venir impuesto por las siguientes consideraciones: a) De los aspectos fácticos y jurídicos que integran toda responsabilidad por culpa extracontractual, al ámbito de los primeros pertenece la apreciación de la existencia o no de la relación jerárquica o de dependencia que condiciona la responsabilidad por hecho de otro, con arreglo al párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código Civil, siendo tal *quaestio facti* solamente atacable por el cauce del ordinal cuarto, y como la sentencia recurrida considera probada, en el presente supuesto, la relación de dependencia del conductor de la cosechadora respecto del dueño de la finca, aquí recurrente, en la que aquél trabajaba para la recolección de su cosecha, cuando afirma que “no consta que aquellos trabajos de recolección se verificaran con plena autonomía e independencia del dueño de la finca, lo que no es lógico en circunstancias normales”, tal hecho que la Sala de apelación considera probado, al no haber sido combatido por el cauce procesal adecuado, ha de ser mantenido incólume en esta vía casacional. b) Aunque tal relación de dependencia no existiera, tampoco podría el presente motivo alcanzar éxito alguno, pues la responsabilidad del dueño de la finca en la que se originó el incendio no solamente la declaran los juzgadores de la instancia en concepto de responsabilidad por hecho de otro, sino también como derivada de conducta propia, conforme al artículo 1.902 del Código Civil, como afirma la sentencia recurrida, cuando, a este respecto, dice que “no puede olvidarse que el fuego se propagó a la otra finca y no se ha demostrado que se hubieran tomado las medidas necesarias para evitar la extensión del previsible riesgo de incendio,

sin que las supuestamente adoptadas fueran suficientes para eliminarlo, lo que siempre atraería para ese dueño la aplicación del artículo 1.902 del mismo Código”.

El cuarto y último motivo, con la misma sede procesal que el anterior, por el que denuncia infracción, por indebida aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, en relación con el 1.105 del mismo Código, pretende sustentarlo el recurrente en la alegación, basada en doctrina de esta Sala, de que la responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando* del empresario presupone inexcusablemente una culpa *in operando* por parte del dependiente o empleado, a cuyo motivo, en cierto aspecto contradictorio con el anterior, ha de corresponder el mismo destino desestimatorio, pues aparece probado, como ya se dijo al estudiar el motivo segundo, que el incendio se originó por una chispa desprendida de la cosechadora, así como que no se ha acreditado que se adoptaran las precauciones necesarias para evitar que tal evento se produjera, a lo que ha de añadirse, reiterando lo ya dicho al estudiar el motivo anterior, que la responsabilidad del aquí recurrente, en su calidad de dueño de la finca en que se originó el incendio, no solamente viene determinada por la culpa *in operando* de su dependiente, sino también por culpa propia, al no tener adoptadas las medidas necesarias y no ser suficientes las tomadas para evitar que el fuego se extendiera a otra finca distinta de la suya.

R. DE A.

DONACION SIMULADA BAJO LA FORMA DE COMPRAVENTA: INEXISTENCIA
(SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Se procede a continuación al estudio de los motivos quinto y sexto, ambos fundamentados en el número 5 del mismo precepto que los anteriores y en los cuales se atribuye a la sentencia recurrida la infracción de “los artículos 1.244, 1.276 y 1.277 del Código Civil, así como de la jurisprudencia que precisará, infracciones que resultan de haberse declarado nula la compraventa por falta de precio y no estimar válida la donación, con causa lícita” (motivo quinto), y la de “los artículos 618, 619, 630, 633, así como el 1.216 del Código Civil, y de la jurisprudencia relativa a los mismos, ya que no obstante admitir la sentencia combatida, que puede ser válida la donación encubierta bajo la apariencia de un contrato simulado de compraventa, dejan de aplicarse los preceptos mencionados” (motivación sexta). Ninguno de dichos motivos es de estimar, dado que siguen partiendo de algo distinto a lo que aparece clara y adecuadamente declarado por el Tribunal de apelación: que el contrato de compraventa es plenamente simulado y que la donación no es válida; y así el recurrente no ha tenido para nada en cuenta, ni en lo que hace al contrato de compraventa o que su simulación es consecuencia de carecer de causa y de precio; ni en orden a la donación o independientemente de lo relativo a los problemas que en la doctrina tanto científica como jurisprudencial plantea la hipótesis de la simulación de una compraventa y la licitud o validez de la donación insita en el mismo contrato, por no ser cuestión de tratar aquí, que resulta

evidente que según una muy constante doctrina de esta Sala, para la validez y efectividad de estas donaciones es preciso que en ellas concurren las condiciones y requisitos tanto formales como sustantivos imprescindibles para su validez y eficacia jurídica, lo que no acontece en este concreto supuesto, dado que como muy bien dice la Sala *a quo*, “el hecho de que el requisito de la escritura pública se cumpla bajo la forma de compraventa es una argumentación que carece de eficacia en cuanto él cumple los requisitos que se requieren para su especial naturaleza, pero no los necesarios para la donación; falta pues en este caso el requisito imprescindible de la forma”, “pero es que además tampoco existe el *animus condendi* ni circunstancias del que pueda inferirse” (fundamento quinto de su sentencia); y no se cumple el requisito de forma, como indica la sentencia impugnada en cuanto que la donación respecto de cuya existencia tanto insiste el recurrente aparece en todo caso en un documento privado.

Por último, los motivos séptimo, octavo y noveno denuncian con apoyo en el mismo ordinal y artículo que los inmediatos anteriores, la infracción del artículo 1.253, en relación con los 609 y 1.642 del Código Civil, sobre la transmisión del dominio, dado que es parte de unos hechos por el Tribunal sentenciador que declara probados para llegar después a conclusiones faltas de lógica (motivo séptimo); la infracción del artículo 1.282 del Código Civil, relativo a la interpretación de los contratos (motivación octava) y la infracción de los artículos 6.º-2 y 3, 1.901, 1.256, 1.258 y 1.275 del Código Civil (motivo noveno). Las tres motivaciones decaen, además de por los razonamientos que se han dejado expuestos, que conducen evidentemente a este resultado, porque, en lo que al séptimo se refiere, dado que el resultado a que llega en primer lugar el juzgador de instancia y luego el de apelación, no es fruto de conjeturas ni presunciones, sino directamente obtenido del examen y valoración de la prueba practicada y muy especialmente de la interpretación del contenido de los documentos público y privado en que pretende apoyarse el recurrente; y en cuanto a los octavo y noveno, precisamente por la adecuada y lógica exégesis que la Sala *a quo* ha realizado de referidos documentos, que conducen a estimar la declarada ausencia de causa en el contrato cuestionado, sin olvidar la del precio respecto a la compraventa y la de la voluntad o *animus donandi* si de una donación se tratare.

R. DE A.

**LETRA DE CAMBIO. FALTA DE PROTESTO EN ACCION DIRECTA DEL TENE-
DOR CONTRA EL ACEPTANTE, EN JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO
(SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1989).**

En el primero de los motivos que se ofrecen al estudio de esta Sala, cuya ubicación procesal se encuentra en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, se acusa la infracción de los artículos 504 y 505 del Código de Comercio por parte de la sentencia impugnada, con base en que en su fundamento cuarto se dice “que el protesto no se ha levantado debidamente en cuanto a las cambiales aportadas como documentos 6 y 8, en que se ha quebrantado el artículo 505 del Código de Comercio, ya que el único domicilio indicado en ellas está equivocado —Barquillo 4, en lugar de 43—, por lo que los protestos carecieron de garantías para el deudor”. Sin embargo, el artículo 505 del Código de Comercio establece, sin ningún género de dudas, que el *único domicilio legal* para practicar

la notificación del protesto será el designado en la letra, si no hubiere más que uno, para toda clase de protestos", precepto éste que en opinión de la entidad recurrente ha sido interpretado erróneamente por la Sala de apelación, dando lugar a este motivo.

La motivación descrita merece ser acogida, por cuanto: 1.º) Se ejercita por la entidad actora y ahora recurrida no la acción cambiaria ejecutiva sino la cambiaria ordinaria en juicio declarativo de menor cuantía, lo que introduce unos muy interesantes matices en orden a requisitos y circunstancias de las cambiales que sirven de fundamento a la pretensión esgrimida, según ya tiene declarado con reiteración esta Sala. 2.º) Por otra parte, es de tener en cuenta que referida *actio* la ejercita en este caso el tenedor de las cambiales (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona) contra la aceptante de las mismas, "C. de I. para L., S.A.". 3.º) Se trata, por tanto, del supuesto de la acción directa del tenedor contra el aceptante y no, en consecuencia, de una acción de regreso. 4.º) Como tiene establecido esta Sala de modo reiterado, al aceptante no le excusa de su obligación de pago la falta de protesto de las cambiales, al ser éste un requisito sólo indispensable para el ejercicio de la acción de regreso contra el librador y los endosantes, subsistiendo, por tanto, en este caso la acción cambiaria ordinaria contra dicho aceptante (Sentencias, entre otras, de 17 de octubre y 17 de noviembre de 1986). 5.º) Esta idea viene corroborada por la Sentencia de 21 de marzo de 1988, que al completar magistralmente la doctrina relativa a los posibles efectos de un proceso defectuoso, cuando a consecuencia de él puedan resultar perjudicados los derechos de los legitimados regresivamente tanto por vía ordinaria como ejecutiva, pone de relieve cómo en aquellos casos en que cual el aquí contemplado se ha ejercitado la acción directa contra el aceptante, los defectos que en la sentencia impugnada se atribuyen a los protestos de las dos letras con relación a las que se admitió el recurso de apelación, no son de tener en cuenta, al no existir respecto de ellos posibilidad de regreso, tanto por el ya indicado motivo de haberse ejercitado la acción directa contra el aceptante como por no constar se haya hecho uso por el tenedor de las cambiales protestadas (la Caja de Ahorros recurrente) de lo dispuesto en el artículo 517 del Código de Comercio en orden a las notificaciones del protesto al librador y endosantes.

R. DE A.

**APARCERIA: RESOLUCION DEL CONTRATO (ACCION QUE DEBE EJERCITAR-
SE. DEFECTO EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA: NO EXISTE).
CARGA DE PRUEBA (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1989).**

El primer motivo, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción, "por violación, por inaplicación del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en el artículo 533 del mismo Cuerpo Legal", toda vez que el procedimiento para obtener la declaración judicial resolutoria del contrato de aparecería no puede ser otro que el juicio especial de desahucio; a este respecto es de señalar que en la contestación a la demanda se alegó la excepción sexta del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 524 del mismo cuerpo legal, según dicho artículo 533 será admisible como excepción dilatoria el defecto legal

en el modo de proponer la demanda y se entenderá que existe este defecto cuando la demanda no reúna los requisitos a que se refiere el artículo 524; se refería el demandado a no haberse expresado en la demanda la clase de acción que se ejercita, para tras señalar las que “desde nuestro punto de vista” pudieran ejercitarse y en relación a cada una de ellas, determinar las consecuencias que se derivarían tanto en relación a la competencia objetiva, o en orden al procedimiento; estimó el Juez de Primera Instancia que dada la materia objeto de litis el procedimiento adecuado lo es el especial del juicio de desahucio y por tanto inadecuado el ordinario de menor cuantía que fue el elegido por la actora; no entró en consecuencia a conocer de la expresada excepción alegada; para el Tribunal de apelación eran dos las excepciones dilatorias invocadas por el demandado examinando primeramente cuanto afecta al modo de proponer la demanda, artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que desestima razonando con perfecto criterio y fundamento, que carece de consistencia jurídica para su estimación, pues según es doctrina de esta Sala la naturaleza de la acción ejercitada no se califica tanto por la invocación que en la demanda se haga de una norma legal, como por hechos alegados y lo pedido en la súplica, deduciendo que la ejercitada “es claramente declarativa de dominio y reivindicatoria”; para seguidamente examinar la de inadecuación de procedimiento, llegando a la conclusión que la declaración de derechos exige un amplio entramado probatorio y de importantes garantías procesales, teniendo uno y otro su incardinación en la normativa de un juicio declarativo, por lo que al igual que la anterior excepción también ésta es rechazada; en el motivo, como quedó indicado, se cita como artículo infringido el 524 de la Ley procesal para después relacionarlo con el 533, sin especificar a cuál de las excepciones que se recogen se refiere, y aparte de que el cauce procesal no sea el adecuado, ya que lo es el del número o causa segunda, puesto que es a la inadecuación del procedimiento al que se quiere referir, es lo cierto que tanto se entienda como defecto legal en el modo de proponer la demanda o, como de inadecuación de procedimiento, es la verdad que al haber quedado resuelta una y otra de dichas cuestiones acertadamente por el juzgador de instancia, de tal modo que volver a considerarlas no sería sino insistir en repeticiones que habían de resultar ociosas, el motivo ha de ser desestimado.

El motivo tercero, de examen previo a su anterior, por afectar a la *quaestio facti*, amparado en la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran “la equivocación de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres”, ya que de tales documentos resulta acreditado que mi representado antes de fallecer su padre venía liquidando con su tía la actora como aparcero”; no hay una cita o señalamiento expreso de los documentos concretos de los que pudiera evidenciarse tal error, quizá bajo la creencia que su conclusión apreciativa es bastante para hacer prevalecer dicha conclusión sobre la del juzgador y como tampoco cabe la referencia que se hace a la prueba de confesión judicial de ambas partes, el motivo ha de ser desestimado.

El motivo segundo, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia “la violación, por aplicación indebida”, del artículo 1.214 del Código Civil, y aunque dichos conceptos son antagónicos, haciendo caso omiso y teniendo por denunciada la infracción de dicho precepto el motivo ha de ser desestimado, puesto que, contrariamente a lo declarado en la sentencia de que de la apreciación conjunta de las pruebas practicadas no hay bases para poder defender la existencia de un contrato de aparcería entre los

hoy litigantes, sin que pueda admitirse esa pretendida subrogación del demandado en el contrato de aparcería que su padre estipuló con la actora, subrogación no probada en autos “y siendo tal hecho incumbencia del demandado según previene el artículo 1.214 del Código Civil y estar gravitando el motivo de oposición a la demanda en la existencia entre los litigantes de ese pretendido contrato de aparcería”, sienta el recurrente “que partiendo del reconocimiento de un contrato de aparcería anterior, es a la parte actora a la que incumbe la prueba de su extinción”, por lo que invariables los hechos declarados probados por la recurrida sentencia no se infringe el invocado precepto, y por tanto el motivo ha de ser desestimado.

R. DE A.

INTERPRETACION DEL CONTRATO: CONDICION SUSPENSIVA O RESOLUTORIA. LA CONDUCTA DE LAS PARTES. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1988).

El día 30 de diciembre de 1978, “La F.” y “C. e I. P.”, ambas sociedades anónimas, pactaron contrato reflejado en documento privado de esa fecha (folios 12 a 15), que denominaron de compromiso de compraventa, concerniente a la parcela de terreno que allí circunstancian; estipulándose (primera) que “F.” se compromete a vender y “P.” acepta el compromiso de venta a su favor; se fija (segunda) el precio de la compraventa; el modo en que habrá de abonarse (tercera) y se efectúa como primera entrega la de cuatro millones de pesetas mediante talón de la misma fecha que el contrato, contra la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, “el cual una vez sea hecho efectivo por la entidad bancaria (dice) se aplicará en concepto de señal, que dará por recibida ‘La F., S.A.’, sirviendo el presente documento de recibo en forma”; estableciéndose el reajuste del precio si de la cédula urbanística resultase una superficie edificable inferior o superior a los 12.700 metros cuadrados (cuarta); se atribuyen los gastos registrales a “La F.” (quinta), y los honorarios del proyecto, dirección de obras y licencia para las mismas a “P.” (sexta); fijándose la posesión de la parcela en la fecha de la firma de la escritura pública posterior a los pagos a que se hace referencia (séptima); los gastos de dicha escritura se atribuyen, así como los impuestos, a “P.” (novena); se pacta el otorgamiento en los diez días siguientes a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los títulos resultantes de la reparcelación (décima) y la sumisión a los Tribunales de Madrid. De particular interés para el litigio es la cláusula octava, que, literalmente copiada, dice así: “Salvo nuevo acuerdo, de no extenderse por el Ayuntamiento de Móstoles (Madrid) la cédula urbanística correspondiente a la parcela 11 antes del 15 de marzo de 1979, quedará sin efecto ni valor alguno el presente compromiso de compraventa, procediéndose por “La F., S.A.”, a devolver a “C. e I. P., S.A.”, en plazo no superior a quince días, los cuatro millones de pesetas recibidos en concepto de señal, sin que ambas partes tengan que reclamarse cantidad alguna por ningún concepto.

Según la sentencia del Juzgado, cuyos fundamentos de derecho acepta la Audiencia, dicha cláusula octava ofrece un negocio bajo condición, pues si el Ayuntamiento extiende la cédula urbanística antes del 15 de marzo de 1979, el contrato perdura; pero si el Ayuntamiento no extiende la cédula urbanística

antes del 15 de marzo de 1979, el contrato queda resuelto y "La F." tiene que devolver los 4.000.000 de pesetas recibidos, en plazo no superior a quince días, pues así resulta de la dogmática de los negocios sujetos a condición y en particular del artículo 1.114 del Código Civil. La cédula urbanística fue aprobada por la Comisión Municipal del Ayuntamiento de Móstoles en la sesión del día 15 de marzo de 1979. Sobre este antecedente entiende que la condición extintiva operó, ya que la cédula urbanística no fue extendida hasta el 16 del mismo mes de marzo, día siguiente al de su aprobación y, por lo tanto, se extendió después y no antes del 15 de marzo de 1979.

Según la sentencia de la Audiencia, que es la impugnada por el recurso, "la cuestión nuclear no es otra que la relativa a la interpretación de la cláusula 8.^a del contrato" y aparece claro "que el compromiso recíproco de vender que contraía la demandada y el de comprar asumido por la entidad actora venía condicionado a la circunstancia de que 'antes' del día 15 de marzo de 1979 el Ayuntamiento de Móstoles hubiese extendido la cédula urbanística correspondiente a la parcela objeto de la convención", y "de la prueba obrante en autos se desprende que la Comisión Municipal Permanente de la Corporación, el mismo día 15 de marzo de 1979, conoció y aprobó la concesión de la referida Cédula, lo que supone que no pudo en ningún momento extenderse 'antes' de la fecha que venía condicionado (*sic*) la validez definitiva de la operación concertada", entrando en juego la referida cláusula al estar previsto en la misma "quedaría sin efecto ni valor alguno el compromiso de venta, procediéndose por la entidad demandada a devolver a la actora los 4.000.000 que en su momento recibió en concepto de señal. Consecuentemente, confirma la sentencia del juzgado cuyos fundamentos acepta, y que había accedido a tal devolución y condena a la misma a la sociedad demandada.

El primero de los motivos del recurso, por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de hecho basado en documentos que obran en autos y que demuestran, a su juicio, la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Señala este motivo al efecto de denotar el error de hecho padecido por el juzgador, la certificación expedida por el Ayuntamiento de Móstoles, de fecha 2 de febrero de 1983 (folio 352), de la que resulta que con fecha 16 de marzo de 1979 fue solicitado por "La F., S.A.", licencia para realizar unas obras consistentes en la construcción de 114 viviendas, local comercial y garaje, cuya licencia fue concedida con fecha 5 de abril de 1979. Esta petición de licencia, efectuada el día 16 de marzo de 1979, o sea el inmediatamente siguiente a la fecha tope de la estipulación octava, no es, a juicio de este motivo del recurso, "sino una muestra clara de que los litigantes consideraban vigente ese compromiso que debería haber llevado a la consumación de la compraventa"; máxime que por dicha licencia hubo de abonarse una tasa importante 3.723.191 pesetas. Otro documento que denota igualmente (según el recurso) el error padecido por el juzgador es la certificación expedida por el Colegio de Arquitectos de Madrid (folio 348), que justifica el visado del proyecto, con fecha 26 de marzo de 1979, argumentándose por el motivo que "pocos días después de ese 15 de marzo de 1979 previsto en la estipulación octava (sólo once días después) ya se estaba visando el proyecto básico, abonándose por honorarios de su redacción 4.852.574 pesetas". Finalmente, se aduce como otro documento demostrativo del error, el acta notarial de 20 de abril de 1979, manifestativa de que hasta el 20 de abril de 1979 no se requirió a "La F.", para la devolución de la parte de precio entregada como señal, lo que es objeto de dicha acta (folios 21 a 24, de los que resulta haberse

efectuado tal requerimiento, de "P.", "La F.", según acta de fecha 18 de abril de 1979, practicándose el requerimiento el siguiente día 20, siendo contestado el 23).

Este motivo debe ser desestimado porque los documentos que se dejan invocados y quedan reseñados no son bastantes a convencer de error a la Audiencia cuando ésta afirma en la sentencia impugnada "se desprende de las actuaciones y pese a que lógicamente pudieron producirse contactos y gestiones al respecto (que) no se llegó a acuerdo alguno". Las "negociaciones" a que se hace referencia "no pueden llevar sin más a concluir la intención de la actora de prorrogar el plazo contractualmente establecido, renunciando a la devolución de la cantidad entregada inicialmente con vista a la plena consumación de lo convenido".

Aun al margen de tan rotunda afirmación, aseverativa de que no se obtuvo "nuevo acuerdo" modificativo de la cláusula octava y que paliase el de dejar "sin efecto ni valor alguno" el contrato junto con el de "devolver a 'C. e I. P., S.A.', en plazo no superior a los quince días, los 4.000.000 de pesetas recibidas en concepto de señal sin que ambas partes tengan que reclamarse cantidad alguna por ningún concepto" —sin perjuicio, se repite, de tal aseveración— los documentos invocados más bien la corroboran, por cuanto el acta notarial, que es de 20 de abril de 1979, o sea apenas transcurrido el plazo de los quince días siguientes a la fecha límite del 15 de marzo antecedente, no tiene otro contenido sino el de reclamar la cantidad objeto del presente litigio por los propios fundamentos que ya allí se aducen; y ni el pago de la tasa de la licencia ni el de honorarios devengados por la redacción del proyecto técnico conciernen a la prórroga del plazo contractual.

El motivo tercero, por el cauce del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción de lo dispuesto en el artículo 1.282 del Código Civil a tenor del cual "para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato. La aplicación de dicho artículo se postula sobre la base de las ocurrencias posteriores al 15 de marzo de 1979 que hemos examinado (dice) con detalle en el motivo primero de este recurso, dándolo aquí por reproducido".

Este motivo, por lo dicho, no tiene otro contenido diverso del propio del motivo primero, ya examinado y desestimado; presentándose los mismos hechos que allí se aducían como demostrativos de error padecido por el juzgador en la apreciación de la prueba, ahora como justificativos de error en la interpretación del contrato de 30 de diciembre de 1978, perpetrado por la Sala al disponer la repetición de la parte de precio entregada. Y merece seguir la misma suerte, máxime que, según doctrina de esta Sala tan reiterada que se excusa la cita de sentencias que la contengan, la interpretación efectuada por la Audiencia debe prevalecer, incluso existiendo dudas sobre su bondad, a salvo que aparezca manifiestamente errónea o absurda y sea imposible su mantenimiento.

En tema de interpretación del contrato debe desestimarse aquí a continuación del motivo tercero, también el quinto, que, con invocación del artículo 1.284 del Código Civil, sostiene que "en el cómputo del plazo previsto en la estipulación octava del contrato discutido en los autos no cabe incluir el día 15 de marzo de 1979"; repulsa la de este motivo, de todo punto inexcusable si se está a los términos del contrato, que son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, siendo esta regla interpretativa acogida en el párrafo primero del artículo 1.281, la de preferente aplicación.

5. El motivo segundo, por el cauce del número 4.º y el cuarto por el del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se enderezan contra la aplicación que (según alegan) ha efectuado la Audiencia, de la doctrina

sobre el enriquecimiento injusto o torticero. Y para desestimarlos basta con advertir que la sentencia que el recurso impugna no se basa en esa doctrina ni en que existiría enriquecimiento injusto de no efectuarse la devolución de los 4.000.000 controvertidos, sino que, pese a su dicción, se fundamenta en los estrictos términos de lo pactado en 30 de diciembre de 1978, según así lo demuestra haber asumido la fundamentación en derecho de la sentencia del Juzgado, que para nada se refiere al enriquecimiento injusto. La diferencia de precio en la compraventa ulteriormente convenida con otra sociedad y la atinente a los intereses, si es que las hubo, en perjuicio de la sociedad demandada, lo que no ha sido objeto del juicio, sino la aplicación de los pactos entre las sociedades litigantes de 30 de diciembre de 1978, no significarían nunca un enriquecimiento injusto en el sentido de la doctrina de esta Sala para la cual se configuran como subsidiario (Sentencia de 12 de marzo de 1987), por lo que no puede estimarse producido en el desarrollo de un contrato y en la exigencia de sus pactos libremente asumidos (4 de octubre de 1982).

Debe, por consiguiente, desestimarse también esta parte del recurso, fundada en el enriquecimiento injusto, habida cuenta además que la desestimación de la demanda sería pronunciando la vigencia del contrato litigioso de 16 de marzo de 1979, que obligaría a la sociedad demandada a la entrega de la finca que ha enajenado a una tercera sociedad. La contestación a la demanda solicita se declare "perdida para la actora la suma de 4.000.000 de pesetas, entregada en concepto de arras o señal", lo cual carece de todo fundamento en el contrato.

R. DE A.

PRUEBA PERICIAL: VALORACION. ERROR DE HECHO: REQUISITOS PARA SU ESTIMACION (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1988).

Dictada sentencia por la Sala 3.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid confirmando la apelada, que desestimó la pretensión articulada con la demanda en reclamación de 4.037.617 pesetas, reducidas en trámite de apelación a 3.705.910, por estimar el Tribunal *a quo* que esta cantidad, que la representación de la parte actora afirmó ser la debida por la demandada "P.", como resultado final de la ejecución de un contrato que la propia sentencia califica de ejecución de obra con aportación de materiales, no había sido acreditada en el montante que se dice, sino otra muy distinta de signo negativo, como resulta de la valoración pericial de la obra ejecutada y de la suma ya entregada al contratista por el dueño de la misma, dicha resolución es impugnada en el recurso articulando al efecto dos motivos de casación en los que, al amparo, por su orden, de los apartados 4.º y 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la existencia de error en la apreciación de la prueba y de infracción legal por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 1.º, a), 5, del Decreto 265/1971, de 19 de febrero.

Acogido por el juzgador de instancia el resultado final que el Perito de ambas partes sienta como "valoración de las obras realizadas por el régimen de contrata, utilizando la medición aceptada por ambas partes" y la por el propio Perito llevada a cabo, la conclusión establecida por la sentencia de que la suma pericialmente apreciada corresponde al precio de la total obra realizada en ejecución del contrato establecido, es negada, trayendo el recurrente, como documento acreditativo del error que atribuye al juzgador, el suscrito por los interesados

el 2 de agosto de 1982 bajo la rúbrica "acuerdos adoptados entre la 'S.A., P., y J. M.'", entresacando de él el punto 12 expresivo de que el contratista se compromete a deducir 275.000 pesetas del total presupuestado y medido que obra en poder de "P." y "J. M.", para luego de dar por cierto que el presupuesto y medición a que se refiere el citado punto es el del Arquitecto señor González, que no figura en autos y que afirma la existencia de precio cierto del contrato, aunque no determinado o fijo, tesis que completa el recurrente con la aseveración también de que la medición y valoración que sí figura en el procedimiento suscrita por el contratista y los Aparejadores se corresponde con el más atrás citado presupuesto al que se remite la dicha cláusula 12, documento que pone de manifiesto la certidumbre de las valoraciones que la parte actora hizo y reclama de la entidad dueña de la obra, razonamiento complejo que, amén de sustituir con el propio el criterio valorativo que de la prueba se hace en la instancia, lo que desorbita el ámbito del motivo de casación, cuya formulación, con base en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exige para su éxito, según constante doctrina de la que son manifestación reciente las Sentencias de 11 y 22 de febrero, 14 de marzo, 12 y 18 de abril, que el documento invocado como exponente del error de hecho, además de ser extraño a las actuaciones documentadas en el pleito, evidencia la equivocación por sí mismo, y no a través de deducciones e interpretaciones, máxime cuando de la pericial se trata, cuya ineficacia para dar vida a la casación igualmente está reiteradamente puesta de manifiesto por la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 4, 17, 18 y 24 de marzo, 26 de mayo y 3 de junio entre tantas otras), resaltando su estimación discrecional conforme al artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre todo ello, se insiste, tampoco puede aceptarse lo que, en su razonado motivo, califica el recurrente de errores determinantes de la improcedencia de aceptar los dictámenes periciales, errores que, en definitiva, no sirven sino para contraponer al resultado de la pericial, en cuya valoración, que el Tribunal hace suya, de obras por contrata, el técnico, informante a petición conjunta de los litigantes, resalta la imposibilidad de determinar si está también comprendida la factura de obras realizada por el régimen de administración, otras conclusiones estimativas a las que el recurrente llega, no mediante un preciso documento literosuficiente, a revelar el error que imputa a la sentencia, sino a lo largo de un proceso deductivo, operando sobre datos entresacados de diversos documentos y apreciaciones además del significado, a su juicio, de la relación de letras de cambio que igualmente están incorporadas a las actuaciones, con todo lo cual realiza una auténtica crítica de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal sentenciador, exponiendo el propio criterio, con el designio, obviamente inestimable, de que se le otorgue una prevalencia que el precepto amparador del motivo 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite, como más atrás se ha expuesto, haciéndole decaer con el efecto de arrastrar en su claudicación al otro motivo que denuncia la implicación del artículo 1.º, a), 5, del Decreto 265/1971, de 19 de febrero, relativo al cometido de los Aparejadores, que es invocado para cuestionar la negativa de la sentencia combatida a admitir como valoración de obra otra que no sea la llevada a cabo por el técnico informante en autos, buscando apoyo el recurrente en que la que, en su día, fue hecha por aquéllos está admitida y reconocida por la demandada, afirmación que rebasa notoriamente el reconocimiento prestado por "P.", concretado sólo a la medición, no a la valoración hecha en el documento suscrito por los Aparejadores el 2 de febrero de 1983.

CREDITOS PRIVILEGIADOS: TERCERIA DE MEJOR DERECHO. LA PREFERENCIA DE LOS CREDITOS QUE CONSTEN EN ESCRITURA PUBLICA. CO-LISION CON CREDITO DECLARADO EN SENTENCIA. LA EXPRESION "ESCRITURA" NO INCLUYE LAS ACTAS DE PROTESTO. DETERMINACION DE LA FECHA DE LA SENTENCIA (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1988).

El primer motivo del recurso acusa violación por no aplicación del artículo 1.220 del Código Civil en relación con la regla primera del artículo 597 de la Ley procesal. Argumenta la parte recurrente que habiendo aportado el actor, como título base de la tercería de mejor derecho, un testimonio de la póliza de préstamo y del saldo deudor, intervenidos por Corredor de comercio colegiado, expresamente, aunque de forma genérica, impugnadas por el demandado, tales documentos debieran ser cotejados, y al no serlo carecen —dice— de fuerza probatoria.

El motivo debe ser desestimado porque si bien lo anteriormente dicho es cierto en principio, no lo es menos que, como afirma la sentencia recurrida, en el curso del pleito y con citación de la parte demandada (folio 36) se aportó la correspondiente certificación original del Corredor de comercio; tanto de la intervención de la póliza como del saldo, por lo que se han cumplido los requisitos exigidos por dichos preceptos para que la documentación en que se funda la demanda sea eficaz en juicio.

Por su íntima correlación y alcance unitario los tres siguientes motivos en que se articula el recurso deben ser examinados conjuntamente, pues en ellos se denuncia, respectivamente, infracción por no aplicación de la jurisprudencia aplicable al caso (motivo segundo), violación por no aplicación del artículo 1.924, apartado 3.º, letra A, del Código Civil (motivo tercero) y aplicación indebida del apartado 3.º, letra B, del propio artículo 1.924 del Código Civil.

Para una mejor y más clara resolución del supuesto de hecho planteado, resulta obligado tener presentes las siguientes consideraciones:

a) Los créditos que se enumeran en el citado artículo 1.924, 3, son ante todo los que carecen de privilegio especial (mobiliario o inmobiliario), lo que significa que sus titulares cobrarán después de los créditos con privilegio especial y después de todos los que enumera el propio artículo 1.924 en sus apartados 1.º y 2.º. Sus titulares son preferentes, en cambio, respecto de los créditos comunes (artículo 1.929).

b) La preferencia que el artículo 1.924 concede a los créditos que consten en escritura pública y en sentencia firme, si hubieren sido objeto de litigio, se explica y justifica por la indubitada autenticidad de los dichos créditos, que les confiere carácter ejecutivo (escritura) o ejecutorio (sentencia); es decir, su preferencia deriva de su certeza *prima facie*, habida cuenta que la intervención del fedatario público o del procedimiento judicial garantizan la normal correspondencia entre la realidad documentada y la realidad jurídica.

c) La jurisprudencia de esta Sala ha equiparado a la escritura pública los documentos intervenidos por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado, así como las letras de cambio intervenidas por aquellos fedatarios o los documentos privados reconocidos judicialmente, habiendo precisado la propia doctrina jurisprudencial, por lo que se refiere a las pólizas de crédito, que lo decisivo para otorgarles eficacia como título preferente es su exigibilidad, cualidad otorgada por la oportuna liquidación y fijación del saldo, siendo la fecha de

esa operación intervenida fehacientemente por Corredor o Agente la determinante para fijar la prioridad del crédito.

d) Respecto a los procedimientos judiciales es asimismo doctrina reiterada que la fecha de la sentencia hay que referirla no a la del día en que la misma aparezca dictada, sino a aquella en la que la sentencia ganó firmeza, o sea, cuando no quepa contra ella recurso alguno, ordinario o extraordinario, bien por su naturaleza o ya por haber sido consentida por quienes fueron parte en el litigio, habiendo precisado esta misma jurisprudencia que las sentencias de remate han de equipararse en este sentido a las firmes y como tales deben entenderse incluidas en el apartado 3 del artículo 1.924 del Código Civil.

e) Frente a los supuestos antes mencionados de equiparación de rango y calidad con la escritura pública a los efectos del artículo 1.924, 3, del Código Civil, la jurisprudencia más reciente de la Sala, superando pasadas vacilaciones, ha declarado ya de forma específica que "partiendo de la distinción del contenido propio de las escrituras públicas y de las actas notariales, con base en el artículo 144 del Reglamento notarial de 2 de junio de 1944, no pueden tener la consideración de escritura, y si meramente de actas, los protestos, cuyo exclusivo objeto, a tenor de los derogados artículos 502 a 510 del Código de Comercio como en la actual normativa sancionada por los artículos 51, 52 y 53 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985, es la constatación de la falta de aceptación o del pago de las letras, sin que recoja la concorde voluntad de las partes para crear una obligación o al menos el reconocimiento de la misma por el deudor, que es el esencial contenido de la escritura pública y necesario para conceder la preferencia a que alude el número 3 del artículo 1.924 del Código Civil" (Así, Sentencias recientes de 29 de abril y 14 de junio de 1988).

La doctrina anterior determina la desestimación de los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso que por su íntima afinidad hemos contemplado conjuntamente, ya que, a efectos de la presente tercería, el título de la "C. D. de R., S.L.", a confrontar con el título del "Banco de F. I., S.A.", que es la intervención por Corredor colegiado de Comercio el 20 de junio de 1985 del saldo deudor de la póliza de préstamo, es efectivamente la sentencia dictada en juicio ejecutivo número 156/1985, el 17 de junio, y que ganó firmeza (fecha determinante) el día 25 del mismo mes y año, y no, como la recurrente pretende, las actas de protesto correspondientes a las tres letras de cambio ejecutadas en dicho juicio, de fechas 29 de abril y 9 de mayo del propio año 1985. Confrontación de títulos y fechas correspondientes (20 de junio y 25 de junio de 1985) que conlleva y supone, como queda dicho, la desestimación de los tres motivos aquí contemplados.

R. DE A.

CONTRATO DE OBRA. VICIOS EN LA CONSTRUCCION. PLAZO DE PRESCRIPCION Y RESPONSABILIDAD DECENAL (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1988).

La sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife que, acogiendo parcialmente la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios del Edificio Chasna C, declaró la obligación solidaria de los demandados de realizar, en el citado inmueble, las obras no ejecutadas de las contenidas en el proyecto de legalización aprobado por el Ayuntamiento de

Arona, así como en el anexo II, y que coincidan con los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda, llega a la conclusión estimatoria, luego de haber sentado como hechos de singular relevancia acreditados en el pleito, además de la condición de copropietario del Presidente de la Junta de la Comunidad actora y de que su actuación procesal lo fue en ejecución de acuerdo de la propia Comunidad actora en Junta celebrada el 4 de diciembre de 1983, las circunstancias de que el edificio cuya construcción corrió a cargo, como promotores de los demandados señores T., y como constructora la entidad asimismo demandada, "T., S.L.", perteneciente en su casi totalidad a aquéllos, sirviendo de base para la realización de los trabajos —llevados a cabo sin la presencia del Director técnico en principio previsto y sin contar con la preceptiva licencia municipal— unos croquis del anteproyecto constructivo y unos cálculos realizados por la empresa suministradora del material, añadiendo, seguidamente, la propia resolución, que la obra ejecutada, distinta de la que inicialmente se proyectó y así adquirida por los comuneros, presentó graves defectos en su construcción tal y como han sido puestos de manifiesto por los técnicos que cita y reconocido por la propia constructora, habiéndose confeccionado, termina su relato fáctico el Tribunal, un proyecto de legalización por el Arquitecto señor S., aprobado por el Ayuntamiento competente, sin que acerca del mismo —proyecto— "hubiera discrepancia entre las partes en el aspecto específicamente constructivo".

Constatada la situación de hecho expuesta, la decisión jurisdiccional de que igualmente se ha hecho mención, es impugnada por todas las partes litigantes, formulando al efecto sendos recursos que, por lo que hace a la Comunidad demandante, se concreta en dos motivos, en los que, al amparo sucesivamente de los números 3.º y 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia una supuesta incongruencia entre lo pedido y lo resuelto y de error en la apreciación de la prueba en la instancia, desgranando su impugnación las demandadas a lo largo de ocho motivos de casación, los seis primeros al amparo del número 5.º del citado artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil y los ordinales 7.º y 8.º, respectivamente, bajo los apartados 4.º y 7.º de esta norma procesal, en denuncia, aquéllos, de haberse infringido los artículos 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —motivos 1.º y 4.º— y conculcando los artículos 1.484 y 1.490, los 1.137 y 1.257 —motivos 2.º, 3.º y 6.º— y el 1.591 —motivo 5.º— del Código Civil, todos, acusando los restantes, citados 7.º y 8.º, error de hecho resultante de documento no contradicho y exceso en el ejercicio de la jurisdicción, por último al decidir el juzgador acerca de normativa específicamente urbanística.

Basada la denunciada incongruencia que acusa el primer motivo del primero de los recursos, más arriba expuestos, en el hecho de que habiéndose pedido en el suplico de la demanda —párrafo 3.º— la condena de los demandados a efectuar una serie de obras en el edificio, entre ellas las que se determinarán por los Peritos en período probatorio, postulación, sigue diciendo la Comunidad recurrente, coincidente con el razonamiento que sobre el particular contiene el considerando octavo de la sentencia combatida, nada dispone sobre ello la sentencia impugnada, razonamiento impugnatorio frente al que ha de observarse que ni el acogimiento de sólo parte del petitum, ni la falta de expresa declaración en el fallo respecto de que las obras de seguridad a realizar por recomendación de la pericial de autos, determinan la incongruencia denunciada, ya que no hay incongruencia en el acogimiento parcial de una demanda rechazándose el resto de lo suplicado por la Sala sentenciadora, que cita la pericial y su resultado en apoyo de la tesis de incumplimiento contractual, como dice el auto aclaratorio de 26 de octubre de 1987, y que impone, implícitamente, las obras de seguridad necesarias

al señalar que se realicen en el edificio las contenidas en el proyecto de legalización del mismo, aprobado por el Ayuntamiento de Arona, como ratifica aquel auto aclaratorio en el que expresamente señala que las obras se harán en la forma que dice el párrafo 2.º del fundamento jurídico noveno, y en éste literalmente se establece la exigibilidad de “que el edificio en general y los apartamentos en particular se encuentren en las debidas condiciones de seguridad y habitabilidad”, si bien que dentro de las características del realmente adquirido. La reiteración de la tesis de este primer motivo en el segundo de los que articula esta parte, a título, ahora, de defectuosa apreciación de la pericial, hace decaer este otro motivo, en el que, en suma, se enjuicia el dictamen de Peritos cuya estimación se hizo con la discrecionalidad que establece el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.243 del Código Civil.

Prestando atención a cuantos argumentos y motivos se han vertido en todos los recursos, en una actuación pro accional el decaimiento que, inevitablemente, ha de declararse de los motivos 1.º y 4.º de los recursos que articulan los demandados, insistiendo en su postura de negar a la Comunidad demandante personalidad para el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a promotor y entidad constructora, ya que tal Comunidad dicen “no ha tenido intervención alguna en el contrato de arrendamiento para la construcción del edificio”, tesis que olvida la repetidamente declarada legitimación del subadquirente en el ejercicio de la responsabilidad decenal (Sentencias de 5 de mayo de 1961, 17 de octubre de 1974, 1 de abril de 1977, 22 de marzo de 1986 y 17 de mayo de 1988), es seguido de parejo rechazo del resto de los motivos de casación, unas veces porque como sucede con los ordinales 7.º y 8.º de preferente examen dada su naturaleza, en atención a que en éste se plantea una cuestión nueva relativa a la Ley del Suelo y Reglamento de Disciplina Urbanística cuya novedad y carácter obstaculiza la casación (Sentencias de 16 de marzo y 18 de abril de 1988) y aquél se limita a repetir el argumento ya rechazado de la falta de legitimación al que el recurrente ahora añade la oposición al carácter de solidaria de la responsabilidad declarada, omitiendo por lo que hace a este extremo (a su vez objeto de los motivos 3.º y 6.º, condenados por afectarles idéntica omisión), que es también doctrina legal constante (Sentencias de 17 de febrero y 16 de junio de 1984, 31 de enero de 1985, 9 de marzo de 1988) la de ser la solidaridad obligada consecuencia de la falta de precisa individualización de la responsabilidad de los distintos intervinientes en la construcción, razonamiento que, como dice, arrastra en bloque a los motivos 3.º, 6.º, 7.º y 8.º, sin que merezcan mejor fortuna los que restan por examinar —2.º y 5.º— de los que integran la impugnación ejercitada por los demandados, en cuanto que tales motivos destinados a cuestionar, junto a temas ya examinados y claudicados, la infracción supuesta de los artículos 1.484 y 1.490 del Código Civil y la de la norma del 1.591 del mismo, en orden a la naturaleza de los defectos y consiguiente prescripción de las acciones ejercitadas que el último de los motivos ahora en estudio —el 5.º— dice acaecida el 21 de enero de 1983, esto es, varios meses antes de la fecha de presentación de la demanda, que tuvo lugar el 27 de noviembre siguiente, no tienen en cuenta ni que la normativa de los artículos 1.484 y 1.490 del Código Civil, reguladora de las acciones *redhibitoria* y *quantum minoris*, resultan inaplicables en aquellos supuestos, como el presente, en que la demanda se dirige a obtener las reparaciones derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual por vicios cuya entidad los hace enmarcables en el ámbito del artículo 1.591 del propio Código, ni la permanente doctrina que señale ser uno el plazo de garantía y otro el de prescripción de la acción, de manera que no cabe sustituir por un plazo —el decenal— el de dura-

ción de la acción respecto de la que en el caso del párrafo 1.º del artículo 1.591, como en el supuesto de su inciso final, es el de quince años, como puntualiza, entre tantas otras, la Sentencia de 13 de julio 1987.

R. DE A.

RETRACTO DE COMUNEROS: NO ES NECESARIO ENTABLAR LA ACCION CONTRA LOS VENDEDORES BASTANDO QUE SE FORMULE CONTRA EL COMPRADOR. NO CABE ACUMULACION DE ACCIONES. CADUCIDAD DEL PLAZO (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1989).

Fundamentos de Derecho.—El presente recurso tiene como antecedentes que es preciso destacar, los siguientes: los recurrentes, condueños los tres juntos de una sexta parte indivisa de la finca litigiosa, ejercitaron acción de retracto sobre las otras cinco sextas partes del inmueble vendido en documento privado a don José M. R. y su esposa. El suplico de la demanda contiene la petición de que se declare el derecho a retraer las porciones vendidas y la petición de que “en consecuencia, sean otorgadas a favor de mis representados las correspondientes escrituras por los titulares registrales vendedores...”. La Sentencia recurrida confirmó la de primera instancia y no resolvió las cuestiones planteadas por apreciar la excepción de litis consorcio pasivo necesario porque no fueron demandados los titulares registrales vendedores de las porciones de finca. El recurso combate la Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada por dos motivos encuadrados ambos en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los que se denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre el litisconsorcio pasivo necesario que estima el recurrente que no es de aplicación al caso y la infracción del artículo 24 de la Constitución por no haber entrado a conocer la cuestión planteada.

El suplico de la demanda, según revela su tenor literal, contiene el ejercicio aparente de dos acciones: La primera la propia acción de retracto, de carácter real, mediante la cual aspiran los actores a subrogarse en el lugar del comprador con las mismas condiciones estipuladas en el contrato (art. 1.251 C. Civil); derecho que concede a los comuneros el artículo 1.522 del C. Civil para el caso de enajenarse a un extraño la parte de los demás condueños o algunos de ellos. Esta acción real se ha de dirigir contra quien haya adquirido la cosa, pero ni la Ley ni la jurisprudencia exigen que sean traídos al proceso el vendedor o vendedores a quienes no ha de trascender la resolución judicial. Si prospera el retracto, se colocarán los demandantes, comuneros y retrayentes, en el lugar del comprador, sin necesidad de otorgar nuevo contrato puesto que la compraventa al extraño no se resuelve sino que simplemente queda modificada subjetivamente por el cambio de la persona del comprador. La segunda petición del suplico de la demanda, como ya se ha dicho, insta el pronunciamiento de que se condene a los titulares registrales, que no son parte en el litigio, a otorgar escritura pública de compraventa, lo que en definitiva tiene naturaleza jurídica de acción personal posible, en principio, al amparo de los artículos 1.279 y concordantes del C. Civil. El ejercicio acumulado de ambas acciones, una real y otra personal, una para subrogarse los actores con las mismas condiciones estipuladas en el contrato y la otra para que mejorando las condiciones estipuladas se le facilite el título público que permita inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. Ambas acciones no son acumulables en el proceso de retracto porque lo impide el

artículo 154 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que declara incompatibles el ejercicio simultáneo de dos o más acciones que deban ventilarse y decidirse en juicios de diferente naturaleza, y distinta naturaleza tienen el proceso especial de retracto, cauce por el que exclusivamente se conoce de las cuestiones de retracto, y el juicio declarativo ordinario que corresponda a la cuantía por el que se deciden las acciones de elevación a escritura pública de los contratos privados. En cualquier caso, al no haberse dirigido la demanda contra las personas cuya condena se insta, es evidente que no puede dictarse Sentencia que a ellos les afecte, pero no por aplicación de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, puesto que de haber sido posible el ejercicio simultáneo de las acciones y de haber sido formalmente demandados los vendedores las vicisitudes y resoluciones de ambas cuestiones habrían tenido tratamiento singular y resultado diferente como si de procesos independientes se tratara.

Al prosperar el motivo, se produce, por expresa disposición del artículo 1.715, en nueva redacción de 1984, la obligación de la Sala de resolver lo que corresponda, esto es, de convertirse en Sala de Instancia y rebasando el tradicional carácter de la casación de custodio del ordenamiento jurídico, entrar a conocer sobre el fondo, naturalmente sin decidir sobre la petición de elevación del contrato a escritura pública, porque no es acumulable al proceso de retracto, ni posible judicialmente dictar resolución contra quien no ha sido parte, como ya se ha razonado.

Entrando a conocer del fondo y valorando todas las pruebas practicadas en instancia, se logra la convicción de que presentada la demanda el día 20 de junio de 1986, según consta en la diligencia judicial, ha transcurrido con creces el plazo de nueve días contados desde que los retrayentes tuvieron conocimiento de la venta (art. 1.524 C. Civil y 1.620 de la LEC) contenida en el documento privado de 25 de mayo de 1983, pues así se desprende singularmente de las cartas (de 5 de marzo y 23 de mayo de 1986), cruzadas entre los letrados de los retrayentes y del comprador en las que se habla del condominio con el nuevo propietario, y de las declaraciones testificales, en las que tratan de ponerse de acuerdo en el precio del único sexto pendiente de adquisición por el comprador demandado.

R. DE A.

FIANZA: CONDONACION PARCIAL ACORDADA POR LOS ACREEDORES EN LA QUIEBRA: NO AFECTA AL ACREEDOR QUE VOTO EN CONTRA, RESPECTO A LA OBLIGACION DEL FIADOR. ALCANCE DE LA OBLIGACION DEL FIADOR (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1989).

Los actores y ahora recurrentes, condenados en anterior juicio ejecutivo, en el que habían sido demandados en calidad de fiadores solidarios de la entidad "C. N. del S., S.A.", al pago a la mercantil actora en el procedimiento ejecutivo dicho y aquí demandada, "B. U. U., S.A.", de la suma de 8.700.797,73 pesetas, plantearon en el actual litigio la cuestión de si por haber sido incluida la cantidad representada por la suma antes meritada en la relación de acreedores del quebrado "C. N. del S., S.A." y como crédito reconocido a favor de "B. U. U., S.A.", la circunstancia de que en el juicio de quiebra hubiera mediado convenio de los acreedores otorgando al quebrado quita y espera para el cumplimiento de sus obligaciones determinaba la extinción de la fianza o cuando menos que la res-

ponsabilidad de los fiadores debiera ser rebajada al 30 por 100 del importe del débito otorgado en la quita.

Contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial que, confirmando la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia, desestimó la demanda, los actores han deducido el presente recurso de casación a través de dos motivos, los que articulados con amparo procesal en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dejan incólumes en casación las afirmaciones fácticas de la resolución impugnada, según que "la espera de ocho años concedida en el Convenio que puso fin a la quiebra, para satisfacer el porcentaje no condonado de las deudas de la entidad quebrada fue aprobada en la Junta de acreedores a tal efecto celebrada el 22 de mayo de 1984, a la que asistieron como tales acreedores, entre otros los aquí actores don Bartolomé, don Pedro y don Miguel L. P. y la demandada B. U. U., pero aquéllos votaron a favor del Convenio de quita y espera, la entidad bancaria manifestó su oposición al mismo y votó en contra".

En su consecuencia y como a las denotadas afirmaciones fácticas ha de estarse, decae el primer motivo del recurso, en el que, por la vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la Sentencia recurrida de haber infringido, por interpretación errónea, el artículo 1.851 del Código Civil, en cuanto establece que la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza, desarrollándose el motivo con base en una inadmisibles argumentación al no resultar de los hechos acreditados que la entidad bancaria concediera a sus deudores prórroga de clase alguna para el saldo de su débito, dado que la prórroga en cuestión no fue otorgada "voluntariamente" por dicha entidad, como en interpretación de la preceptiva que se supone vulnerada exige reiterada jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en sus Sentencias de 7 de abril de 1975 y 8 de octubre de 1986 y sí, por el contrario, dicha prórroga fue otorgada con la manifestada oposición y voto en contra del Banco demandado, a todo lo que es de añadir que según acredita, también, la prueba documental aportada a las actuaciones para mejor proveer, durante el trámite del litigio en segunda instancia, sin el voto favorable de los actores señores L. el Convenio no hubiere podido ser aprobado dado que el crédito de los mismos contra la entidad quebrada representaba la suma de 893.062.001 pesetas de un total de 941.571.405 pesetas, por lo que es obvio que el "quórum" de cantidad que el artículo 901 del Código de Comercio exige para su aprobación, no hubiera podido alcanzarse sin el voto favorable de los hermanos L.

Igual suerte adversa corresponde al segundo y último motivo del recurso, en el que, con idéntico amparo procesal del que le antecede, se tacha al pronunciamiento judicial combatido de haber infringido lo dispuesto en el artículo 1.826 del Código Civil, por entender los recurrentes, según los alegatos que sirven de desarrollo al motivo, que la "quita" otorgada a la deudora principal "C. N. del S., S.A." en el Convenio de acreedores tantas veces referido reducía la obligación de los fiadores de saldar la deuda contraída por la entidad quebrada con el Banco acreedor a los límites por la citada quita significado en cuanto, que de no entenderlo así, según también se argumenta, el fiador quedaría obligado a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. El motivo carece en absoluto de fundamento, pues aceptar la tesis de los recurrentes significaría desnaturalizar la extensión de la fianza en términos que resultarían en abierta contradicción con lo que la preceptiva contenida en el artículo 1.822 del Código Civil establece, dado que en el caso los fiadores recurrentes

se obligaron solidariamente con el deudor principal a pagar las deudas contraídas por éste y sería absurdo entender que quedaran liberados en parte de su obligación de saldar totalmente la deuda impagada por el hecho de que en un juicio universal de quiebra otros acreedores adoptaran, con su voto en contra, el acuerdo de otorgar una quita, pues de ello derivaría que la garantía que para el cobro de las deudas la fianza representa, precisamente para el supuesto de insolvencia total o parcial del deudor principal, quedara vacía de contenido, y sin que sea ocioso poner de relieve que en el supuesto aquí enjuiciado en el que, con amparo en lo dispuesto en el artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pretende por los actores dejar sin efecto los pronunciamientos de una Sentencia recaída en juicio ejecutivo, cuando el meritado juicio ejecutivo, según consigna la Sentencia recurrida, "fue promovido, sustanciado y resuelto en fecha muy anterior a la declaración de quiebra de la entidad afianzada «C. N. del S., S.A.»", ya que "mientras la Sentencia de remate del ejecutivo —al que, por cierto, no formularon oposición los ejecutados, que permanecieron en situación de rebeldía— fue dictada el 8 de octubre de 1979, el expediente de declaración de quiebra de la mencionada entidad es el número 462 del año 1981 del Juzgado de Primera Instancia número 20 de Madrid, de tal manera que ninguna influencia podía ejercer en el juicio ejecutivo una declaración de quiebra instada dos años más tarde", a todo lo que, por último, es de añadir que la fianza solidaria, como sentó la Sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 1987, "la acción contra el fiador es autónoma y puede ejercitarse sin necesidad de actuar contra el patrimonio del deudor, ya que desaparece el beneficio de excusión..." "pasando el fiador a ser considerado como si del deudor principal se tratara".

R. DE A.

ERROR: COMPRADOR QUE DESCONOCE QUE LA COSA NO ES PROPIEDAD DEL VENDEDOR. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR. INEXIGIBILIDAD DE LA CONSULTA A REGISTROS PUBLICOS (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1989).

Son antecedentes de hecho esenciales para la decisión del recurso de casación de que se trata, expresamente aceptados en la Sentencia recurrida y expresamente vinculantes a fines de decidir sobre dicho recurso, en cuanto el recurrente don José Antonio P. M. se basa en ellos y la demandada "C. F. L., S.A." los consintió al no formular recurso contra la mencionada Sentencia, que el precitado don José Antonio P. M. compró el día 1 de marzo de 1980 a la precitada entidad "C. F. L., S.A.", actuando ésta en su propio nombre y sin ostentar la representación de otra persona física o jurídica, la embarcación "Atún-28", que se describe en el hecho primero de la demanda, por el precio de 4.000.000 de pesetas, en la creencia de que quien se la vendía era el titular dominical de la misma, enterándose posteriormente que dicha embarcación figuraba en el Registro de Buques de la Comandancia de Marina de Barcelona como de la propiedad de "I., S.A."; y en cumplimiento de tal contrato el precitado comprador demandante abonó el precio estipulado a la mencionada vendedora demandada, que hizo entrega material a aquél de la referida embarcación, sin acreditación de inscripción a su nombre en el correspondiente Registro de Buques de la Comandancia de Marina, ni constancia de facilitar al tan repetido comprador los medios adecuados para que pudiera llevar a cabo la indicada inscripción en el mencio-

nado Registro de Buques, a fines de posibilitar que la embarcación en cuestión pudiese navegar bajo la titularidad del aludido demandado comprador.

Lo consignado en el precedente fundamento de derecho conduce a la acogida del segundo de los motivos en que se fundamenta el recurso de casación en cuestión, formulado por don José Antonio P. M., al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en infracción del artículo 1.265, en relación con los 1.266 y 1.300 del Código Civil, por entender existencia de error que invalida el consentimiento, al no poder usar la cosa que fue objeto del contrato, por lo que, en relación con el artículo 1.261 del mismo cuerpo legal sustantivo, no concurren los requisitos en este último precepto expresados, porque si ciertamente al demandante comprador, ahora recurrente, don José Antonio P. M. le fue entregada por la entidad demandada "C. F. L., S.A."; que actuó como vendedora en su propio nombre, sin alegar representación ni mandato de clase alguna de tercero, de la embarcación "Atún-28", objeto de la compraventa en cuestión, fue efectuado sin dotar a dicho comprador los medios adecuados y entre ellos los correspondientes para posibilitar la inscripción a su nombre en el Registro de Buques de la correspondiente Comandancia de Marina de la invocada embarcación objeto de venta, para que la misma pudiera navegar y ser, en consecuencia, utilizada a su nombre, cual lógicamente hubo de ser la intención del mencionado adquirente al llevar a cabo la expresión de su consentimiento en orden a la compraventa sometida a controversia, produciendo en su virtud error invalidante del consentimiento con indudable proyección en el objeto y causa del contrato, al recaer sobre la sustancia de la cosa objeto de éste, y con más precisión sobre las condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo, cual es la posibilidad de navegabilidad de la expresada embarcación a nombre y titularidad del adquirente don José Antonio P. M., determinando en consecuencia la ineficacia de dicha compraventa, en razón a lo normado en el artículo 1.265, en relación con los 1.266 y 1.300 del Código Civil, cual acertadamente solicita el recurrente, toda vez que, como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala en Sentencias de 1 de marzo y 27 de mayo de 1983 y 29 de abril de 1986, aquella ineficacia, por causa de nulidad, se produce cuando la cosa objeto del contrato carece de las condiciones requeridas que se le atribuyeron, en este caso la evidente posibilidad de navegabilidad de la embarcación "Atún-28" a nombre y consiguiente titularidad del adquirente demandante don José Antonio P. M., y por tanto sin idoneidad a su normal destino, produce error en el consentimiento, dado que éste indudablemente es propiciado cuando se compra una embarcación con el presupuesto, sin necesidad de exteriorizarlo, por ser el normal destino de aquella, de que sea susceptible de ser utilizada a fin de navegación a nombre y con la titularidad del adquirente para que ha sido adquirida.

En nada afecta a la presente cuestión, ni por tanto a la ineficacia, por causa de nulidad apreciada, de la compraventa de que se viene haciendo mención, la circunstancia de que la entidad demandada "C. F. L., S.A." alegue haber obrado, en la venta de que se trata, por mandato de la propietaria de la embarcación objeto de tal acto transmisivo y que, en todo caso se estaría en un supuesto de venta de cosa ajena, así como que al ser el Registro de Buques de la Comandancia de Marina de Barcelona una oficina con posibilidad de obtención de función pública, podía haber tenido acceso a ella el demandante antes o al tiempo de otorgarse la compraventa sometida a controversia; en cuanto al primer aspecto porque lo a tener en cuenta es que la entidad demandada al realizar dicha venta al demandante lo hizo en nombre propio, sin alegación de actuar por mandato

de tercero ni de que la embarcación transmitida fuese ajena, y si dando a entender que era propia de él al comprador, lo que conduce a que no hayan de proyectarse sobre el referido demandado las consecuencias de esa posible situación de mandato, para él desconocido, o de ajeneidad de la embarcación, para él desconocida, pues lo a considerar es que para el comprador demandante quien la transmitió no tenía la titularidad dominical sobre la embarcación transmitida, y en consecuencia no podía hacer la entrega jurídica que toda transmisión requiere para su efectividad, cual indudablemente consideró el comprador al concertar la controvertida compraventa, ya que no puede exigirse a quien compra tenga que desplegar actividad para lograr que su derecho pueda tener efectividad supliendo la que tenía que haber realizado el vendedor, como obligado a poner en poder y posesión al comprador de la cosa vendida, según previene el artículo 1.462 del Código Civil, toda vez que para producir real y efectiva entrega jurídica de lo vendido se precisa que el vendedor entregue los títulos de pertenencia y cuantos informes y elementos sean necesarios, que debe tener aquél a su disposición para la eficacia del derecho transmitido e inscripción en el registro correspondiente; y en lo que se contrae al segundo aspecto porque, aparte que es una circunstancia de dificultosa apreciación por el comprador el conocer en cuál organismo público de los muchos que existen a fin de registro de buques, lo cierto es que la ineficacia, por causa de nulidad, de la expresada compraventa, viene determinada, según viene indicado, no por la inscripción de la embarcación vendida en el Registro de Buques de la Comandancia de Marina de Barcelona, sino por no proveerse el demandante comprador por el vendedor de titularidad de lo vendido para que pudiera destinarse a su normal uso, que como también ha sido puesto de manifiesto es significativo de falta de entrega jurídica, dado que ésta requiere que la cosa reúna las adecuadas y precisas condiciones para su normal destino.

R. DE A.

SUSPENSION DE PAGOS: COMISION DE ACREEDORES QUE SE TRANSFORMA EN COMISION LIQUIDADORA. PROPIEDAD DE LOS BIENES DE LA SUSPENSA (NO LA TIENE ESA COMISION, O AL MENOS NO LA HA PROBADO). REQUISITOS DE LA ACCION REIVINDICATORIA (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1988).

La Comisión recurrente formula un único motivo en el cual y con sustento procesal en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, imputa a la Sentencia impugnada la infracción por inaplicación del artículo 348 y siguientes del Código Civil, "ya que siendo claros los términos del Convenio de la suspensión de pagos R., S.A., ha de estarse al sentido de sus cláusulas y otorgar la propiedad de todos los bienes de R., S.A. a la Comisión de acreedores, único propietario de los mismos, sin que sea admisible la interpretación de la Sentencia de instancia".

La motivación sucumbe, en primer lugar, porque la indicación de la infracción que la Comisión recurrente dice se ha cometido por el Tribunal de Apelación y se ha dejado indicada en el fundamento precedente, adolece de una ambigüedad incompatible con un recurso del tecnicismo y características del de casación, incluso después de su reforma por la Ley 34/1988, de 6 de agosto, por cuanto ni siquiera a partir de la mayor flexibilidad por ella incorporada a dicho recurso puede quien recurre proyectar sobre esta Sala (y así lo tiene la misma declarado

de modo reiterado) la tarea de inquirir cuál o cuáles de los artículos 348 y siguientes del Código Civil haya podido ser infringido; pero es que, además, la imprecisión de este motivo radica fundamentalmente en su incongruente construcción, ya que sobre la base de los preceptos que en términos generales se dicen infringidos, el único concretamente señalado como punto de partida de esos "...siguientes del Código Civil" que en la motivación se indican, es el 348, en cuyo párrafo segundo y después de fijar en el primero el ámbito del derecho de propiedad, se otorga al *dominus* el derecho a reivindicar el bien que le pertenece de quien se lo haya arrebatado o lo retenga.

Pues bien, lo que se deniega por el Tribunal *a quo* a la Comisión recurrente, no es el derecho a ejercitar dicha acción y si la cualidad legalmente requerida para su ejercicio, esto es, la de ser propietaria del bien o bienes que pretende reivindicar, cuestión que no ha sido planteada en el motivo instrumentado dado que en él se parte como supuesto indiscutible, de que esa titularidad la corresponde. Y a tales efectos, debe llamarse la atención sobre dos declaraciones contenidas en el primero y segundo considerandos de la Sentencia impugnada de las que se hace caso omiso en este recurso: que para el éxito de la acción de tercería de dominio es necesario que el tercerista acredite la adquisición del bien reclamado en momento anterior al embargo del mismo; y que "la condición de comisión de acreedores de una sociedad mercantil que se halla en suspensión de pagos, aún con la posibilidad de convertirse en Comisión liquidadora de los bienes pertenecientes a la sociedad, no equivale a ser propietaria de los bienes de que se trata, que pertenecen a la sociedad suspensa mientras no se apruebe que su dominio ha sido transferido con arreglo a Derecho" (considerando segundo). Pero es que, además, la Comisión recurrente que apoya en principal medida su argumentación en el Convenio de la suspensión de pagos de "R., S.A." parece no tener tampoco en cuenta: *a*) que dicho Convenio fue publicado en el *BOE* el 20 de junio de 1985, o sea, después de la diligencia de embargo, que tuvo lugar el 22 de febrero de dicho año; *b*) que referido Convenio no aparece aportado a los autos, por lo que tratándose de la interpretación de sus cláusulas, concretamente de la octava según el motivo, era la recurrente quien debiera haberla aportado, y *c*) que en consecuencia ante esta omisión sólo achacable a quien impugna, se hace imposible a esta Sala adentrarse en el examen de la cuestión.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION. ARRENDAMIENTO A UNA SOCIEDAD DE LA QUE EL RECURRENTE ERA ADMINISTRADOR (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1989).

El recurrente pretende que la Sentencia de desahucio, por falta de pago que impugna, fue dictada y ejecutada frente a una sociedad anónima, demandada, como arrendataria de un local de negocio, cuando el verdadero arrendatario era, a título de persona individual, el propio recurrente, lo que vendría a poner de manifiesto la maquinación fraudulenta de la arrendadora, para producirse indefensión, que justificaría la estimación de este recurso, en aplicación del número 4 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el curso del proceso que origina este recurso, el hoy recurrente no intervino como parte, ni pretendió ser admitido como tal, intentando por medio de una intervención principal, que puede acogerse sobre la base de la legitimación, su presencia en tal proceso, por lo que, en principio, no puede ser admitido, como

parte, en este recurso, reservado a los litigantes, tal como se deduce del artículo 1.801 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aun aceptando su legitimación, por su intervención en la ejecución, para evitar el lanzamiento, debe advertirse que la Sentencia impugnada estudia con suficiente pormenor la cuestión de la falta de legitimación pasiva de quién fuera la sociedad demandada y, tras valorar las adecuadas alegaciones y pruebas, llega a la conclusión de que la arrendataria era la sociedad demandada, porque así constaba en el documento contractual último y, si se había producido alguna confusión en los recibos, se debía a que el hoy recurrente era Administrador de aquella sociedad, confusión que nunca puede beneficiar a quien la crea, por aplicación de elementales criterios interpretativos y de buena fe, lo que conduce necesariamente a la declaración de improcedencia del recurso, con las consecuencias previstas en el artículo 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

ACTOS PROPIOS: REQUISITOS. OFERTA NO ACEPTADA: NO PUEDE ALEGARSE LUEGO POR SU DESTINATARIO. ARRENDAMIENTO DE BUQUE: EFECTOS FRENTE A TERCEROS (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1989).

La Sentencia recurrida, dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla el 28 de enero de 1987, acoge en lo sustancial los considerandos de la del Juzgado y, en consecuencia, sienta que apreció y valoró con todo acierto la abundante prueba aportada a los autos para afirmar la falta de legitimación en las entidades demandadas, pues la segunda de ellas, propietaria del buque cuando la actora suministró el combustible (26 de enero de 1985) cuyo precio les reclama solidariamente, habían transferido casi dos años antes (24 de agosto de 1983) la posesión y disfrute del mismo, sin tripulación, a un tercero, cesionario que a través de un representante había contratado al capitán y al resto de la tripulación, sin ninguna relación de subordinación con la demandada, que sólo era propietaria registral de la nave y que ni siquiera percibía el canon o renta convenida por su arrendamiento, satisfecho a un acreedor hipotecario de la misma, con la circunstancia de que el primer cesionario cedió a su vez el 14 de octubre del propio año 1983 la total posesión del buque a otra naviera, de la que pasó a depender igualmente la tripulación, siendo esta última la que, por mediación de un agente, contrató a la actora, antes de llegar el barco al puerto, el suministro del combustible en cuestión, su precio y condiciones de pago, de todo lo cual concluyen ambas Sentencias que si "Y. S., C.O." concertó con "S. C. C." el fletamento en régimen de casco desnudo y ésta cedió el barco en régimen de fletamento por tiempo a "C. N. S. M.", que, a su vez, contrata el tan repetido suministro con "P. D.", son las cesionarias, primero una y después la otra, las verdaderas empresarias de la navegación, asumiendo con su titularidad y con la tripulación a sus exclusivas órdenes y dependencia, los riesgos de la explotación "como Señoras de la nave o Maestras del navío", de forma que ni "Y", como propietaria, ni "Y. N. C.", como posterior adquirente del buque, tienen responsabilidad alguna respecto al precio del combustible, en recta aplicación del artículo 586 y concordantes del C. de Comercio.

El primer motivo del recurso, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la LEC, denuncia "infracción por violación del principio de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos", recogido en las Sentencias que

cita, afirmándose en su desarrollo que la relación jurídica controvertida la constituye una compraventa de un bien mueble —el combustible— en la que “P. D.” ostenta la titularidad activa y la pasiva quienes han de pagar el precio, las demandadas —armadoras propietarias del buque—, no porque fueran las compradoras del combustible, sino porque con posterioridad y a través de su conducta vinieron a sustituir la compradora en la obligación del pago del precio, cual revelaba (documento número 5.º de la demanda) el télex dirigido por el Abogado de la demandada “Y. S.” a “P. D.”, en el que le ofrecía el pago parcial (35 céntimos por dólar) de la factura del combustible, dado que quien lo había solicitado —“C. N. S. M.”— había quebrado. La desestimación del motivo deviene obligatoria, dados sus propios términos, pues que a continuación recoge las aclaraciones y condiciones impuestas y la literalidad del propio télex, a saber: “Con relación al suministro que para ese barco les pidió su cliente la empresa italiana «C. N. S. M.», respecto a la cual ya les he informado que ha presentado en Italia expediente de quiebra, mis clientes, «Y. S. C.» (Liberia) me han pedido que, sin que esto suponga en lo más mínimo admisión de responsabilidad alguna, sino, por el contrario, declaración de nuestra más completa falta de conexión y responsabilidad con el tema, les ofrezca *como un gesto de buena voluntad* y para evitar quizá discusiones legales innecesarias pero costosas, la cantidad de 35 céntimos por cada dólar en el precio de la factura de 1.200 TM de fuel oil y 100 TM de diesel-oil. Si aceptasen, lo cual deben manifestar antes de las once horas locales, el pago se haría inmediato y tendrían ustedes que renunciar a cualquier reclamación contra mis clientes o cualquier otra compañía excepto «C. N. S. M.», en cuyo expediente judicial podrán comparecer y hacer las pertinentes reclamaciones de cuyo resultado se beneficiarán ustedes exclusivamente. Debo aclarar que la renuncia sería contra mis clientes y/o cualquier otra Compañía excepto C.”, todo lo cual revela: 1.º Que la responsabilidad y obligación de pago del precio se atribuye sólo a la entidad italiana, y que, 2.º para asumirla “Y. S.” han de aceptar una serie de condiciones, entre las que se encuentra una renuncia de presuntos derechos; mas como los actos propios, para ser tenidos como expresión del consentimiento, han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica de los mismos (S., por todas, de 9 de octubre de 1981), es visto que no se asume la deuda, ni aun de modo limitado, por “Y. S.” mientras no se produzca la aceptación, cosa que no ha ocurrido, pues que, según el artículo 1.262 del C. Civil, el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, entendiéndolo así el propio demandante, hoy recurrente, cuando en su fundamentación jurídica del escrito inicial habla de las “negociaciones infructuosas habidas antes de la iniciación de este procedimiento”, sin aludir, en cambio, a la doctrina que ahora esgrime, lo que conlleva igualmente la desestimación del motivo, por plantear una cuestión nueva, cosa prohibida en casación. En definitiva: los actos propios han de interpretarse en su exclusivo ámbito y dentro de los límites que plantea la declaración de voluntad; hubo conversaciones previas, quizá para llegar a un contrato de transacción y evitar la prosecución de un pleito (ver art. 1.809 del C. Civil), pero no llegó a crearse o modificarse situación jurídica alguna, por falta de aceptación, lo que impide afirmar que se causó estado, extremo predicable igualmente respecto a la ampliación de oferta de un 35 a un 50 por 100.

No mejor suerte han de seguir el motivo segundo, en el que, también al amparo del ordinal quinto del artículo 1.692 de la LEC, se achaca a la Sentencia recurrida “infracción, por violación del artículo 1.227 del C. Civil y jurisprudencia

que lo interpreta", entendiendo el recurrente que la Sala de instancia se basa únicamente en el contrato de 24 de agosto de 1983 y por ello "considera a «S.C.C.C.» como el empresario de la navegación que asumió la total cesión y explotación del buque con el Capitán y la tripulación contratados, pero no ha tenido en cuenta que el citado contrato de arrendamiento es un contrato privado que no surte efectos a terceros mientras no esté inscrito en un Registro Público, o se haya dado a conocer la cesión del buque, en que básicamente consiste el contrato, al tercero que se pretende vincular al mismo para que pierda esa cualidad de tercero". Mas adelante afirma que "este precepto no puede invocarse cuando es el conjunto de la prueba el que sirve de base al juzgador"; y como esto es así, pues que se ha establecido por constante y reiterada jurisprudencia, de ociosa cita, ya que el propio recurrente manifiesta conocerla, es visto que el motivo tiene que ser desestimado, sin que este Tribunal pueda seguir la corriente que se le quiere marcar examinando, como se hace en el recurso, otros medios probatorios utilizados, para mezclar cuestiones de facto (no atacadas por el núm. 4.º del expresado art. 1.692 de la Ley Procesal) con valoraciones jurídicas propias, subjetivas e interesadas, que contradicen las del juzgador *a quo*, según se desprende de la simple lectura del primer fundamento de derecho de esta resolución; y es que el artículo 1.227 del C. Civil se refiere al caso en que por un solo documento privado se pretenda justificar determinado hecho, y tiene como finalidad evitar que la anticipación intencionada de la fecha perjudique a quien en él no hubiese intervenido, pero no hay inconveniente alguno en que la veracidad de la misma se pueda admitir desde que se comprueba con relación a otros actos que alejen toda sospecha de falsedad o simulación, con lo cual ha de concluirse con la Audiencia que la legitimación pasiva para soportar la reclamación del precio correspondiente al combustible suministrado correspondía únicamente a quien lo contrató y tenía la plena posesión y disfrute del buque, como empresario de la navegación y auténtico "Señor de la nave y maestro del navío"

R. DE A.

NEGOCIO FIDUCIARIO. VENTA EN GARANTIA: NATURALEZA Y EFECTOS
(SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1988).

Se inicia esta Sentencia con el estudio del segundo de los recursos interpuestos, o sea el de don Manuel Y. B., por razones que de su estudio son fáciles de comprender, el cual se encuentra integrado por diez motivaciones cuyo soporte procesal es el siguiente: Primera, cuarta, séptima y novena, con sustento en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba; segunda, tercera, quinta, sexta, octava y décima, sobre el ordinal 5 del mismo precepto que las anteriores.

El adecuado estudio de este recurso requiere dejar explicitado que la Sentencia por él impugnada con base en el estudio de los antecedentes de hecho y pruebas practicadas en la extensa y complicada litis que ahora concluye, ha dejado sentados como presupuestos fácticos sobre los que ahora debe centrarse el objeto de la presente impugnación, los siguientes: 1.º Que "al mismo tiempo que se formalizaba la escritura de compraventa de los apartamentos del edificio Martina a favor del señor M., se formalizaba el préstamo en favor del señor Y. B., para cuya garantía precisamente se enajenaban los referidos apartamentos, hoy reclamados, teniendo tal operación todas las características de los denominados

negocios fiduciarios" (2.º considerando de la Sentencia de Primera Instancia); 2.º "que la Agencia M. fue entregando periódicamente determinadas cantidades a don Manuel Y. B., garantizando mediante cambiales firmadas en blanco y aceptadas por dicho señor y su esposa, figurando, además, en la mayor parte de los casos, la firma de su hijo en concepto de librador, y sumando el importe de dichas cambiales un total de 51.000.000 de pesetas; debiendo destacarse que en ningún caso se trata de renovaciones de préstamo, pues en todos los comprobantes están en blanco la casilla correspondiente a la letra a renovar" 3.º "También consta acreditado con tal documentación que la Agencia M. por el mismo sistema fue entregando a don H. B. y a «C. B., S.A.», produciéndose *a diferencia del caso anterior*, canjes de letras en las que intervienen con su firma el señor Y. B."; 4.º consta "igualmente que al final quedaron cambiales perfectamente diferenciadas por el importe de 53.000.000, 17.551.000 y 12.000.832 pesetas"; 5.º igualmente consta acreditado, "que efectivamente la Agencia M. *renovó los préstamos parciales subsistiendo la garantía cambiaria incluso después de transcurrido el plazo fijado en el documento privado de 27 de febrero de 1970 para que el señor Y. pudiera ejercitar su derecho de retroventa*, pero una vez iniciada la suspensión de pagos de la Agencia M. ya tales renovaciones no se produjeron, por lo cual, *aunque tácitamente el plazo al principio concedido fue prorrogado, llegó un momento en que el préstamo se dio por finiquitado*"; 6.º en referido documento privado de 1970, además de señalarse la operación de compraventa consignada en documento público de la misma fecha y referida a las fincas que son objeto de debate, por el precio de 5.000.000 de pesetas, se manifestaba que el vendedor señor Y. "podrá exigir de M. la retroventa de las fincas, siempre que liquide la expresada deuda con la Agencia M.", señalándose que "*El tiempo para reclamar la devolución de las finca es el de tres años, contados a partir del día de hoy...*" consignándose también que referida operación, no obstante lo manifestado en la escritura pública de compraventa "*...el carácter de garantía para el cumplimiento de las obligaciones que le incumben al señor Y., con motivo del préstamo concedido al mismo por la Agencia M.,*" y 7.º el importe de los préstamos concedidos el señor Y. B. y no satisfechos por éste a la entidad Agencia M., asciende a 51.000.000 de pesetas.

El Tribunal de Apelación, tomando como puntos de partida la generalidad de los presupuestos fácticos que se dejan relatados, llega a la conclusión, áceptada por el recurrente en su primera motivación bien que con ciertas especificaciones que se pondrán de relieve en el estudio de la misma, que "*...existió un préstamo de la Agencia M. en favor del señor Y. B., con carácter personal, que éste garantizó con la entrega de cambiales que llevaban su firma y la de su esposa e hijo*" (considerando noveno), y otros a don H. B. y a "C. B., S.A.", préstamos diferenciados.

Y ya dentro del recurso, siguiendo la sistemática de la casación en el estudio y desarrollo de los correspondientes motivos, bien que con alguna alteración por razón de las características del mismo, es conveniente comenzar por aquellos que se inspiran en el error de hecho, o sea, los primero, séptimo y noveno, dado que el cuarto será objeto de especial y separada atención, en los cuales y si bien todos con el mismo soporte del error, lo denunciado es: en el primero, la proyección del mismo sobre la apreciación de la prueba consistente en "*las letras de cambio por importe de 51.451.250 pesetas, que se acompañan con el escrito de demanda de la contraparte*", combatiendo las apreciaciones de la Audiencia en orden a que si bien la misma reconoce la existencia de los dos tipos de préstamo que se especifican en los considerandos primero a tercero de la Sentencia, para

el recurrente el error radica en que no se trata de préstamos distintos, sino de uno sólo, representado por las cambiales aceptadas todas ellas por don Manuel Y. B., quien, en consecuencia, era el único deudor de las cantidades en ellas comprendidas. En cuanto al motivo séptimo, el error denunciado se refiere a la apreciación “de los recibos por importe de 3.000.000 de pesetas cada uno, acompañados con el escrito de contestación a la demanda”, “que demuestran la evidente equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”. En esta motivación, se cuida el recurrente de poner de relieve que “Aunque este motivo no afecta al verdadero fondo del asunto, sí es importante para determinar la cantidad adeudada por el señor Y. B., con cuyo pago tendrá derecho a exigir la retroventa de los locales y apartamentos del «Edificio Maravillas»”. Por último, en el motivo noveno, el error denunciado se apoya en el documento número 245, “en el que se relacionan las personas tenedoras de las letras y de los documentos 246 y 247 relativos a las escrituras públicas de compraventa de determinadas fincas”, y va dirigido a atacar principalmente —se dice— “al fundamento de derecho octavo de la Sentencia recurrida, sin que tampoco se refiera al verdadero fondo del asunto”.

Ninguna de las motivaciones indicadas en el precedente fundamento es de aceptación, por cuanto aunque fundamentadas en el error de la apreciación de las pruebas por el Tribunal *a quo*, infracción que se pretende derivar, como el número 4 del artículo 1.692 de la Ley Rituaria exige de la valoración realizada por la Sala de Apelación de los documentos que el recurrente señala, cuyo contenido probatorio en opinión del mismo no aparece contradicho por ninguna otra de las pruebas practicadas, tal aseveración no es exacta, dado que independientemente de las constantes declaraciones de esta Sala de las valoraciones probatorias realizadas por los Tribunales prevalecen sobre las de los litigantes o recurrentes a menos que se acredite que son ilógicas o arbitrarias, declaración ésta que si bien en ocasiones tiene el alcance de mera frase hecha, no acontece así en este supuesto, dado que el concienzudo estudio que la Sala de Instancia ha realizado del asunto en cuestión y de sus pruebas, puesto de relieve a través de los catorce considerandos de su Sentencia y de la minuciosidad con que en ellos se afronta cada uno de los temas ofrecidos a su enjuiciamiento, acreditan lo acertado de unas conclusiones derivadas de los presupuestos fácticos que se señalan probados a la vista del conjunto de probanzas practicadas y examinadas.

Y dicho cuanto antecede, al adentrarse en el examen de estas tres motivaciones y con objeto de reforzar su desestimación debe indicarse, que dirigida la primera a criticar las declaraciones de la Sentencia impugnada en sus considerandos primero a tercero ha de tenerse en cuenta que, tomando como punto de partida y aceptando plenamente que en los mismos se señala la existencia de dos préstamos independientes, uno de índole personal de la Agencia M. a don Manuel Y. B. y otro concedido a diversas personas, ello sólo puede conducir, interpretando adecuadamente el resto de las pruebas practicadas y ciñéndose el Tribunal al tema del préstamo o préstamos concedidos a referido señor, a la conclusión de “que solamente a aquel préstamo puede referirse el documento privado de 27 de febrero de 1970”, así como la escritura pública de compraventa de los locales comerciales y apartamentos del Edificio Maravillas; de que las cantidades que la Agencia M. iba entregando a Y. B., eran garantizadas mediante cambiales firmados en blanco por dicho señor y aceptadas por el mismo, su esposa e hijo; y de que, por tanto, los dos préstamos indicados no pueden ni deben refundirse en uno solo como se pretende. Pero es que, además, aun cuando

así no fuere, la conclusión a la unificación de los dos tipos de préstamo que se pretende por el recurrente, a lo único que conduciría, en cuanto garantizados los segundos por el señor Y., es a incrementar el *quantum* de las sumas que habría de restituir.

No otra solución que la desestimación corresponde también a los motivos séptimo y noveno, en los que bajo idéntica rúbrica procesal que los dos examinados, se denuncia el error que en ellos pero referido: el séptimo, a los "recibos por importe de 3.000.000 de pesetas cada uno, acompañados con el escrito de contestación a la demanda, que demuestran la evidente equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios"; y el noveno al "documento número 255 en el que se relacionan las personas tenedoras de las letras". El rechazo de ambos motivos radica en que: derivado el error denunciado en el primero de ellos de la confusión en que se dice ha incidido la Sala de Apelación entre el contrato fiduciario y el de compraventa con pacto de retro, es una evidencia irrefutable, cual se pondrá de relieve al estudiar las motivaciones quinta y sexta, que referido error no existe y ello sin olvidar, que lo declarado en el fundamento duodécimo de la Sentencia impugnada no es exactamente lo que se indica en el motivo para apoyar el error denunciado sino que "...aun en el supuesto que le pudiera ser más favorable de tratarse de cambiales referidas al préstamo personal y que realmente no le fueran entregadas, vista la fecha de tales recibos, pudieron hacerse valer en el momento del préstamo, *pago que nunca se llevó a cabo*".

Se procede ahora al examen de las motivaciones segunda, tercera, quinta, octava y décima fundamentadas todas ellas en el ordinal 5 del artículo 1.692 de la Ley Rituaria y en las cuales se imputa a la Sentencia impugnada las siguientes infracciones: en la segunda y tercera, la inaplicación de los artículos 1.253 y 1.256, respectivamente; en la quinta, la inaplicación indebida del artículo 348 número 2, en relación con el 1.445 del Código Civil; en la octava, la no aplicación del artículo 1.101.1 del mismo Cuerpo legal, y en la décima, la violación por inaplicación del artículo 1.156.1 del citado texto legal en relación con las Sentencias de esta Sala que cita.

Ninguno de referidos motivos puede prosperar por las razones que se pasan a exponer; los segundo y tercero cuyo examen conjunto se realiza por razón de estar ambos basados en supuestos análogos, las presunciones, dado que las consecuencias que el Tribunal de apelación ha seguido en orden a los aspectos que en estos motivos se señalan: la indeterminación del importe o cuantía del préstamo (el segundo) y la existencia de un préstamo personal de la Agencia M. al señor Y. (el tercero), siguen el lógico e ineludible razonamiento que deriva del hecho base conocido y reflejado en los presupuestos que se declaran probados.

En cuanto a la motivación octava acusa la violación por no aplicación del artículo 1.101.1 del Código Civil y de las Sentencias de este Tribunal que indica, con base en que "probado el pago de los correspondientes recibos, estas cantidades de 3.000.000 de pesetas cada una, en su total de 6.000.000 debe reducirse de los préstamos pendientes de satisfacer por el señor Y B., para contra su abono, se le otorgue la escritura pública retrovertiéndole los locales y apartamentos del «Edificio Martín», transmitidos en garantía en virtud del negocio fiduciario, constatado en el documento privado de 29 de febrero de 1970...". El motivo sucumbe, porque además de que la Sala *a quo* no ha actuado para resolver el tema que en él se apunta, por presunciones, lo cierto es que en la motivación lo mismo que acontece con otras del presente recurso, lo que se está en realidad haciendo es "supuesto de la cuestión", lo que no viene permitido en casación.

Se pasa ahora a la contemplación del motivo décimo, que estima la infracción por no aplicación del artículo 1.156.1 del Código Civil en relación con las Sentencias de esta Sala que cita, defecto que apoya en las circunstancias de que "con las escrituras que se otorgaron a favor de las 31 personas, de los inmuebles propiedad del señor Y., se pagaron las letras de que eran tenedores, consecuencias de haberlas negociado con la «Agencia M.»". Tampoco esta motivación puede ser de recibo, ya que es de destacar como se indica en el considerando 8.º de la Sentencia impugnada "que según afirmó al interponer como testigo el señor F. R., tales cambiales estaban avaladas por él, con lo que queda descartada toda relación con las que se encontraban en poder de la Agencia M. con la firma exclusiva del señor Y., esposa e hijo, y que fueron presentadas con la demanda".

Y contemplados los anteriores motivos así como expuestas las causas de su desestimación, se entra en el estudio de los restantes, los cuales son aceptados en parte y de acuerdo con lo que en los sucesivos fundamentos se expondrá. Dichas motivaciones son, por orden numeral, las cuarta, quinta y sexta; la primera de ellas con soporte en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Ritos y la segunda y tercera en el ordinal 5 del mismo precepto.

Respecto del primero de estos dos motivos, en el cuarto, de precedente examen por razón de su ubicación y contenido procesal, se denuncia el error en la apreciación de la prueba documental "... y, en especial, del documento privado de fecha 27 de febrero de 1970, aportado a los autos por la parte actora", que demuestra la equivocación del juzgador sin resultar contradicho por otros elementos probatorios. Esta motivación ha de ser aceptada en el siguiente sentido: a) Se señala en referido documento, cual quedó indicado en el número 6.º del fundamento 2 que "El tiempo para reclamar la devolución de las fincas es de tres años, contados a partir del día de hoy" (27 de febrero de 1970); b) Se declara también en la Sentencia impugnada y aparece como hecho probado, que la Agencia M. siguió renovando los préstamos parciales al señor Y. "incluso después de transcurrido el plazo fijado" en referido documento y hasta que se inició la suspensión de pagos de referida entidad, hecho éste que según el considerando tercero de la Sentencia impugnada tuvo lugar en *el año 1977*; c) Sin embargo, la de Primera Instancia en su considerado tercero establece que "evidentemente y a la vista de la documental aportada a las actuaciones resulta evidente que el vencimiento del préstamo se defirió a una fecha posterior, pudiendo fijarse *el 31 de diciembre de 1979, como fecha en la cual cobró virtualidad la escritura de compraventa otorgada*"; d) La demanda iniciadora de la litis que aquí concluye, se presenta por los recurridos en el Juzgado de Primera Instancia de La Orotava el 23 de octubre de 1980; e) Es evidente, por tanto, que si la Agencia M. como prestamista siguió renovando los préstamos al prestatario señor Y., renovaciones que se mantuvieron hasta fecha muy posterior a los tres años que aparecen en el tantas veces citado documento privado, dicha continuidad ha de afectar también al plazo inicialmente fijado para devolver el importe de referidos préstamos, fecha, que en el peor de los casos para el señor Y., debe entenderse que comprende todo el año 1980, al no constar en la Sentencia impugnada otro dato que el indicado de que la suspensión de pagos de la Agencia M. tuvo lugar en el año 1977; f) Consiguientemente, la acción ejercitada por los actores recurridos lo fue antes de que hubiere transcurrido esa prórroga tácitamente establecida de los préstamos y del plazo para el vencimiento de su devolución, en cuanto tanto si el cómputo del plazo de prescripción debe iniciarse concluido el año 1977, como si lo es en 31 de diciembre de 1979, el 23 de octubre de 1980 no había concluido, y g) Por ello, la declaración contenida en el considerando séptimo de la resolución

impugnada de que, "aunque tácitamente el plazo al principio concedido se fue prorrogando, llegó un momento en que el préstamo se dio por finiquitado", al no retrotraer los efectos de su impago al momento en que se da por concluido el mismo, se incide en el error denunciado en el motivo y por lo que a esos efectos se refiere. Pero es que además y en todo caso, la estimación en parte del presente recurso procede por lo que en los siguientes fundamentos se expondrá.

Se pasa ahora al estudio de los motivos quinto y sexto, los de mayor importancia y trascendencia, toda vez que es dentro de su ámbito donde se puede tratar el siempre espinoso y hasta ahora no unívocamente resuelto tema de los "negocios fiduciarios" y sus efectos, bien que el aspecto a tratar aquí venga referido únicamente a la manifestación que es objeto de solicitud en la motivación: la doctrina denominada *fiducia cum creditore*. En dichos motivos, lo que se apunta es, en el quinto, la aplicación indebida del artículo 348.2 en relación con el 1.445 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial sobre la figura del negocio fiduciario en garantía que cita; y en el sexto, la infracción del artículo 1.740 referido al préstamo mutuo en relación con los 1.859 y 1.884 del Código Civil y las Sentencias que indica, cuya argumentación descansa en que: "Si la verdadera causa de la transmisión de los apartamentos y locales del «Edificio Martín» fue la garantía de los préstamos otorgados por la Agencia M. a favor de don Manuel Y. B., vencidos tales préstamos, lo procedente es que, el prestamista fiduciario, reclame su importe y si no se satisface por el prestatario fiduciante, proceder a su ejecución en el juicio correspondiente...". Este motivo es estimado por las consideraciones que se explayan en los siguientes fundamentos, no así el quinto, que se desestima, pero luego estudiado aquí no tiene otra finalidad que la de centrar la argumentación del sexto.

En el motivo quinto lo que se acusa es la aplicación indebida del artículo 348.2, en relación con el 1.445 del Código Civil y la jurisprudencia que se cita, haciéndose girar todo ello sobre la base de que en la demanda se ejercita la acción reivindicatoria, la cual, por exigir que quien la esgrime justifique su cualidad de propietario del bien reivindicado, no pueda triunfar en este concreto supuesto, dado que el contrato traslativo de los bienes fue un negocio fiduciario, cuya causa eficiente no consiste en enajenación propiamente dicha sino en ser garantía o afianzamiento de la obligación a que la relación obligacional responde, razones que conducen a considerar que los actores no podían reivindicar los locales y apartamentos objeto de este proceso.

Este motivo no puede prevalecer: 1.º Porque los actores no ejercitan como pretende el recurrente una acción reivindicatoria sino declarativa del dominio respecto de las fincas que sirven de garantía al crédito, cual resulta claramente de la primera petición del suplico de la demanda en el que se interesa: 1) "Que se declare que se transmitieron las fincas a que se refiere el hecho primero en garantía del cumplimiento de los préstamos personales hechos al señor Y. B. y su esposa"; 2) Porque aun admitiendo que se ejercitara por los actores una acción reivindicatoria, ello no supone que haya de reconocérseles la titularidad dominical de lo reclamado, en cuanto tal acción puede ser o no admitida por los Tribunales, cual aconteció en este caso en que el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Sala de la Audiencia Provincial lo admite.

Se llega así a la contemplación del motivo sexto, cuyo adecuado estudio hace preciso adentrarse en la naturaleza del contrato origen de la discordia, el cual, no obstante el inicial acuerdo de las partes e incluso de las dos Sentencias dictadas, no ofrece una tipificación tan clara como la que se le ha dado, por cuanto más que de negocio fiduciario merece la calificación de fiducia, diferencia

radicante en que si bien en unos y otros concurren dos manifestaciones negociales distintas; en este caso un préstamo y una venta con pacto de retro, en los negocios de fiducia la voluntad de transmitir y la de adquirir no son suficientes para producir el efecto traslativo intentado o perseguido, toda vez que la validez y eficacia del contrato exige la existencia de una causa suficiente justificadora del fin que las partes han pretendido o buscado, finalidad que en casos como en el presente, consiste para el prestatario en obtener el capital que necesita y para el prestamista garantizarle la devolución de lo prestado. A estos efectos, debe ponerse de relieve, que los presupuestos fácticos expuestos en su lugar oportuno, muestran cómo en este caso la razón de ser de la venta con pacto de retro fue precisamente el préstamo concedido al firmarse el documento privado de 31 de diciembre de 1970, por Almacenes M. al señor Y. B. En cuanto a la posibilidad de estos negocios de garantía con fiducia, o de fiducia en garantía —que no fiduciaros— tiene su razón de ser, además de en las peculiaridades que se han dejado expuestas, en la circunstancia de que el Código Civil no limita las figuras contractuales a salvo de las prohibiciones del artículo 1.255; que el artículo 3.1 del Código Civil proclama la aplicación del derecho atendiendo a las necesidades sociales de cada momento histórico, lo que ha permitido la creación de nuevos tipos o manifestaciones tanto de derechos reales, como de contratos, de lo cual son ejemplo la admitida distinción entre servidumbres de paso y *serventías* o la de los contratos de renta vitalicia y los vitalicios. Pero es que, además, tampoco puede olvidarse a los efectos de configurar esa figura de la fiducia, que la Ley no favorece ni el abuso del derecho ni su ejercicio antisocial, marcos éstos entre los que se encuentra comprendido el enriquecimiento injusto, a cuyos efectos debe señalarse que el importe de los préstamos otorgados por la Agencia M. al señor Y. B. ascendía a 51.000.000 de pesetas y la garantía inmobiliaria comprendía 40 apartamentos y tres locales en el “Edificio Martina”, sito en La Orotava.

Y siguiendo con esta motivación, para completar su estudio se hace preciso aludir a otro aspecto de la misma, el relativo a los *pactos de lex comisoría*, eje juntamente con el anteriormente tratado de la contraposición entre la tesis de la Sentencia impugnada y la en este motivo alegada, pacto cuya admisión en este caso concreto se rechaza. Este repudio, obedece a la consideración de que en aquellos casos en que como el aquí contemplado la causa eficiente de la garantía consistente en la transmisión de la propiedad fue el préstamo, la aceptación de estos pactos no es aconsejable: a) Porque si bien es innegable que la doctrina de esta Sala los tiene admitidos para ciertos supuestos, ello no tiene un carácter general en cuanto que en otros los rechaza; b) Porque en el Código Civil existe una concreta prohibición de los mismos para los contratos de garantía a que el artículo 1.859 se refiere (hipoteca y prenda); c) Porque aun cuando algún sector de la doctrina científica no lo admita, lo cierto es que la más generalizada posición acepta que la prohibición contenida en dicho precepto pueda extenderse a otros supuestos, lo cual no rechaza la jurisprudencia de esta Sala, extensión que puede operarse perfectamente para casos como el presente (de mutuo), por virtud de la aplicación analógica de referido precepto y a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil, máxime cuando de tal analógica aplicación no resulta para el prestatario el evidente perjuicio que podría derivar de la atribución de propiedad al prestamista de los 43 locales y apartamentos que se han dejado indicados, ni tampoco lo supone para el prestamista quien ostenta como garantías, además del *ius distrahendi* un derecho de preferencia para el cobro de su capital, sin olvidar el derecho a ejercitar judicialmente las oportunas acciones para exigir el cumplimiento del débito, así como el de interesar la venta en

pública subasta de los bienes que sirven de garantía al préstamo. Por todas estas consideraciones, el motivo sexto es estimado

Se procede ahora al estudio del recurso interpuesto por la Entidad Mercantil "M., S.A.", que consta de una sola motivación en la cual y bajo el amparo procesal del ordinal 5 del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, se denuncia la interpretación errónea del artículo 57 en relación con el 10 y 22.1 de la LAU, por no estimar a la sociedad recurrente arrendataria de los locales y apartamentos del "Edificio Martina" desde el 20 de marzo de 1974, lo que supone que siendo dicho arrendamiento anterior al Real Decreto de 30 de abril de 1985 que suprimió la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos de viviendas y locales de negocio, el hecho de haberlo tenido en cuenta conlleva la infracción de los preceptos indicados.

La motivación ha de prosperar por razón de las consideraciones que se han expuesto al estudiar el anterior recurso, las cuales conducen a la consecuencia de que no ostentado la Agencia M. titularidad dominical alguna sobre referido edificio y sí, únicamente, como quedó expuesto un *ius retentionis* acompañado de derecho de preferencia y demás facultades o privilegios que se dejaron indicadas, carece de la titularidad necesaria para interesar tanto el desahucio como la conclusión o extinción de la cesión de la explotación de los locales y apartamentos que, existentes en el edificio cuestionado, los ocupare dicha sociedad o no por sí mismos.

La acogida parcial de la reconvención en el sentido de fijar la cuantía a reintegrar por don Manuel Y. B. a la Agencia M., como consecuencia del préstamo a que este proceso se refiere, en la cantidad de 51.000.000 de pesetas, en lugar de los 34.000.000 que los reconvinientes señalan, es el resultado de coherencia dicha reconvención con la estimación del pedimento que aparece en la demanda y la valoración de las pruebas hechas por el Tribunal *a quo*, que le conducen a declarar que el señor Y. B. no ha abonado en su integridad el citado préstamo, dado que dentro de los aspectos de referida estimación en parte de la demanda y acogida también parcial de la reconvención, en el sentido que aparece en los precedentes fundamentos, se comprende la fijación del importe del débito resultante.

R. DE A.

CONTRATO DE CORRETAJE. HONORARIOS DE AGENTE DE LA PROPIEDAD. OBLIGACION DE ACTIVIDAD (SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1989).

La Sentencia recurrida, revocatoria de la dictada en primera instancia, estima la demanda interpuesta por un Agente de la Propiedad Inmobiliaria, para cobrar el premio de su corretaje en la venta de un solar de los demandados.

La Sentencia establece, como hechos probados básicos, para apreciar la existencia de un contrato de corretaje: 1.º Que hubo un encargo de los demandados, al actor, para procurar la venta de su finca. 2.º Que la persona a quien se encomendó la mediación, llevó a cabo la actuación necesaria a tal fin. 3.º Que se realizaron ventas que fueron debidas a la gestión del demandante.

De tales hechos probados, no impugnados por el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se desprende la concurrencia de los requisitos jurisprudenciales que determinan la perfección y consumación de un contrato

de corretaje y el derecho del mediador de percibir su premio (Sentencias de esta Sala de fecha 18 de noviembre y 17 de diciembre de 1986, entre otras).

El motivo segundo, por infracción del artículo 1.214 del Código Civil, no puede estimarse, en tanto el principio de atribución de la carga de la prueba, reverso de la no utilización del limitado derecho a probar, de modo lícito, es un principio supletorio para el caso en el que las partes no hayan desarrollado actividad probatoria, dentro de sus posibilidades, según su situación y disponibilidad de medios, con un criterio flexible, lo que no ha ocurrido en este caso, pues la Sentencia aprecia conjuntamente la prueba practicada, con rigor lógico, dentro de la legalidad (Sentencias de esta Sala de fecha 29 de octubre, 6 de noviembre de 1987 y 22 de febrero de 1988, entre otras).

El motivo primero, por infracción del artículo 23 del Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio, que exige actividad, previamente encomendado y tendente a la perfección del contrato, no se puede acoger, en tanto en cuanto está probado el encargo al Agente de la Propiedad Inmobiliaria y su gestión eficaz al poner a las partes en contacto, para quienes pudiesen contratar.

R. DE A.

CONTRATO DE SEGURO. SEGURO CONCERTADO POR UN COPROPIETARIO. LEGITIMACION PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACION. VALOR DE LA COSA ASEGURADA (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1988).

Procede desestimar el primero de los motivos en que se fundamenta el recurso de casación de que se trata; que la entidad recurrente "O., S.A., C. de S. y R.", al amparo del 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basa en infracción, por inaplicación, de los artículos 392 y 394 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial por la que se establece que para los copropietarios puedan comparecer en juicio en asuntos que afectan a las deudas de la comunidad han de actuar en interés, beneficio y por cuenta de dicha comunidad, porque, como ciertamente se pone de manifiesto en la Sentencia recurrida, habiendo sido el demandante, ahora recurrido, don Abdón G. P. quien personalmente contrató el seguro en cuestión, perfeccionando con asentimiento de la precitada entidad demandada, ahora recurrente, "O., S.A., C. de S. y R.", con abono de la prima correspondiente, claro es que viene adecuadamente legitimada para instar, cual se ha efectuado, el cumplimiento de los efectos del correspondiente contrato de seguro que concertó, dado que, en ortodoxa aplicación del principio de la eficacia de los actos propios vinculantes, es lo cierto que si la precitada entidad aseguradora reconoció la capacidad para llevar a cabo personalmente el seguro cuestionado, lógico es que debe aceptar igual actuación personal para que tenga efectividad; y sin que a ello obste la circunstancia de que el contrato tan citado repercuta no solamente en favor del precitado suscriptor del mismo como asegurado, sino también de otros, a los que corresponde la Draga "M. T." asegurada, pues aparte que en el escrito de réplica ya manifiesta el demandante don Abdón G. M. actuar ostentando no sólo su propia representación sino que también haciéndolo ostentando la del que designa copropietario, en participación en la mencionada Draga de un 50 por 100 cada uno, es lo cierto que lo planteado en el juicio en cuestión no son atributivos de propiedad de una cosa en común —la referida Draga— que consideran los artículos 392 y 394 del

Código Civil y jurisprudencia con ellos relacionados, si que exclusivamente al cumplimiento de los efectos derivados de un contrato de seguro concertado, que indudablemente puede ser solicitado por quien lo concertó personalmente, con aceptación del asegurador, sin perjuicio, claro está, de las consecuencias que esos efectos, de tener efectividad, puedan repercutir en los demás partícipes en el bien asegurado, al ser ésta una cuestión de índole meramente interna entre ellos, pero no con alcance a la entidad aseguradora, que con quien ha de cumplir es con aquel que con ella ha contratado personalmente.

A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo segundo, planteado al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendido error en la apreciación de la prueba, en cuanto la Sentencia recurrida fija como cantidad a abonar por la entidad aseguradora "O., S.A., C. de S. y R.", al asegurado don Abdón G. P., la cantidad de 20.000.000 de pesetas, fijado en el correspondiente contrato de seguro como valor de la Draga "M. T.", cuando su adquisición fue llevada a cabo en el precio de 8.000.000 de pesetas, según revela el documento privado de su compra fechado el 7 de mayo de 1980, que la expresada entidad recurrente establece como documento acreditativo del alegado error, porque si es exacto que tal documento privado revela que la compra de la Draga "M. T." de que se viene haciendo mención y que fue objeto del seguro concertado tuvo lugar señalando como precio de adquisición la indicada cantidad de 8.000.000 de pesetas, es igualmente de tener en cuenta que el valor asignable a la referida Draga asegurada es de considerarlo no con relación al de su compra que haya efectuado en su día el asegurado, sino al que corresponde en la realidad, y ninguna apreciación contiene la resolución impugnada evidenciadora de que la entidad aseguradora haya acreditado que ese valor real no se corresponda con el que a dicho objeto del seguro cuestionado se fijó en el contrato de seguro concertado, ni, en consecuencia, que haya quedado destruida la presunción legal, a que se contrae el artículo 752 del Código de Comercio, de admisión por la entidad aseguradora de la exacta valoración hecha en la póliza suscrita de los efectos asegurados, puesto que, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 26 de noviembre de 1925, el documento de compra no es eficiente para evidenciar el valor real de lo asegurado, pues éste responde no a su identificación con el de adquisición, sino al determinado por las fluctuaciones de la oferta y la demanda y del mercado, lo que indudablemente conduce a que cuando el asegurador no acredite que existe distonía entre el valor real y el fijado en la correspondiente póliza, ha de primar la indicada presunción sancionada en el mencionado artículo 752 del Código de Comercio.

R. DE A.

CONTRATO DE SEGURO: PRESCRIPCION DE LA ACCION DEL ASEGURADO
(SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1988).

El objetivo del juicio de que el presente recurso de casación dimana es la reclamación de la indemnización correspondiente conforme a póliza de seguro emanda por la demandada "M. N." y por cuenta de E. W., vendedora, a la orden del B. de C. de S. de C., para todo riesgo aéreo, robo, incendio, pérdida total o parcial desde la bodega del vendedor a bodega del comprador en Santiago de Chile. Reconocidamente, el seguro se conviene el 17 de marzo de 1981 hasta la terminación del viaje en Santiago de Chile de una expedición de juegos de

películas; al hacerse el despacho aduanero el 14 de mayo de 1981 se descubrió la sustracción habida y el estado lamentable de 19 juegos de películas de los 32 recibidos, contrayéndose la reclamación a la indemnización correspondiente a los 1.187 juegos de películas no recibidos o recibidos totalmente dañados.

La Sentencia impugnada establece que en 5 de agosto de 1981 "E. G. S. L." envió una carta a la entidad "M. N., S.A.", por la que se le reclamaba la indemnización pactada por la pérdida de las mercancías aseguradas; que, en fecha 2 de diciembre de 1981 "M. N., S.A." contestó a la reclamación, alegando no poder atenderla toda vez que no estaban incluidas en la cobertura de la póliza las circunstancias de las que derivó la falta de la mercancía, aceptando únicamente la reclamación en relación a 19 juegos de películas que resultaron dañadas; y en fecha 18 de enero de 1982 los abogados de la empresa "S.", "E. V. y C." dirigieron a "M. N." una carta, exponiendo una detallada relación de la forma en que sucedieron los hechos, a fin de que la hoy demanda reconsiderase su primitiva posición, cuyo escrito no obtuvo respuesta alguna, a pesar de que el 3 de marzo de 1982 se reiteraba su contenido por télex; y, finalmente, que, "a partir de la indicada fecha, no consta reclamación alguna contra la entidad «M. N., S.A.», hasta la interposición de la demanda que motivó el presente procedimiento"; concluyendo, por ello, que la acción ejercitada se hallaba prescrita al presentarse la demanda el 20 de julio de 1985. Los hechos alegados en el séptimo de la demanda, vuelto del folio 4, expresamente inadmitidos por "M. N." no han sido probados y la Audiencia prescinde de ellos, como se deja consignado.

El recurso de "M. N." contra la Sentencia de la Audiencia carecía de interés para la Sociedad recurrente luego de haber quedado desestimada la demanda de "B. de C." contra la misma ya que lo pronunciado por la Audiencia es la desestimación de la pretensión de reclamación por aceptación de la excepción de prescripción de la acción; procediendo en todo caso su desestimación ya que, apreciando que la póliza del contrato de seguro litigioso fue emanada a la orden de "B. de C." quien financiaba la operación de compraventa de la mercancía transportada y sentado por la audiencia que existe poder irrevocable otorgado por "S." que es la Sociedad compradora, otorgado el 29 de julio de 1983, a favor de "B. de C.", que, además, figura en el certificado de averías de 9 de julio de 1981, claudica el motivo primero de dicho recurso, al amparo del número 4.º del artículo 1.692, por error de hecho, ya que los documentos que se citan como demostrativos del padecido por el juzgador al sentar dicho aserto de haberse cedido voluntariamente la póliza a favor de la entidad (a cuyo orden aparece emitida) no se demuestra con el examen de los documentos señalados para denotarlo. El motivo segundo, al amparo del número 5.º del mismo artículo 1.692, es un confuso alegato de los artículos 12.6 y 1.214 del Código Civil y 504, 505 y 600, de una parte, y 533.2 de otra, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y del artículo 6.º de la Ley de Contrato de Seguro; con cuya alegación se aspira a demostrar, contra el criterio de la Audiencia, la falta de prueba de la transferencia de la póliza y del crédito contra el asegurador, y la consiguiente legitimación activa de "B. de C.", lo cual es un punto de hecho.

Procede mantener la Sentencia de la Audiencia que el recurso de "B. de C." impugna y para ello desestimar los dos motivos del mismo, y en los que se denuncia, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de lo dispuesto en el número 3 del artículo segundo del Código Civil (motivo primero) y en la disposición transitoria segunda de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Según dicha disposición transitoria, en efecto, los contratos de seguro celebrados con anterioridad a la entra-

da en vigor de la misma (a los seis meses de su publicación en el "*Boletín Oficial del Estado*" que tuvo lugar el 17 de octubre de 1980 o sea el 18 de abril de 1981) se adaptarán a la misma en el plazo máximo de dos años a partir de su vigencia, quedando sometidos desde su adaptación o desde el momento en que transcurran los referidos años, a los preceptos de la misma; por tanto, la Ley de Contrato de Seguro se aplica al contrato litigioso desde el 18 de abril de 1983. Ha de entenderse, con la Audiencia, que el plazo de dos años introducido por el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro para las acciones que se derivan del contrato de seguro si se trata de seguro de daños, como es el caso, extinguió la acción a los dos años de la entrada en vigor de la Ley de 18 de abril de 1983 y, por lo tanto, el 18 de abril de 1985 y la demanda se presentó, como se tiene dicho, el 20 de julio de 1985, por lo cual estaba la acción prescrita; no siendo óbice para ello, ni que el contrato fuera anterior (17 de marzo de 1981), ni que el siniestro sobreviniera antes del 14 de mayo de 1981. La disposición transitoria de la Ley de Contrato de Seguro no tiene otro efecto que el de sujetar los contratos celebrados con anterioridad desde el momento en que transcurren los dos años de la vigencia o sea después del 18 de abril de 1983, a los preceptos de la misma. Según el criterio del artículo 1.939 del Código Civil la prescripción comenzaba antes del Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo; y debe ser considerado dicho artículo como Derecho transitorio común, pudiendo aplicarse también a las leyes que no posean propias y específicas normas especiales de transición, sin que ello comporte efecto retroactivo, contrario al número 3 del artículo 2 del Código Civil.

R. DE A.

SOCIEDAD ANONIMA: OBLIGACIONES CONTRAIDAS ANTES DE SU CONSTITUCION LEGAL. RECIBO DE CAPITAL SIN RESERVA SOBRE LOS INTERESES (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1989).

Promovida por don Juan José C. I. ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don José Luis S. S. y don Ramón S. M., sobre reclamación de cantidad, con fecha 2 de junio de 1986 recayó Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid en la que, confirmando la dictada por el referido Juzgado el 16 de marzo de 1984, se estimaba la demanda, Sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos: A) Que las tres personas implicadas en la presente litis acordaron constituir una sociedad anónima, como así lo hicieron, el 5 de abril de 1978, con la denominación de "P., S.A.", sociedad que no se inscribió en el Registro Mercantil; B) Que el 19 de junio de 1978 el actor señor C. prestó a "P., S.A." 22.000.000 de pesetas, y C) Que hasta el momento el actor ha sido reintegrado en tan sólo 13.000.000 de pesetas.

Renunciados expresamente en el acto de la vista los motivos primero y tercero, tampoco el segundo podrá prosperar ya que en el mismo, de manera híbrida y al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, parecen pretenderse, a la vez, la existencia de un error en la apreciación de la prueba, basada en unos documentos —los que contienen la fotocopia de los

talones entregados en concepto de préstamo— y la infracción del precepto hermenéutico contenido en el artículo 1.281 del Código Civil, y es lo cierto que ni a través del pretendido error en la valoración de tales documentos, ni tampoco de su incorrecta interpretación por parte de la Sala sentenciadora puede concluirse que ésta hubiera afirmado con desacierto la existencia de un préstamo hecho por el actor a la Sociedad “P., S.A.”, por lo que debe decaer este tercer motivo.

También habrán de ser objeto de desestimación los motivos cuarto, quinto y sexto, que pretenden, respectivamente, la vulneración del mandato del párrafo segundo de los artículos 26 y 27 de la Ley de 17 de julio de 1961, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, en el cuarto, de los artículos 7 de la misma Ley de Sociedades Anónimas y 120 del Código de Comercio, en el quinto y, finalmente, de los artículos 7, 1.258, 1.203, 1.204 y 1.755 del Código Civil, en el sexto, motivos éstos que no tienen en cuenta la doctrina reiterada de esta Sala que tiene sentadas las siguientes conclusiones: Primera: Que el supuesto referente a los actos realizados por los gestores antes de la constitución legal de una sociedad mercantil está previsto y regulado por la norma general acuñada en el artículo 120 del Código de Comercio, a cuyo tenor los encargados de la gestión social que contravinieren lo dispuesto en el artículo anterior relativo a la constitución de la compañía mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil, serán solidariamente responsables para con las personas extrañas a la compañía con quienes hubiesen contratado a nombre de las mismas y por las normas especiales contenidas en el artículo 7.º de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y en el 6.º de la Ley sobre el mismo Régimen de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, con arreglo a las cuales es preciso distinguir entre los actos necesarios para la constitución de esta clase de sociedades, los que podrán ser realizados por los gestores antes de la inscripción en el Registro Mercantil, siendo de cuenta de la sociedad los gastos que por esta causa se originen y los demás contratos concluidos en nombre de la sociedad antes de la inscripción, la validez de cuáles quedará subordinada a este requisito y a la aceptación por la sociedad dentro del plazo de tres meses y, en su defecto, los gestores serán responsables solidariamente frente a las personas con las que hubiese contratado a nombre de la sociedad. Segunda: Que en torno al momento del nacimiento de la responsabilidad *ex lege* de los gestores ha de entenderse que el texto del inciso inicial del artículo 7.º de la Ley de 21 de julio de 1951, cuya fase inicial “en su defecto” se refiere al defecto o falta de los requisitos, que la falta del primero, es decir, de la inscripción en el Registro Mercantil, implica necesariamente la imposibilidad jurídica de producción del segundo, por lo que el defecto de tal inscripción es suficiente para desatar la responsabilidad de los gestores, siempre que las personas con las que hubiese contratado en nombre de la sociedad reclamen, antes de practicarse aquélla, el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato. Tercera: Que ésa es la *ratio legis* del comentado artículo 7, ya que conteniendo éste una serie de disposiciones dictadas en favor de las personas que contrataron con los gestores, lejos de hallarse protegidas éstas, quedaría en el mayor desamparo el tercero si éste tuviese que esperar, *sine die*, a que acaso llegase a inscribirse la sociedad en el Registro Mercantil y a que, dentro del plazo de tres meses, ratificase o no el contrato para ejercitar su acción contra ella, en el primer caso, o contra los gestores, en el segundo, por lo que debe declararse frente a las personas que hubiesen contratado en nombre de la sociedad, son solidariamente responsables los gestores si en el momento de la consumación del contrato no está inscrita aquélla en el Registro Mercantil. La

aplicación de la doctrina transcrita al supuesto de autos nos lleva a la necesaria desestimación de los motivos y confirmación de la resolución que se recurre, toda vez que, acreditado en autos, como lo está, al haber sido desestimados los motivos que pretenden combatir los hechos probados, que el actor suscribió con los restantes socios gestores de la sociedad un contrato de préstamo que no ha sido devuelto, y que la sociedad no llegó a ser inscrita en el Registro Mercantil, son los socios gestores quienes deben responder de la devolución del préstamo en cuestión, y ello frente a los terceros que contrataron con la sociedad, carácter éste de tercero que, indudablemente, concurre, a estos efectos, en el actor recurrido, quien, por lo tanto, se halla facultado para solicitar la devolución de lo que había de ser objeto de préstamo, a las personas que como gestores de una sociedad lo recibieron; y ello sin perjuicio de las posibles repercusiones que pudieran hacerse entre los receptores del préstamo que se pudieran haber beneficiado de las cantidades percibidas, por lo que cabe entender correcto el razonamiento de la resolución que se recurre.

Finalmente, el motivo séptimo pretende, también al amparo del número 5 del artículo 1.692, la vulneración del artículo 1.110 del Código Civil, por entender que los recibos del reintegro parcial del préstamo no hacen alusión a reserva alguna respecto a los intereses, lo que de ninguna manera supone que el acreedor haya perdido su derecho a los intereses relativos a la parte no devuelta del préstamo, máxime cuando la misma no se ha producido aún de manera voluntaria y ha precisado el ejercicio de una acción de reclamación de su importe, que ha dado lugar al presente recurso.

R. DE A.

CONSTRUCCION EN SUELO AJENO: NO EXISTE MALA FE (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1988).

La Comunidad de Propietarios de la casa número 29-31 de la avenida de Palencia de Valladolid demandó al arquitecto y constructor del edificio instando determinadas reparaciones y la restitución de un local construido en patio común antes de constituirse formalmente la junta de comuneros. La Sentencia, entre otros pronunciamientos, condenó a los demandados a entregar el local a la Comunidad, pero, al propio tiempo, dando lugar a la reconversión, condenó a ésta a pagar previamente a la adquisición del local la cantidad de 823.092 pesetas, más los intereses legales de la citada cifra, a contar desde el día en que a la actora se dio traslado de la reconversión. Es este último pronunciamiento el objeto único del recurso.

La comunidad actora impugna la Sentencia por la vía del artículo 1.692, alegando error en la apreciación de la prueba, resultante de los documentos obrantes a cuyo efecto señala el documento privado de 20 de mayo de 1980, del que dice desprenderse que la Comunidad de Propietarios no pudo constituirse hasta mayo de 1980, aunque la escritura de propiedad horizontal se otorgara en 1977. Tal razonamiento no permite la estimación del motivo, porque los documentos aportados no destruyen la presunción de buena fe de los constructores hecha por la Sentencia de instancia. La buena fe es cuestión de hecho cuya apreciación corresponde a la Sala (STS de 12 de marzo de 1963, 5 de junio de 1981 y 23 de marzo de 1988), y desde luego no se desvirtúa por el dato de que los constructores conocieran que el edificio ya era ajeno, ni por no haber demostra-

do que construían por encargo comunitario. Del propio modo, ha de afirmarse que ninguna relación con la buena fe de los constructores tiene que la comunidad como tal no hubiera podido oponerse a la construcción, porque ello sólo afectaría a su mala fe, a la que sólo, a mayor abundamiento, acude la Sentencia de instancia, que tras resolver el caso declarando la buena fe de ambas partes litigantes, afirma que a idéntica conclusión se llegaría partiendo (no afirmando) de la hipótesis de que ambas partes actuaron de mala fe. En cualquier caso, aun sin funcionar la Comunidad de Propietarios, estaba ya constituida porque ya se había otorgado la escritura de división horizontal, ya existían los distintos dueños de pisos singulares y condueños de todos los elementos comunes y ellos pudieron evitar la transformación del patio común en local cerrado.

El segundo motivo, por el cauce del número 5 del artículo 1.692, impugna la resolución al entender que infringe el artículo 362 del Código Civil porque obliga a pagar al dueño del edificio lo construido de mala fe por los demandados, y el motivo decae porque no ha prosperado la pretensión de que se declare que construyeron de mala fe, y por la misma razón el motivo tercero que por el mismo cauce tildaba a la Sentencia de infringir la jurisprudencia aplicable sólo a supuestos de construcción de mala fe en terreno ajeno.

R. DE A.

COMPRAVENTA DE INMUEBLES: RESOLUCION EN VIRTUD DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL. OFRECIMIENTO DE PAGO EN CANTIDAD INSUFICIENTE Y POR TALON BANCARIO NO CONFORMADO. VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1989).

Se declara en la recurrida Sentencia, tras aceptar en lo sustancial los considerandos de la Sentencia apelada, que acierta el juzgador de primera instancia al negar valor al ofrecimiento que notarialmente efectuó el actor a la demanda el 26 de julio de 1985, para enervar el derecho, que a su vez concede a ésta el artículo 1.504 del Código Civil, de vedarle aquél la posibilidad de pagar el precio de la partición de la finca litigiosa que le había comprado, una vez que la misma le notificó, también notarialmente, su voluntad resolutoria de dicha venta, "y ello no porque el ofrecimiento no fuera seguido de la consignación de lo debido (art. 1.176) sino porque el ofrecimiento en sí no reunía los requisitos precisos para excluir la *mora solvendi*, toda vez que reconocido por el propio actor en confesión (primera de las posiciones) que antes de requerir a su hermana para que aceptara como resto del precio aplazado la suma de 3.082.250 pesetas, le había entregado 1.745.000 pesetas, es visto que el ofrecimiento de la suma expresada no alcanzaba a todo lo debido, y si a ello se añade que lo que se le ofrecía era un talón bancario, sin expresarle la conformidad de la entidad librada, y haciendo constar en cambio que dicho ofrecimiento se mantenía sólo durante cuatro días, forzoso es concluir que la negativa de la demandada a admitirlo incompleto y falto de garantías no carece de razón".

El motivo tercero del recurso, de examen previo a sus anteriores dada la naturaleza del vicio denunciado, amparado en la causa tercera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa a la Sentencia recurrida el no cumplir lo establecido en el artículo 359 de la misma Ley, "ya que no se han decidido todos los puntos litigantes que hayan sido objeto de debate"; se quiere referir a que en el suplico de la demanda, punto segundo, se dice: "subsidiariamente, para el

supuesto de que no se estimase por el juzgador ser la expresada suma que ha de satisfacer don Eusebio H. G., declare cuál sea la cantidad que había de adicionar el actor"; y, si en efecto, el Tribunal se limita a desestimar el recurso y confirmar la Sentencia de primera instancia, olvida el recurrente, aparte de que el pedir al juzgador señale dicha cantidad a los pretendidos efectos, esto es, para su adición a la ofrecida, pudiera presentar ciertas objeciones, que el fundamento que justifica el fallo, lo es tanto referido a ser la cantidad ofrecida incompleta como el no cumplir los requisitos del ofrecimiento al hacerlo por un talón falto de garantías, lo que excluye entre juego, en su caso, aquel pedimento subsidiario por lo que no cabe decir, que la Sentencia, sea incongruente.

Los motivos primero, segundo y cuarto, bajo el común amparo de la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respectivamente denuncian la no aplicación del artículo tercero del Código Civil dado que "las normas se interpretarán según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas: la aplicación indebida del artículo 1.504 del mismo Código; y la no aplicación del artículo 1.170, párrafos segundo y tercero del propio Cuerpo legal; siendo lo cierto que los tres están íntimamente ligados, puesto que según se dice en el primero de ellos, toda la cuestión debatida se centra en la aplicación del artículo 1.504 del tan expresado Código Civil, a cuyos efectos es de tener en cuenta que conforme a los hechos declarados probados en la Sentencia de primera instancia aceptados por la recurrida, el actor sólo cumplió puntualmente los dos primeros pagos, en 30 de septiembre de 1976 y 1977, en 1978 sólo pagó 255.000 pesetas, en 1979 60.000 pesetas, no realizó pago alguno en 1980, "siendo los últimos abonos que a cuenta del precio lleva a cabo el actor los realizados entre el 28 de agosto y 26 de octubre de 1981 por importe total de 60.000 pesetas, sin que a partir de dicha fecha se haga pago efectivo de ningún género a cuenta del precio"; así como que "constando acreditado en autos que el día 26 de junio de 1985 es requerida la demandada por conducto notarial a aceptar como resto del precio del inmueble de autos un talón bancario por importe de 3.082.250 pesetas que fue rechazado por no ajustarse al contrato de compraventa; posteriormente, el 5 de julio de 1985, se levanta acta notarial por la demandada con la finalidad de requerir al actor y esposa a aceptar den por extinguido el contrato de compraventa por no haber cumplido sus obligaciones y ejercitando el derecho que le concede el artículo 1.504 del Código Civil (que fue tachado de extemporáneo por el actor) requerimiento que en la persona del actor se llevó a cabo el 10 de julio de 1985, y ese mismo día es presentada la demanda que encabeza estos autos"; se agrega por la Sentencia recurrida, como ya quedó recogido "que lo que se ofrecía era un talón bancario, sin expresarle la conformidad de la entidad librada"; entonces, al acusar el motivo de la infracción del artículo 3 del Código Civil al entender que el cheque es un medio legal de pago, no sólo legal sino usual, se equivoca al pretender que el ofrecido en pago por el actor, había que reconocerle tal virtud, pues aparte de no ser conformado, como contrariamente afirma el recurrente, no correspondía a la total de la cantidad adeudada; entonces, al declararlo así la Sentencia, todo lo argumentado cae por su base; en relación al segundo de los motivos, ya respecto al artículo 1.504, yerra el recurrente, puesto que declarado por la Sentencia que el ofrecimiento carecía de valor para enervar la eficacia del requerimiento hecho por la demandada dando por resuelto el contrato de compraventa, claro que ha de aparejar su resolución, sin que pueda prevalecer el que tan gratuitamente afirme que "no cabe estar a lo que se dice en la Sentencia recurrida —lo que será fundamento de otro motivo— que la suma de 3.082.250 pesetas no alcanzaba a todo lo debido" y lo

intenta justificar en estas dos razones, como lo son, la de que en el requerimiento hecho por la actora para nada se hablase de insuficiencia de la cuantía, toda vez que no tenía por qué hacerlo, siendo bastante el rechazar el ofrecimiento como lo hizo y según se dice en la Sentencia con razón para ello; y segundo, porque la Audiencia ignoró el punto segundo del suplico, a lo que ya se hizo anterior referencia que lo desvirtúa; y, consecuentemente, el recurrente está haciendo supuesto de la cuestión al partir de la base de que el ofrecimiento de pago estuvo bien hecho; para por último y en relación al cuarto motivo, en íntima relación con el primero, basta insistir en que ni el cheque estaba conformado ni respondía a las exigencias del pago por no cubrir la totalidad del resto del precio adeudado, aparte de que es doctrina la de que la entrega, en el caso de autos no hubo sino ofrecimiento rechazado, de documentos mercantiles no atribuyen las consecuencias de pago mientras no hayan sido realizados; por todo ello los tres motivos deben ser rechazados.

El motivo quinto, último del recurso, denuncia la infracción, por indebida aplicación, del artículo 1.124 del Código Civil al estimar la Sala que por parte del recurrente existió una conducta recalcitrante de impago, estimando por esto la resolución con todas sus consecuencias perjudiciales para el comprador, y si bien es cierto que la resolución de los contratos de compraventa de bienes inmuebles por falta de pago del precio convenido en el plazo pactado se rige por la norma general del artículo 1.124 y por la especial del 1.504 ambos del Código Civil y de ahí que quepa hablar de una voluntad rebelde por lado del comprador y una previa declaración de voluntad del vendedor expresada en forma auténtica, receptiva para el comprador, de tener por resuelto el contrato, es bien manifiesto que el recurrente, el que como comprador, tan sólo cumplió puntualmente los dos primeros pagos del precio aprobado, en septiembre de 1976 y 1977, y tras el abono de cantidades a cuenta, a partir del mes de agosto de 1981 dejó de abonar cantidad alguna, hasta que el 26 de junio de 1985 se hace el ofrecimiento tal y como ha sido recogido anteriormente, está reflejando una conducta acreedora de ser calificada de rebelde, tal como se viene interpretando por la doctrina, merecedora de las sanciones a la que se le condena, tras aquella auténtica expresión de voluntad resolutoria efectuada por la demandada, por lo que en forma alguna se ha aplicado indebidamente el invocado precepto haciendo sea desestimado este último motivo del recurso.

R. DE A.

3. DERECHO PROCESAL

POR RICARDO DE ANGEL YÁGUEZ

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: SUMISION EXPRESA EN LETRA DE CAMBIO (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

Doctrina de la Sala.—Ejercitándose por el actor "C. H., S.A.", con domicilio en Palleja (Barcelona), la acción derivada de dos letras de cambio por vía ejecutiva, en reclamación de 590.908 pesetas, más gastos de protesto, intereses legales y costas, contra el demandado "F., S.C.L.", con domicilio en Cartagena, en cuyas cambiales y en el acepto de las mismas, respaldado por una firma bajo el membrete "F." como aceptante, aparece literalmente transcrito: "cantidad, vencimiento, domicilio y jurisdicción Tribunales de Barcelona", sin que se haya opuesto tacha de falsedad en el protesto, es incuestionable que la presente cuestión de competencia ha de resolverse en favor del Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Barcelona, que es al que corresponde conocer del asunto en virtud de la cláusula de sumisión en favor de los Tribunales de dicha capital, que venía conociendo en razón de reparto, sin que a ello se oponga el que la sumisión se expresara en el acepto de la cambial, sin que por su altura quepa decir no resultaba respaldada por la firma de dicho acepto, ni exista ninguna otra circunstancia que le prive de su presumible veracidad y valor a estos efectos, como tampoco es obstáculo el que figuren domiciliadas en el que lo es del aceptante, pues la sumisión es la primera de las reglas de competencia y, en consecuencia, ha de prevalecer sobre los demás, conforme a los artículos 56 y 1.439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y doctrina de esta Sala; en todo ello es conforme el Ministerio Fiscal.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION: RECUPERACION DE DOCUMENTOS (NO EXISTE)
(SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La improcedencia del recurso de revisión de que se trata, ejercitado por don Jesús Antonio M. B., surge de tener en cuenta, de una parte, que en su escrito formalizador del mismo no se hace expresa cita de en cuál de los números del artículo 1.709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se fundamenta; y, de otra parte, que aunque se entienda que es con base en el número 1.º de dicho precepto, en cuanto se hace referencia en el mencionado escrito a un pretendido documento nuevo que a juicio del mencionado recurrente "da pie a presentar este recurso de revisión", consistente en una certificación de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid, acreditativa de que "se ha citado reiteradamente a la comunidad de propietarios de la casa Gandía, número 3, para celebrar arbitraje instado por él, sin que haya comparecido la citada comunidad", es lo cierto que tal documento carece de consistencia al respecto, puesto que al haberse aportado otro a los autos que ha dado origen al tan citado recurso de revisión planteado, emitido por la misma Cámara, en los mismos términos, examinado y considerado ya en la sentencia cuya revisión se interesa, carece de la naturaleza de documento decisivo recobrado, detenido por fuerza mayor, o por obra de la parte en cuyo favor aquella sentencia fue dictada, que el invocado número 1.º del artículo 1.709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil requiere, según se deduce del contenido de las Sentencias de esta Sala, entre otras, de 29 de abril de 1954, 26 de diciembre de 1975, 23 de febrero de 1976 y 21 de enero de 1980, revelando, en consecuencia, que lo en realidad pretendido

por el precitado recurrente es crear, de modo improcedente, ante esta Sala el nuevo planteamiento del debate jurídico, ya resuelto en la sentencia afectada por la revisión pretendida, con evidente olvido de que la naturaleza excepcional del recurso de tal clase no da paso a una instancia más, como sucedería si en él se permitiese su interposición fundada en hechos que ya encontraron lugar adecuado para su alegación en el pleito en que fueron aducidos, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en Sentencias de 12 de febrero de 1970, 13 de febrero de 1976, 21 de enero y 30 de mayo de 1980, y más si se tiene en cuenta que, según ponen de manifiesto las de 12 de febrero de 1970, 30 de mayo de 1980, 25 de mayo de 1981, 1 de febrero y 21 de octubre de 1982 y 6 de mayo y 8 de junio de 1983, el indicado carácter extraordinario del aludido recurso no le hace objeto de interpretación extensiva.

R. DE A.

ARBITRAJE DE EQUIDAD. NOMBRAMIENTO DE ARBITRO. DENEGACION DE PRUEBA. NULIDAD DE ACTUACIONES (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Fundado el presente recurso de nulidad interpuesto por la "Compañía T., S.A." contra el laudo dictado en arbitraje de equidad el 23 de enero de 1987, en siete motivos, de los cuales los cinco primeros se formulan al amparo del número 1 del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por nulidad de la formalización judicial del arbitraje, antes de entrar a resolver puntualmente dichos motivos habremos de tener en cuenta que esta causa de nulidad, introducida por la nueva redacción que dio al precepto la Ley 34/1984, de 6 de agosto, viene en realidad a comportar una vía de nulidad de actuaciones, en este caso de actuaciones judiciales de formalización de compromiso, actuaciones que, por el juego del artículo 10 de la de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, finalizan por auto judicial contra el que no cabe recurso alguno y, por lo tanto, tratándose de decretar la nulidad de unas actuaciones recaídas en procedimiento tramitado en un órgano jurisdiccional, habremos de tener en cuenta la doctrina procesal que disciplina esta clase de recursos. Y así, cabe decir que la doctrina científica y jurisprudencial requiere para la admisibilidad de este remedio extraordinario de la nulidad de actuaciones que se cumplan los siguientes requisitos. 1) que el defecto en que se basa afecte a cuestiones de forma y no de fondo, cuestiones estas últimas que únicamente pueden ser debatidas en el procedimiento de que se trate, a través de las vías de recurso; 2) que las infracciones que se denuncian hayan privado a una parte de las necesarias garantías procesales o mermado su derecho a la defensa, y 3) que se hayan denunciado en su momento, agotándose, si las hubiera, la vía de recurso ordinario. Por su parte, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de aplicación al supuesto que nos ocupa, dada la fecha de iniciación del procedimiento de formalización judicial de compromiso cuya nulidad se pretende, declara en su artículo 238 que serán nulos de pleno derecho los actos judiciales cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o ejecutados con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido

indefensión, añadiendo el artículo 240 que la nulidad de tales actos se hará valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

Bajo la consideración de la doctrina y legislación anteriormente reseñadas, un estudio detenido de lo actuado nos lleva a la necesaria desestimación de los cinco primeros motivos del recurso, en atención a las siguientes razones: primera, en lo que se refiere al primero, que denuncia violación por inaplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido demandados en el procedimiento de formalización judicial del compromiso las demás compañías, miembros de la asociación "Conferencia BAL-CON", porque, según se deduce claramente del auto de 24 de septiembre de 1986, en el que se formalizó el compromiso, en dicho procedimiento fue citado y compareció en tiempo y forma el Comité Ejecutivo del Acuerdo Pool, integrado por los miembros de la Conferencia BAL-CON, por lo que resultaba en modo alguno necesaria la citación individual de los restantes miembros en ella integrados, ni la omisión de su presencia en juicio como tales miembros individuales origina violación de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario; segunda, por lo que afecta el motivo segundo, en el que se alega infracción del artículo 9 de la Ley de Arbitrajes Privados, que, *a sensu contrario*, impide la formalización judicial del compromiso cuando se alegue en su día que el compromiso no debió de formalizarse sin que se acreditara que el Comité Ejecutivo antes aludido intentó sin éxito conciliar a las compañías, en cumplimiento de la obligación que le imponía la cláusula compromisoria 15.^a, porque se trata de una cuestión de fondo, y no de forma, que en modo alguno puede provocar la nulidad de actuaciones en que el presente recurso se traduce; tercera, no cabe tampoco estimar el motivo tercero, que denuncia violación del artículo 22 de la repetida Ley de Arbitrajes, según el cual los árbitros habrán de ser designados de común acuerdo, y que el recurrente estima violado por no haber recaído el nombramiento en el Director general de la Marina Mercante, pues, aparte de que hay constancia de que dicho señor rehusó la aceptación del arbitraje, no aparece, en cambio, que faltase la conformidad de la Cía. T. en el nombramiento del árbitro de equidad que dictó el laudo, ni menos aún que aquélla, como hubiese sido forzoso para poder ahora formular el recurso de nulidad con base en este motivo, hubiese, cuando menos, hecho constar su protesta o disconformidad con el nombramiento; cuarta, que si bien es cierto que en los arbitrajes de derecho debe ser designado árbitro un Letrado en ejercicio, y en el caso que nos ocupa el nombramiento recayó sobre una persona en quien no concurría tal condición, también lo es que, tratándose como se trata de un arbitraje de equidad, no cabe imponer tal exigencia, por lo que no puede estimarse infringido el artículo 20 de la Ley de Arbitrajes, debiendo, en su consecuencia, perecer el cuarto motivo; quinta, lo mismo sucederá con el quinto que denuncia violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no contener el auto de formalización referencia alguna al Comité Ejecutivo del Acuerdo Pool en su parte dispositiva, limitándose a ordenar que se resuelva la controversia existente entre B. de N., S.A. y T., S.A., lo que, a juicio de la recurrente, implica incongruencia por defecto en el citado auto de formalización, tesis que no resulta posible aceptar, por cuanto con la sola resolución de la aludida controversia queda zanjada la cuestión jurídica que separa a las partes, sin perjuicio de que en esta cuestión pueda o no tener interés más o menos directo el repetido Comité, todo lo cual conlleva la desestimación del quinto motivo.

El motivo sexto se funda en el apartado 4.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no haber concedido a la recurrente el árbitro la oportu-

tunidad de presentar pruebas, alegando la denegación de una prueba pericial contable sobre los libros y justificantes de la Cía. B. de N., sin tener en cuenta que este derecho a proponer pruebas no conlleva la necesaria admisión y práctica de las que el árbitro reputa no pertinentes, que es lo sucedido en el supuesto de autos, en el que la denegación se basó en que tal prueba sería "un elemento extraño y un precedente nocivo para el cumplimiento de los acuerdos de la Conferencia BAL-CON"; razones que abonan la no admisión de la prueba, sin que con ello debe suponerse una infracción formal de las reglas de procedimiento que hagan acoplable este sexto motivo.

Finalmente, el motivo séptimo se ampara en el apartado 3.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber resuelto el árbitro puntos no sometidos a su decisión y, al igual que los anteriores, debe ser desestimado, pues si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la parte dispositiva del auto de 26 de septiembre de 1986 por el que se formalizó judicialmente el compromiso se encomendaba al árbitro que fallase "la controversia surgida entre partes, concretada a la diferencia existente entre B. de N., S.A., de una parte, y T., S.A., en orden a las liquidaciones procedentes correspondientes al segundo semestre de 1985, como corrección de las notas representativas de la participación de cada una de las Compañías miembro del acuerdo Pool, en los impresos totales por fletes de este acuerdo, en aplicación de los artículos 13 y 14 del Acuerdo Pool, según la redacción otorgada el 30 de julio de 1984, y demás que resulten de aplicación, sobre la base de la propia liquidación practicada por la propia Secretaría del Acuerdo", es obvio que el árbitro, al decidir que la Cía. T. deberá satisfacer a la E. B. de N., S.A. la cantidad de 96.376.195,39 pesetas, no hace otra cosa que resolver la controversia, operación que, lógicamente, lleva consigo la determinación de la existencia de un crédito, de la personalidad del deudor y acreedor y, en su caso, de la cuantía del mismo, y al no operar así el laudo, cuya nulidad se pretende, cumplió la función que se le habrá asignado, sin extralimitarse en la misma, procediendo, en su consecuencia, la desestimación de este último motivo.

R. DE A.

ACUMULACION DE AUTOS. EN CASO DE QUIEBRA: NO PROCEDE (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

Doctrina de la Sala.—No procede la acumulación de los autos de juicio ejecutivo seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Mérida con los números 668/84 y 735/85 al juicio universal de quiebra necesaria promovido por C. S., S.A., contra don Juan A. A., toda vez que los primeros deben entenderse concluidos, puesto que, con relación a los Autos 668/84, el único bien embargado fue subastado y aprobado el remate, adjudicándose al actor, por lo que no puede ser afectado a las responsabilidades de la quiebra; y en cuanto a los Autos 753/85, dado que el procedimiento se sigue contra el señor A. A. y doña María M. R., solidariamente, y al no haberse dirigido la quiebra contra esta última, no puede ser sometida a ella en concepto de deudora quien no está declarada en tal situación.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: JUICIO EJECUTIVO. DOMICILIO SEÑALADO A EFECTOS DEL PAGO DE LA LETRA SI NO APORTA CONTRATO CAUSAL (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprende de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

Doctrina de la Sala.—Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, en Sentencias que van desde la de 17 de julio de 1981, pasando por la de 14 de julio de 1983 y terminando en las más recientes de 18 de abril y 22 de septiembre de 1986, al establecer que cuando se ejercita la acción cambiaria ejecutiva, el domicilio fijado a efectos del pago de la letra, y en donde además corresponde hacer el protesto, es el que habrá de determinar la competencia para el conocimiento de la indicada acción, sin que por la especial naturaleza del procedimiento cambiario, quepa hacer relación al contrato de que trae causa; no siendo admisible la sumisión expresa pactada por los interesados en el indicado contrato causal, ya que en tal pacto de sumisión ha de hacerse referencia necesariamente a las letras, al título de ejecución y al propio proceso ejecutivo, debiendo, además, ser aportado este documento en tiempo oportuno, y no al contestar al requerimiento de inhibición, resolviéndose en otro caso la cuestión de competencia, atendiendo solamente: a los escritos de demanda, los de proposición de la inhibitoria y los documentos aportados con tales escritos.

La aplicación de la precedente doctrina legal, determina la necesidad de decidir la presente cuestión de competencia en favor del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Reus, puesto que las letras de cambio que sirven de título ejecutivo están domiciliadas en aquel territorio, no fue acompañado con el escrito de demanda el contrato causal y, en cualquier caso, en éste no aparecen identificadas tales letras ni hecha referencia al propio proceso ejecutivo; criterio éste asimismo compartido por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION: MAQUINACION FRAUDULENTA PARA GANAR SENTENCIA: NO EXISTE (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—El presente recurso extraordinario de revisión se deduce por doña Elisa G. B. contra la sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 23 de los de Madrid con fecha 23 de junio de 1982, decretando el divorcio y disolución del vínculo matrimonial que le unía con don Saturio C. M., con base en la alegación de que por maquinación fraudulenta de su referido esposo, en el juicio de divorcio demandante, se había llevado a efecto su citación por edictos y tras declararla en rebeldía todas las subsiguientes notificaciones, incluso la de la sentencia, le habían sido practicadas en la forma prevenida para los rebeldes, razón por la que hasta el día 11 de septiembre de 1984, según concreta en el párrafo segundo del fundamento de Derecho 2.º de su demanda, no llegó a su conocimiento la existencia del fraude y, por ende, la raíz de inicio del plazo de tres meses que para interponer el recurso de revisión fijaba el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La demanda de revisión está

fecha el día 10 de diciembre de 1984 y presentada en el Registro General de la Secretaría de Gobierno de este Tribunal Supremo el siguiente día 11.

Las pruebas practicadas en el pertinente periodo procesal a instancia del demandado de revisión don Saturio G. M., con todas las garantías rituarías, han acreditado de manera terminante e indubitada por doña Elisa G. B. tuvo exacto y cabal conocimiento de la existencia del juicio de divorcio y de la sentencia firme en el mismo recaída el día 28 de junio de 1984, según resulta de lo confesado por la misma al absolver posiciones y de testimonio de particulares expedido por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Barcelona, en relación a los autos sobre alimentos provisionales, seguidos en dicho Juzgado bajo el número 1163/79-R, a instancia de doña Elisa contra don Saturio, todo lo que determina que en correcta aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil proceda, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, la desestimación de la demanda, con sus anejas consecuencias de imposición de todas las costas a la recurrente.

R. DE A.

ARBITRAJE DE EQUIDAD: CARACTER (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Incardinado el arbitraje en el ámbito contractual, tiene como función que un tercero dirima solemnemente los conflictos existentes entre las partes, extremos que se ponen de manifiesto en la escritura pública de compromiso otorgada el 7 de enero de 1986 entre la Sociedad Anónima G. y don Mario C. G., y en la que exponen que media entre ellas una relación contractual respecto a la película *Los santos inocentes*, que se instrumentó en dos documentos que llevan fechas de 25 de mayo de 1983 y 22 de noviembre del mismo año, habiéndose producido en el desarrollo de la relación contractual determinadas controversias entre las partes, a las que desean poner fin, acudiendo para ello al arbitraje de equidad previsto en la cláusula 8.^a del segundo de los documentos citados, a cuyos efectos: designan los árbitros, delimitan la controversia, señalando los puntos de discrepancia sobre los que habrán de resolver (recogidos literalmente en los antecedentes de esta resolución), hacen declaración expresa de aceptar el laudo que por mayoría dicten los árbitros y les señalan el plazo en el que habrán de emitirlo, prorrogándolo posteriormente en dos ocasiones. Pues bien, dictada la resolución ante Notario el 24 de julio de 1986 y notificado a las partes, G. interpuso recurso de nulidad ante esta Sala, fundando sus cuatro motivos en el número 3 del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiera sido, no puedan ser objeto de arbitraje. Antes de entrar en su examen, conviene recordar, como doctrina reiterada y constante de esta Sala, que los árbitros de equidad no vienen obligados a interpretar las cláusulas de la escritura de compromiso de forma rígida y excesivamente literal, sino que disponen de la suficiente libertad para resolver con amplitud el conjunto de lo pactado, haciendo una interpretación racional de sus cláusulas que permita acomodar su contenido a la finalidad esencial de este tipo de decisiones extrajudiciales, cual contribuir al móvil de paz y equidad para la que están destinados (Sentencias de

15 de octubre de 1962, 27 de abril de 1981, 9 de octubre de 1984, 13 de junio y 17 de noviembre de 1985, 24 de febrero y 17 de junio de 1987 y 17 de marzo de 1988), concretando en cuanto a dicho número 3.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la semejanza que guarda con los defectos de congruencia por exceso o por defecto, que la misión de los Tribunales consiste en tales casos en dejar sin defecto lo que constituya extralimitación del fallo arbitral, mas no corregir sus deficiencias y omisiones, si las hubiere, ni complicar o crear dificultades a ese móvil de paz y cordialidad que a los árbitros se confía, porque la naturaleza de este recurso no permite el examen total del fondo del asunto (Sentencias de 12 de febrero de 1957, 13 de mayo de 1960, 21 de enero de 1961, 20 de febrero de 1982, 9 de octubre y 12 de noviembre de 1984, 14 de julio de 1986 y la ya citada de 17 de marzo de 1988), convirtiendo a esta Sala en Tribunal de última instancia (Sentencia de 13 de octubre de 1986), siquiera la congruencia con el *thema decidendi* no implica que los árbitros estén coartados en su misión decisoria, ni restringidos en la interpretación de las cuestiones a decidir, que deben apreciarse de modo conjunto, no aisladamente, y en relación a los antecedentes y finalidad, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada (Sentencias de 24 de abril de 1952, 13 de mayo de 1960, 25 de octubre de 1982 y 15 de diciembre de 1987), máxime en el arbitraje de equidad, como el que nos ocupa, en el que los árbitros han de resolver sólo según su leal "saber y entender", constituyendo, desde el plano sustantivo, uno de los supuestos excepcionales a los que indirectamente se refiere el artículo 3.2 del Código Civil, cuando al hablar de la equidad en la aplicación de las normas jurídicas sólo autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los Tribunales en el caso de que la Ley expresamente lo permita, sin que esta Sala sea juez del juicio de equidad, porque iría contra la misma esencia de ese juicio: personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que ese leal saber y entender del árbitro, que no viene obligado a una motivación jurídica (ver Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1988), a salvo siempre las garantías procesales a que se refiere el artículo 29 de la Ley especial, aquí no cuestionadas.

Se alega como primer motivo de nulidad el "haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión", con infracción de lo establecido en el extremo 2.1 de la escritura de compromiso, achacando al laudo interpretación errónea e incongruencia por exceso al entrar en la calificación jurídica y naturaleza de los documentos de 25 de mayo y 22 de noviembre de 1983, "cuya decisión no ha sido pedida por las partes". La simple comparación de la controversia ("2.1. Decidir si para la resolución del pleito ha de tenerse en cuenta el documento fechado el 25 de mayo de 1983 o el de 22 de noviembre del mismo año o ambos"), con lo decidido ("Que para la resolución del pleito han de tenerse en cuenta los dos documentos de 25 de mayo de 1983 y 22 de noviembre del mismo año") revela la inconsistencia del motivo, al resultar imposible mayor adecuación entre lo pedido y lo fallado; cierto que no se requería más que un juicio personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal saber y entender de los árbitros, pero no lo es menos que nada les impedía razonar como lo han hecho, máxime si lo consideraron necesario para resolver el conjunto de lo pactado y obtener la paz y concordia de las partes; el hecho de que a una de éstas no le convenga o no esté de acuerdo con lo razonado para llegar a una solución pedida, no puede constituir motivo de nulidad, si este Tribunal viene autorizado siquiera para opinar sobre tales razonamientos; finalmente, nada tiene que ver el

supuesto de autos con el contenido en la Sentencia de este Tribunal de 2 de mayo de 1985, que acogió la nulidad postulada por imponer los árbitros a una de las partes una obligación de hacer para completar una cláusula contractual que no contemplaba tal extremo, cual reconocían los propios árbitros, por lo que en dicho caso se aplicó con plena corrección el párrafo segundo del artículo segundo de la Ley de 22 de diciembre de 1953, en cuanto establece que “no se consideraba arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente”, pues lo que hacían los árbitros no era “interpretar la cláusula, sino completarla imponiendo complejas actividades ni siquiera *in fieri* queridas al contratar”; aquí, por el contrario, existe conflicto que dirigir y para dar una respuesta válida sobre los documentos a tener en cuenta en la solución de las pretensiones planteadas era preciso analizar la naturaleza jurídica de las relaciones preexistentes y calificarlas, lo que en modo alguno excede de la misión arbitral, ni convierte a éstos en lo que se ha dado en llamar arbitradores, que intervienen, no para dirimir o resolver conflictos sobre una relación jurídica ya existente, sino para integrarla o completarla, concretando alguno de los elementos de la relación jurídica que todavía no ha nacido (la doctrina pone como ejemplo clásico el artículo 1447 del Código Civil, que considera cierto el precio cuando se deja su señalamiento al arbitrio de persona determinada, que actúa para que nazca la compraventa —arbitrador— y no para resolver controversias sobre ella —árbitro—, lo que presupone que ya existe).

El motivo segundo de nulidad que, repetimos, se ampara como el anterior y los siguientes en el número 3 del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imputa al laudo haber resuelto erróneamente el punto 2.3 del compromiso, dado que la controversia consistía en “decidir si todas, alguna o ninguna de las subvenciones y ayudas percibidas o por percibir de la Administración por razón de la película deben ser tenidas en cuenta para calcular la participación de (original ilegible) con lo que entiende el recurrente que se verifica una cuantificación no pedida, cuando lo solicitado era “qué subvenciones debían ser tenidas en cuenta para calcular la participación del señor C.”. Se olvida el recurrente de toda la doctrina jurisprudencial anteriormente acotada; de que los árbitros han de resolver el conjunto de las cuestiones a ellos sometidas, con una interpretación racional de su contenido, para llegar al fin práctico que se pretende y que, en fin, en el punto 2.4 se les pide que decidan “la cantidad total que G. P. C., S.A. debe satisfacer a don Mario C. por razón del contrato”, siendo así que en el considerando 5.º del laudo se hacen tres apartados de ayudas y subvenciones (con acierto o no, que eso aquí no importa) para en las posteriores (ver considerando 12 y 13) razonar la exclusión del primero y tercero, computando el segundo, que se cuantifica para poder dar respuesta efectiva al punto 2.4; lo que se pretende en este motivo es, en conclusión, alterar el contenido del laudo y que se entre en el fondo de la cuestión debatida, cosa que, como se ha visto, no permite la naturaleza de este recurso (confrontar en igual sentido Sentencia de 30 de noviembre de 1987, fundamento cuarto).

El rechazo de los motivos anteriores hace decaer el tercero y el cuarto, en los que, intentando nuevamente entrar en problemas de fondo, se reconoce, no obstante, que su estimación aparece supeditada a la de aquéllos, por lo que resulta innecesario cualquier otro análisis.

RECURSO DE REVISION: RECUPERACION DE DOCUMENTOS (NO EXISTE)
(SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso

Doctrina de la Sala.—El presente recurso extraordinario de revisión interpuesto, según parece deducirse (puesto que expresamente no se cita), con base en el número 1 del artículo 1.696 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene como antecedentes fácticos: A) La comunidad de propietarios de la casa número 3 de la Plaza de la Prosperidad, de Madrid, a la cual pertenece la recurrente como propietaria del piso 4.º, B, ha venido interponiendo contra la misma diversos procedimientos declarativos, en reclamación del pago de los gastos de la comunidad, entre los cuales figuran en autos: menor cuantía 1.133/81 —Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid—, cuantía 306.859 pesetas; menor cuantía 1.365/82 —Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid—, cuantía 149.041 pesetas, y menor cuantía número 624/83 —Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid—, cuantía 70.094 pesetas; B) En este último procedimiento se dictó sentencia condenatoria con fecha 24 de enero de 1985, resolución que, aunque no se dice en el recurso, consta en autos que fue apelada y confirmada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de fecha 30 de noviembre de 1985; C) Ante el Juzgado de Distrito número 16 de los de Madrid se siguió el juicio de cognición número 544/85, interpuesto por la misma comunidad de propietarios frente a la recurrente, en reclamación de 257.641 pesetas, y en el que recayó sentencia cuyo fin no consta, de fecha 5 de febrero de 1986, estimando parcialmente la demanda, y D) La parte recurrente pretende fundamentar el presente recurso de revisión en la “aparición de un documento nuevo, posterior y valiosísimo para refutar la escasez de contenido de la primera sentencia”; recurso éste que fue interpuesto con fecha 5 de marzo de 1988, y con el que se intenta anular la Sentencia de fecha 24 de enero de 1985, del Juzgado de Primera Instancia número 12, alegando su clara discrepancia con la otra Sentencia del día 5 de febrero de 1986, dictada por el Juzgado de Distrito número 15.

Es doctrina de esta Sala sobradamente conocida la que atribuye al recurso que nos ocupa el carácter de un medio de impugnación excepcional y extraordinario, para combatir la fuerza de la cosa juzgada material, cuando la decisión que la entraña se ha originado mediante la existencia de vicios ajenos al proceso y determinantes de un esencial error, teniendo este medio impugnatorio un significado fundamental restrictivo, de forma que para su viabilidad tienen necesariamente que concurrir alguno de los supuestos legales taxativamente establecidos, sin que exista duda alguna respecto a su certeza, e interpuesto al procedimiento cumpliendo los requisitos de orden temporal que se señalan en los artículos 1.798 y 1.800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como aquí se trata, concurre la alegación de la causa primera del artículo 1.796, es también doctrina constante la que exige, que el documento en cuestión hubiese estado detenido por fuerza mayor o por malicioso proceder de la parte favorecida por la sentencia impugnada, supuestos legales que pueden concretarse en la pérdida y la recuperación posterior o en el conocimiento de su existencia durante el pleito y la imposibilidad de aportarlo por causas no imputables a la parte, circunstancias que obviamente no concurren en aquellos documentos de fecha posterior a la

sentencia recurrida (Sentencias de 1 de marzo de 1979, 8 de marzo y 8 de junio de 1982, 17 de septiembre y 15 de noviembre de 1983, 14 de junio y 20 de octubre de 1986, 10 de marzo y 4 de noviembre de 1987, 20 de enero y 9 de marzo de 1988, entre otras muchas).

En el caso que estudiamos, las circunstancias concurrentes, anteriormente expuestas y ahora examinadas a la luz de la doctrina jurisprudencial, impiden la procedencia del recurso de revisión que se postula por las siguientes razones: a) en cualquier caso, el procedimiento se inició superando ampliamente el plazo de tres meses que señala el artículo 1.798 de la Ley Procesal, pues siendo necesariamente conocida la existencia del documento nuevo en fechas escasamente posteriores al día 5 de febrero de 1986, no se presenta el recurso hasta el día 5 de marzo de 1988; b) la pretendida discrepancia de la sentencia del Juzgado de Distrito número 16 con la del Juzgado de Primera Instancia número 12, confirmada por la Audiencia Provincial, no puede operar en la jurisdicción ordinaria con vía correctora, cual acontece en el artículo 102.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en los supuestos de decisiones antagónicas de igual o superior nivel jerárquico, y c) en el documento nuevo aportado no se dan los requisitos de "recuperación" o "detención por fuerza mayor", ni goza de la circunstancia de "decisivo por sí mismo" para provocar un pronunciamiento distinto del impugnado (Sentencia de 14 de julio de 1986).

R. DE A.

PRUEBA. NO CABE CONFUNDIR DOCUMENTOS CON PRUEBAS DOCUMENTALES (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Se ha dicho ya con harta reiteración que no es dable confundir documentos con pruebas documentadas a los efectos que se previenen en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que por documentos sólo han de entenderse los comprendidos en los artículos 1.215 a 1.239 del Código Civil y 596 a 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencias de 23 de marzo, 17 de julio y 15 de septiembre de 1985, 30 de abril de 1986, 23 de mayo y 15 de junio de 1987 y 19 de enero y 7 de marzo de 1988).

En consecuencia, no pueden tener virtualidad el acta notarial que se invoca el informe del Arquitecto y, en modo alguno, el escrito de contestación a la demanda, procediendo así la desestimación del único de los motivos del recurso en que, al amparo del número 4.º del artículo 1.692, se invoca error de hecho en la apreciación de la prueba en base de dichos medios probatorios.

R DE A.

RECURSO DE CASACION "PER SALTUM". DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER. LA COMUNICACION PROCESAL Y LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1989).

El primer motivo del presente recurso de casación formulado *per saltum* por los cónyuges demandados-reconvinientes doña Nubia G. R. y don Liberto F. L.

contra Sentencia dictada el 16 de junio de 1987 por el Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de la Palma, aclarada por Auto del 19 de los propios mes y año, busca amparo procesal en el artículo 1.692.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia violación de las normas que rigen los actos y garantías del propio orden, que les produjeron indefensión, pues que decretada prueba pericial para mejor proveer, con el contenido que tenían señalado ambas partes, habían quedado sin dictaminar los apartados A), C), D), F) y G) de su escrito obrante al folio 251 de los autos, infringiéndose los artículos 627 y 628 de la propia Ley ritualaria, al no señalarse fecha y hora para la emisión de dicho dictamen y carecerse de comunicación alguna al respecto, lo que impidió que las partes o sus defensores pudieran solicitar que el Juez exigiese a los peritos las explicaciones oportunas para el esclarecimiento de los hechos, siendo así que en el propio encabezamiento de la sentencia se alude a “fijación del *quántum* indemnizatorio y otras” y en los razonamientos jurídicos se hace referencia a lo que resulta “fundamentalmente de la pericial obrante en autos”.

Examinadas las actuaciones únicamente en cuanto a tales extremos, aparece acreditado: A) Que solicitada prueba pericial por los actores en período adecuado, fue admitida con la adición a que aluden los demandados hoy recurrentes; B) Que no llegó a practicarse por circunstancias ajenas a las partes; C) Que al acordarla el Juez, conforme a la facultad que le concede el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no dio intervención a los litigantes en su práctica, incumpliendo así el mandato contenido en el párrafo último de expresado precepto, siendo de significar que “contra esta clase de providencias no se admitirá recurso alguno” (párrafo penúltimo); D) Que se otorgó a los peritos el plazo de siete días para que evacuaran el informe, emitiéndolo por escrito y ratificándolo el mismo día y sin previa comunicación a las partes, ni señalamiento de día y hora (art. 627), con lo que las mismas no pudieron exigirles las explicaciones oportunas para el esclarecimiento de los hechos (art. 628); E) Que tampoco se puso de manifiesto a los litigantes el resultado de las diligencias, para que pudieran alegar por escrito cuanto estimasen conveniente acerca de su alcance o importancia (art. 342, también de la LEC), y F) Que se omitió toda referencia a los apartados que señalan los recurrentes, no obstante estar contenidos en el mejor proveer. Dictada la sentencia a continuación es indudable que se podía haber apelado, solicitando entonces la práctica de la prueba en la segunda instancia conforme a ley, pero no se hizo así, sino que, por el contrario, se preparó el recurso de casación *per saltum* o “directo” introducido por la Ley 34/1984, de reforma urgente de la de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 1.688, al decir que “...al interponer el recurso de apelación, podrán solicitar también en el mismo escrito que se tenga por preparado el recurso de casación por entender que la cuestión a resolver es estrictamente jurídica”, no obstante lo cual se anunció que se fundamentaría en los motivos 1.º, 4.º (éste por error en la apreciación de la prueba) y 5.º del artículo 1.692; dado el preceptivo traslado a la parte contraria, manifestó no tener reparo al recurso directo, si bien se oponía al mismo en cuanto se anunciaba su amparo en “error de hecho”, por lo que, al no ser la cuestión estrictamente jurídica, pedía se declarase la improcedencia de la casación, teniendo por interpuesto el recurso de apelación; no lo entendió así el Juzgado, que tuvo por preparado aquél y señaló —esto sí de acuerdo con la norma— que su auto no era susceptible de recurso alguno, viniendo a impedir que su sentencia, al no denegar la casación y tener por interpuesta la apelación, pudiera revocarse con variación de los hechos y práctica de la prueba tan irregularmente llevada a cabo en la primera instancia. Se encuentra, pues, el Tribu-

nal Supremo ante una situación anómala, creada por el propio Juzgado y por la parte, al no haber asumido ni la modificación legislativa en cuanto a la práctica de las diligencias para mejor proveer (infracción de los arts. 340, 342, 627 y 628 de la LEC), ni la instauración del recurso de casación *per saltum* (que debió rechazarse por violación del artículo 1.688, al no entablarse para resolver una cuestión “estrictamente jurídica”). De otra parte, aunque la prueba pericial se valore por el órgano jurisdiccional con arreglo a la lógica, buen criterio y sana crítica, la importancia del dictamen la pone de manifiesto su propia sentencia (ver fundamento 1 de la presente) y el artículo 24 de la Constitución, al formular el principio de la tutela judicial efectiva, que garantiza a todos los ciudadanos la posibilidad de proponer cuantos medios de prueba admite la ley, intervenir en su práctica y hacer alegaciones, sin restricción alguna *de facto* originada por la actuación del propio órgano judicial ante el que se tratan de hacer valer los derechos o pretendidos derechos, de tal manera que, para impedir la indefensión, han de respetarse cuantas normas garanticen la defensa contradictoria en juicio de los intereses de los litigantes, oyéndoles en los supuestos que la ley establece, dejándoles intervenir en la delimitación de los hechos, exponer su particular versión de los mismos y concretar las consecuencias jurídicas que les atribuyen, aunque su valoración y efectos correspondan al titular de la potestad jurisdiccional, que por lo mismo no puede poner trabas a que los interesados tengan conocimiento de las actuaciones, pues ello evitaría un proceso con “todas las garantías”; y conteniendo el artículo 24 de la Constitución el reconocimiento de derechos procesales fundamentales, su infracción posibilita recurso tan extraordinario como el casacional (art. 5.4 de la LOPJ), obligando las tan repetidas faltas en la actividad procesal a la estimación del motivo, aunque vendría mejor amparado con la alegación directa de dicho artículo 24, como precepto sustantivo, a efectos de su incardinación en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal como resulta de abundante jurisprudencia, que en supuesto tan excepcional debe interpretar las normas que ordenan el procedimiento sin límites a la declaración de nulidad del acto lesivo proveniente del propio órgano jurisdiccional de la primera instancia, prescindiendo de formalismos enervantes, con el reenvío y reposición de las actuaciones al estado y momento en que se cometió la falta (art. 1.715.2.º de la LEC), no obstante a ello, cual señaló esta Sala en Sentencia de 10 de julio de 1986, que todo derive de unas diligencias para mejor proveer, pues si bien es facultad del juez decretarlas, una vez acordadas ya han de someterse a la regulación legal, dando en ellas, según la reforma de Ley de 6 de agosto de 1984, intervención a las partes, mandato contenido en el párrafo último del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, repetimos, tampoco fue cumplido en el caso que se debate (ver también la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 1988, que estima la casación, con amparo en el núm. 3. del art. 1.692 LEC, por no dar intervención a las partes en la prueba pericial acordada para mejor proveer; y la del Tribunal Constitucional núm. 205/1988, de 7 de noviembre, en cuanto a la doctrina general sobre la relevante e inescindible relación que existe entre los actos de comunicación procesal y el derecho a la tutela judicial, garantizado por el art. 24.1 de la Constitución”). En consecuencia, y sin necesidad de examinar los restantes motivos del recurso, procede anular las actuaciones desde la Resolución de 18 de septiembre de 1986 (mejor proveer), dictándose otra por el Juzgado en la que se dé intervención a las partes, debiendo los peritos contestar en sus dictámenes a todas las cuestiones planteadas, y concediendo a los litigantes todas las facultades a que se ha hecho mérito, con lo que se respetan en su integridad las garantías procedimentales,

pues tener por denegada la preparación del recurso directo y por admitida la apelación sólo daría una respuesta parcial a los tan repetidos derechos procesales fundamentales que ampara la Constitución.

R. DE A.

ARBITRAJE DE DERECHO: EMISION DEL LAUDO FUERA DE PLAZO (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1989).

Denuncia el primer motivo, al amparo del artículo 1.732, ordinal primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los artículos tercero y diecisiete de la Ley de Arbitraje Privado; se fundamenta en que no tiene la condición de laudo, cuyo carácter no adquiere, mientras no se dicte ante Notario, así como que determinado en el auto del Juzgado que dio lugar al arbitraje un plazo de seis meses para dictar al laudo como la aceptación del cargo tuvo lugar el día 13 de febrero "pasado" y es indudable que tal plazo vencía el día 13 del mes de agosto "pasado" al comparecer el árbitro ante Notario para dictar el laudo del día 1 del mes "en curso" el plazo concedido "había pasado sobradamente"; sanciona el artículo 3.º de la Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho privado, el carácter ritual o formalista del arbitraje, de ahí que, según dispone dicho artículo, el arbitraje para ser eficaz, necesitará ajustarse a las prescripciones de esta Ley, de no ser así es claro que el acuerdo entre dos o más personas sobre la actuación dirimente de un tercero será válido y con la fuerza de un convenio pero sin ir más allá; pues bien, conforme al artículo 27, norma 6.ª, los árbitros dictarán su laudo ante Notario, dentro del tiempo señalado en el compromiso o resolución judicial, y es lo cierto que en el presente caso el árbitro designado, don Santiago R. A., comparecía ante Noatrio presentándole el laudo que había dictado cuyo contenido se da por íntegramente reproducido y como por providencia del Juez de Primera Instancia se ordenó la devolución a fin de cumplir lo ordenado en dicho artículo el árbitro compareciente formaliza el laudo a presencia notarial con entrega del mismo con los que parece subsanado aquel primer proceder, pero es que ello tiene lugar en fecha 1 de octubre de 1987, y como según el auto del Juzgado sobre formalización judicial de compromiso de arbitraje se acordaba que el árbitro designado emitirá su laudo en el plazo de seis meses, contados desde la aceptación fehaciente del mismo, constando en la propia acta notarial a la que se viene haciendo referencia que el compareciente don Santiago R. A. interviene en su calidad de árbitro designado por Auto de 15 de julio de 1986 a propuesta del Colegio de Abogados, "cargo que fue aceptado y prestado el juramento exigido, por el señor compareciente el día 13 de febrero del corriente año" (1987), es lo cierto que como bien dice el recurrente, sobrepasado el plazo de los seis meses que le había sido concedido por el expresado Auto de 15 de julio de 1986 y, consiguientemente, sin jurisdicción ya, porque ese plazo fija los límites de la potestad arbitral, ya que cuando el árbitro acepta su nombramiento se somete a la voluntad de los comprometidos y, consecuentemente, en esta particular el término en el que le ha sido fijado para desempeñar su cometido, de tal forma que de no hacerlo así actúa fuera del límite en el que lo ha de desempeñar y por ello sin competencia para ello, deviniendo nulo todo lo actuado, en cuyo sentido es de estimar este primer motivo del recurso, dejando sin efecto el laudo recurrido, lo que releva

del conocimiento del resto de los motivos, sin hacer especial condena en costas, y devolución al recurrente del depósito, ya que fue innecesariamente constituido.

R. DE A.

EJECUCION DE SENTENCIA. DEBE HACERSE DE CONFORMIDAD CON LO EJECUTORIADO. CONDENA A CANTIDAD LIQUIDA Y A OTRA ILIQUIDA (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1989).

El presente recurso de casación se plantea contra el auto dictado en apelación por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona en procedimiento para la ejecución de la sentencia firme pronunciada por la propia Sala el día 23 de marzo de 1981 en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, deduciéndose los seis motivos que le sirven de fundamento con amparo procesal en el número segundo del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que conlleva la consecuencia en recta aplicación de lo que dicho precepto establece de que sólo es posible su prosperabilidad en los tres supuestos de que la resolución judicial impugnada resuelva puntos sustanciales no controvertidos en el juicio, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado, lo que, como es obvio, ha de resultar, en su caso, de manera primordial de la comparación de los términos del fallo que se ejecuta con los contenidos en el auto dictado para su efectividad.

El fallo de la sentencia firme dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona expresa en lo que interesa a los fines de este recurso "que debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia en el particular por el que se condena a la demandante 'Urbanizaciones Canyellas, S. A.' a satisfacer a los demandados don José Manuel A. D. y doña Nuria R. P. el saldo resultante del incumplimiento del contrato que se dice se eleva a la suma de un millón setecientos treinta y seis mil ochocientos diecisiete pesetas, y en su lugar debemos declarar y declaramos que la entidad demandante está obligada como consecuencia de la resolución del contrato a devolver a los demandados la cantidad de tres millones ciento noventa y tres mil trescientas treinta y ocho pesetas, sin perjuicio de que esta cantidad pueda ser compensada con el importe que acredite la actora por el pago de servicios que tuvieron que ser satisfechos por los demandados durante el periodo de vigencia del contrato que se resuelve y que se acrediten como únicos daños y perjuicios que se estimen justificados en periodo de ejecución de sentencia".

Con fecha 29 de julio de 1985 el Juzgado de Primera Instancia de Santa Coloma de Farners en las diligencias para la ejecución de la sentencia firme antes meritada, instada por los demandados, dictó auto adjudicando a dichos demandados bienes inmuebles de la entidad actora para pago de la cantidad de pesetas a cuyo saldo se le declaraba obligada por la ejecutoria, auto que, recurrido de reposición y subsidiariamente de apelación dio lugar, al denegarse aquélla, al dictado por la Audiencia Territorial el día 9 de julio de 1987, aquí recurrido en casación en cuanto confirma el dictado por el Juzgado con fecha 16 de octubre de 1985 que declaró no haber lugar a la reposición de los pronunciamientos establecidos en el Auto de 29 de julio.

El Auto de 29 de julio de 1985, que es al que se acusa de vulnerar lo ejecutivo

riado, fue dictado como se ha dicho en diligencias que, para la efectividad de la sentencia firme, instaron los demandados a fin de que se les hiciera pago de la suma de tres millones ciento noventa y tres mil trescientas treinta y ocho pesetas cuyo saldo se declaraba era obligación de la entidad actora y ello, como ponen de relieve el auto de la Sala aquí recurrido y el dictado por el Juzgado de Primera Instancia el día 15 de octubre de 1985, confirmado por el primero, dentro del procedimiento de apremio regulado en los artículos 1.481 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procedimiento en el que se hicieron a la entidad actora todas las notificaciones que la normativa legal establece, sin que planteara recurso de clase alguna, asistiendo incluso al acto de la subasta de los bienes que le habían sido embargados sin manifiesta oposición.

La normativa legal reguladora de la ejecución de las sentencias fimes dictadas por Tribunales y Jueces españoles, contenida en la sección primera del título VIII del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece con claridad y precisión, como es de ver de lo consignado en sus artículos 919 y 920, que la facultad de instar dicha ejecución compete a las partes, disponiendo el párrafo 1.º del artículo 921 de la citada Ley, que si la sentencia condenase al pago de cantidad determinada y líquida se procederá siempre, y sin necesidad de previo requerimiento personal al condenado al embargo de sus bienes y por el orden prevenido para el juicio ejecutivo, prescribiendo su artículo 922 que hechos los embargos, se pasará al avalúo y venta de los bienes en que consista, y al pago, en su caso, con entera sujeción a las reglas establecidas para el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo. Por último, el artículo 927 de la repetida Ley Procesal estatuye que si una sentencia contuviere condena al pago de una cantidad líquida y de otra ilíquida, podrá procederse a hacer efectiva la primera sin necesidad de esperar a que se liquide la segunda.

De la aplicación de la normativa legal consignada en el fundamento de derecho que antecede resulta la corrección con que se produjo el Juzgado al dictar el Auto de 29 de julio de 1985, cuya nulidad es lo que, en definitiva, se pretende con el recurso, pretensión de nulidad o carencia de efectos jurídicos, que no procede ni por la vía de supuestas infracciones de índole procesal, por demás inexistentes, ni por aplicación de lo dispuesto en el número 2.º del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habida cuenta de que la comparación de los términos del fallo de la sentencia firme consignados en el 2.º de los fundamentos de derecho de esta resolución y de los contenidos en el auto inicialmente recurrido no aparece que éste resolviera sobre puntos sustanciales “no decididos en la sentencia”, como se supone en el primer motivo del recurso, así como tampoco se produjera al verificar el pronunciamiento por el que adjudicaba los bienes inmuebles embargados a la entidad recurrente, a los demandados para pago del crédito que les había sido reconocido, “en contradicción con lo ejecutoriado”, como se aduce en los motivos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 6.º del recurso, al ser inadmisibles la tesis mantenida por la recurrente como apoyo de los motivos dichos de que la sentencia firme no contiene un pronunciamiento de condena de “cantidad líquida” a favor de los demandados y si meramente declarativo, como igualmente aquella otra que en patente contradicción con lo que la preceptiva contenida en el artículo 927 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece, viene a propugnar que los demandados no podían instar la ejecución de un pronunciamiento de condena al pago de una cantidad líquida, ya que si la actora podía compensar esta cantidad con el importe que acreditara por el pago de servicios que hubieran tenido que ser satisfechas por los demandados durante el período de vigencia del contrato que se resolvía “y que se acreditaron como únicos daños y perjuicios

que se estimaran justificados en período de ejecución de sentencia”, la misma al serle notificada la providencia dictada por el Juzgado el 17 de febrero de 1984, decretando a instancia de los demandados el embargo de sus bienes, pudo y debió hacer uso de la facultad que le concedía el artículo 928 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al haber sido favorecida por una condena de daños y perjuicios, sin fijar su importe en cantidad líquida, instando el pertinente procedimiento para su determinación y solicitando, al propio tiempo, que después de practicado el embargo de sus bienes que el proveído decretaba quedara en suspenso el procedimiento de apremio sobre los bienes trabados hasta la resolución del incidente en que, de existir, se concretaran en cantidad líquida los daños y perjuicios indemnizables. En consecuencia, al no haber incidido el auto impugnado en las infracciones del número 2.º del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que se le acusa en los seis meses que sirven de fundamento al recurso, procede la desestimación del mismo.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. REMISION DE MERCANCIAS A PORTES DEBIDOS (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1989).

En el juicio de cognición número 24/88, seguido por “S., S.A.”, con don Emilio C. P., ante el Juzgado de Distrito de Vitoria número 1, se recibió requerimiento de inhibición del señor Juez de Sanlúcar de Barrameda, pero tras los primeros contactos y a la vista del informe fiscal, el Juzgado de Sanlúcar terminó por dictar Auto de fecha 3 de mayo de 1988, en el que se desistió del requerimiento y aceptó la competencia del Juzgado de Vitoria. Dicho auto fue recurrido por el demandado, vecino de Sanlúcar, y en vez de admitirse la apelación y emplazarse a la recurrente ante el órgano decisor de la apelación conforme dispone el artículo 96 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 87, que fija la competencia del Juez de Primera Instancia, remitió Sanlúcar al Tribunal Supremo las actuaciones sin advertir que al Tribunal Supremo sólo se remiten las actuaciones cuando se plantee la cuestión de competencia, esto es, cuando los dos Juzgados, sin otro superior común, insisten en conocer o se niegan a conocer de un asunto. Recibidas las actuaciones en esta Sala, inadvertida la naturaleza procesal del caso, siguió tramitándose como si de verdadera cuestión de competencia positiva se tratase y solicitó del Juzgado de Vitoria la remisión de las actuaciones, en lugar de haber devuelto a Sanlúcar las indebidamente remitidas. Así los antecedentes, la Sala ha de optar entre la declaración de nulidad de lo actuado o si en aras de la economía procesal y del principio constitucional de tutela efectiva, que no se favorece retrasando más la determinación del órgano competente, conviene analizar qué órgano es el competente, solución ésta que acoge la Sala, con prevención expresa de que no constituye precedente, sino solución singular de un caso acorde con sus particulares circunstancias con los valores constitucionales.

Analizada la cuestión, y de conformidad con el dictamen fiscal, y a la vista del criterio mantenido, entre otras, por la Sentencia de 20 de junio de 1986, en la que precisamente también fue parte la hoy actora, se declara la competencia de Vitoria, puesto que la remisión de las mercancías “a portes debidos” según consta en las notas de pedido entraña que la entrega de la misma se produjo en Vitoria

y es aplicable entonces el fuero de dicho territorio conforme al artículo 62.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lugar donde comenzó a cumplirse el contrato, cualquiera que sea la vía utilizada para el pago.

R. DE A.

ARBITRAJE DE EQUIDAD. NULIDAD DEL LAUDO POR NOMBRAMIENTO DE UN ARBITRO POR LOS OTROS DOS. FALTA DE OPORTUNIDAD DE PROBAR POR UNA DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1989).

El presente recurso de nulidad de laudo dictado en arbitraje de equidad se articula por la entidad recurrente con fundamento en siete motivos, de los que los cinco primeros se deducen con amparo procesal en lo dispuesto en el número 1.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, postulándose con los mismos y por diversas razones la nulidad del compromiso; en el que se aduce como ordinal sexto, con sede en el número 3.º del citado artículo de la Ley Procesal, se tacha al laudo impugnado de haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión o que no podían ser objeto de arbitraje y, por último, en el motivo séptimo se arguye, como autoriza el número 4.º del repetido artículo 1.733, que los árbitros no habían concedido a la recurrente la posibilidad de ser oída o de presentar pruebas.

En el recurso frente al laudo de equidad, como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1988, el Tribunal Supremo es sólo Juez de la forma del juicio o de sus mínimas garantías formales, de tal manera que la revisión que opera es, según ya expreso la Sentencia de esta Sala de 13 de octubre de 1986, un juicio externo, en que la resolución que se produce deniega el recurso o bien, como en el recurso por quebrantamiento de forma, se limita a anular la sentencia que infringe los supuestos legales de su conformación y plasmación, pero no su decisión sustancial, dejando sin efecto el laudo o bien haciéndolo sólo en parte y con remisión a los interesados al procedimiento adecuado, doctrina que en recta aplicación al efecto de la resolución de los temas que el presente recurso plantea, impone el prioritario análisis de los que aducidos con amparo procesal en la preceptiva contenida en el número 1.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afectan a la observancia de los requisitos legales que han de adornar a la escritura pública en que se documentó por la entidad recurrente y los hoy aquí recurridos el compromiso arbitral, entre ellos los que al ir su inobservancia contra un mandato imperativo de la norma que los establece y trascender tanto a las propias estipulaciones de la escritura de compromiso como al ulterior desarrollo del procedimiento arbitral, son de por sí suficientes para determinar la nulidad del laudo objeto del presente recurso.

El artículo 22 de la Ley sobre Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953 establece que los árbitros habrán de ser designados, en todo caso, de común acuerdo y que no será válido el pacto de deferir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de ellos, precepto de indubitado carácter imperativo e inexcusable observancia en cuanto a la prohibición que contiene de "deferir" a un tercero la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de los árbitros y que, al estar, al propio tiempo, en íntima conexión con uno de los requisitos que ha de contener la escritura pública de compromiso, según también imperativo mandato del artículo 17 de la citada Ley, o sea, el de los nombres, profesión y domicilio de los árbitros, determina la

estimación del primer motivo del presente recurso en el que se aduce la vulneración en la escritura pública de 13 de octubre de 1983 por la que se formalizó el compromiso objeto de la presente controversia, del artículo 22 inicialmente mencionado, infracción que ciertamente se produjo, habida cuenta de que, tras designar cada uno de los compromitentes un árbitro, expresando su nombre y profesión, en la estipulación tercera establecen que "ambos árbitros designarán a un tercero también Arquitecto, de común acuerdo, en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la aceptación de sus cargos".

Aunque la estimación del motivo de nulidad antes analizado conlleva de por sí la consecuencia que determina el artículo 1.735 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de dejar sin efecto el laudo, también es procedente la acogida del motivo séptimo del recurso, al quedar patente del contenido literal del laudo impugnado que los árbitros no concedieron a la entidad aquí recurrente la oportunidad de ser oída o de presentar pruebas, infringiendo, como ya hubo de poner de relieve la Sentencia de esta Sala de 1 de diciembre de 1986, el principio de tutela jurídica efectiva que el artículo 24 de la Constitución Española consagra.

R. DE A.

ARBITRAJE DE EQUIDAD. JUICIO DECLARATIVO POSTERIOR SOBRE LA MISMA CONTROVERSIA: LIMITES (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1989).

En el escrito inicial de la litis, juicio de mayor cuantía, de que dimana este recurso de casación se suplicó por los demandantes, actuales recurrentes, la condena solidaria de los demandados a pagar a aquellos "la cantidad que resulte adeudar o declare la nulidad del laudo arbitral, si resulta imposible aclarar las dudas que el mismo plantea". El Juez de primera instancia, admitiendo la firmeza del laudo impugnada que recayó entre las partes a virtud de previa escritura de compromiso de 20 de mayo de 1981, condena a los demandados solidariamente "a la cantidad que resulte en ejecución de sentencia". En cambio, la sentencia ahora recurrida, con invocación del artículo 31 de la Ley de arbitrajes de 22 de diciembre de 1953 de derecho privado y aceptando también la firmeza del laudo, considera existente una inadecuación de procedimiento por no haber acudido a la ejecución prevista de dicho precepto, revoca la sentencia apelada y no entra a resolver sobre el fondo, absolviendo en la instancia a los demandados.

En el motivo primero del recurso, al amparo como los dos que le siguen, del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega "la violación por no aplicación correcta del artículo 31 de la Ley de arbitrajes privados de 22 de diciembre de 1953 en relación con los artículos 1.116 y 1.184 del Código Civil". Entiende el recurso en este punto que la prestación que le impone el laudo ha resultado imposible y que el laudo no ha llegado a ser firme. Afirmaciones ambas totalmente infundadas, y que originan la desestimación del motivo por las siguientes razones: a) Olvida esencialmente el recurso que la jurisdicción arbitral se basa en un contrato de derecho privado y va dirigida a la liquidación de una relación jurídica controvertida, de modo que la voluntad de las partes, una de las cuales son los recurrentes, es la única causa originadora del arbitraje. b) Concertado el contrato de derecho privado expresado y aceptado por los árbitros el encargo que se les hace, aquéllos pueden imponer su parecer a las partes y el laudo es obligatorio para ellas porque quisieron previamente que les obligara, por eso el artículo 18 de la Ley de arbitrajes citada establece que el

otorgamiento del compromiso obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado de acuerdo con las reglas generales de la contratación (arts. 1.278 y 1.258 del Código Civil principalmente), por lo que la validez y el cumplimiento de lo resuelto por los árbitros no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, que es lo que intenta en definitiva este recurso. c) Todo ello partiendo de la firmeza del laudo, cual sostienen ambas sentencias de instancia, y porque, aunque los árbitros en su punto 11 conceden a las partes un plazo de diez días hábiles para rectificaciones y aclaraciones, esta facultad no les fue concedida en la escritura de compromiso, y por tanto es ineficaz que la hayan utilizado, y ello porque, como esta Sala ha declarado reiteradamente (Sentencias entre otras de 13 de mayo de 1933, 28 de mayo de 1940, 10 de diciembre de 1942 y 14 de octubre de 1947), el arbitraje tiene la naturaleza y efectos propios del mandato, en cuya regulación se establece (arts. 1.719 y 1.727, párrafo 2, del Código Civil) que en la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante, sin que pueda excederse de ellas, salvo rectificación posterior, que en el caso debatido no tuvo lugar. d) Todo independientemente de que suscitar esta cuestión en casación de traer extemporáneamente a discusión una cuestión nueva que con anterioridad no fue alegada ni tratada.

En el motivo segundo, con idéntico amparo procesal, se alega la violación por no aplicación de los artículos 1.288 y 1.289 del Código Civil, en relación con el 31 de la Ley de Arbitrajes y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este motivo sigue partiendo el recurso de que el laudo no es firme, apreciación como ya se razonó totalmente infundada, y que desatiende lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Arbitrajes, además del artículo 1.256 del Código Civil, por intentar imponer al contrato de compromiso unas consecuencias improcedentes. Y sobre todo porque el laudo no es susceptible de más impugnación que la señalada en el recurso de nulidad (arts. 1.733 a 1.736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y su ejecución ha de hacerse no previo juicio declarativo, excluido por la propia naturaleza del arbitraje privado, sino según dispone el artículo 31 de la Ley de Arbitrajes. En consecuencia, este motivo ha de decaer igualmente.

El motivo tercero alega la infracción "por no aplicación de la jurisprudencia aplicable al caso debatido", sin citar como es preceptivo el cauce procesal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el que se formula este motivo. Ha de seguir la misma suerte desestimatoria de los anteriores, pues no tiene en cuenta que el procedimiento en caso de arbitraje de equidad no tiene que someterse a normas legales, ni que ajustarse a derecho en cuanto al fondo, siempre que los árbitros den oportunidad a las partes para oír las y presentar pruebas (art. 29 de la Ley de Arbitrajes de 1953), y una vez dictado el laudo esta Sala ha insistido en supuestos de recurso de nulidad (Sentencias, entre otras, de 16 de febrero de 1982, 4 de febrero de 1983, 14 de noviembre de 1984 y 15 de diciembre de 1987) en que el laudo no es enmendable ni corregible por deficiencias formales o por el sentido sustantivo de su fallo; el Tribunal ha de respetar las decisiones arbitrales en su misión de paz, como ha hecho la sentencia recurrida, sin exigirles interpretaciones rigoristas y sin equiparar el recurso con el ejercitable respecto de un arbitraje de derecho, so pena de desnaturalizar el de equidad, y si ello no puede servir de base al recurso de nulidad, propio de los laudos de equidad, menos es posible que en juicio declarativo posterior, como intenta el recurso presente de casación, se pretenda subsanar supuestos desperfectos del laudo trayendo otra vez a debate la totalidad de las cuestiones que las partes incluyeron en la escritura de compromiso, que ambas aceptaron y firmaron.

Por último, el motivo cuarto suscita una cuestión indebidamente traída a

casación, en cuanto no se indica por el cauce procesal que es formulada, ni con anterioridad fue objeto de la litis, y que debe ser desestimada, no sólo por esos defectos formales, sino porque la sentencia recurrida ha aplicado correctamente los artículos 523, párrafo 1.º, y 710, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que haya establecido razonamiento alguno por el cual dichos preceptos legales debieron dejar de aplicarse en el pleito sustanciado. En definitiva, la Sala *a quo* no hizo uso de la restringida discrecionalidad que la ley concede para no aplicar el principio del vencimiento en la imposición de las costas en ambas instancias.

R. DE A.

RECURSO DE AUDIENCIA AL REBELDE: PROCEDE NOTIFICACION IMPROPIA
(SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1989).

Procede estimar el único motivo en que se apoya el recurso de casación de que se trata, que la recurrente doña Josefa C. C., al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamenta en error en la apreciación de la prueba, que deduce de la certificación emitida por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Barcelona, que obra al folio 93 de los autos y resguardo de giro postal enviado por el recurrido don Melchor M. V., también obrante en los autos, a Casas de San Pedro en la provincia de Badajoz, cuando el juicio afectado por recurso de audiencia entablado fue seguido en Barcelona, porque evidenciado del contenido de dicha certificación que la sentencia en cuestión no fue publicada en el *Boletín Oficial* de la provincia, unido a la circunstancia de que don Melchor M. V., demandado en el recurso de audiencia de que se trata, no acredite causa imputable a doña Josefa C. C., demostrativa en tal especial recurso de que la cédula entregada a vecino de la casa de Barcelona en que fue designada su domicilio por el precitado demandado, ahora recurrente, le fuese entregada, por tratarse de un hecho negativo, y más cuando existe el dato con destino a ella desde Barcelona a Casas de San Pedro, en la provincia de Badajoz, en que dicha doña Josefa C. C. venía residiendo, claramente pone de manifiesto que se ha dado adecuado cumplimiento a las exigencias prevenidas en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para posibilitar audiencia contra sentencia dictada en rebeldía del demandado que hubiese sido emplazado por cédula entregada a vecino, que es el supuesto ahora producido, porque si, como viene acreditado, la sentencia aludida no fue publicada en el *Boletín Oficial* de la provincia, claro es que no se produjo el vencimiento del plazo de caducidad de ocho meses establecido en la circunstancia primera del precitado artículo 777, dado que para ello se habría precisado la posibilidad de cómputo inicial para producir el transcurso de dichos ocho meses, y cuya posibilidad no puede darse al no tener lugar el evento a que se supedita, cual es la mencionada publicación en el expresado *Boletín Oficial*.

En consecuencia, al declarar haber lugar a dicha audiencia, procede remitir certificación de esta sentencia, para su cumplimiento, al Juez de Primera Instancia número 15 de Barcelona que conoció del pleito afectado por el recurso de audiencia interpuesto, a tenor de lo prevenido en el párrafo primero del artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION. CADUCIDAD DEL PLAZO. NO SE TRATA DE DOCUMENTOS DESCONOCIDOS POR EL RECURRENTE. NO SON DECISIVOS PARA EL LITIGIO (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1989).

La representación procesal de don Luis E. B. interpone recurso de revisión contra la Sentencia de 30 de julio de 1987, dictada en apelación por el Juzgado de Primera Instancia de Potes, en la que se estimó una acción reivindicatoria sobre inmueble instada por doña Rosario S. E., de la que en primera instancia había conocido el Juzgado de Distrito de la misma población. Se fundamenta el recurso en considerar el recurrente que después de dictada aquella sentencia se han recobrado documentos decisivos retenidos por fuerza mayor (causa 1.ª del art. 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Hace consistir la demanda esta causa en haber seguido un pleito en 1968 el ahora recurrente contra don Isidoro C. P., que dice versó sobre el mismo inmueble, en cuya Sentencia de 28 de enero de 1968 se le reconoció como dueño de aquel inmueble. Manifiesta el recurrente que por el mucho tiempo transcurrido no recordaba tal litigio, olvido acrecentado por hallarse enfermo.

El recurso en cuestión no es de estimar en modo alguno. En primer lugar, no ha sido presentado dentro del tiempo o plazo que señala el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, dentro de los tres meses contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos, ya que en realidad, tratándose el supuesto nuevo documento de la sentencia de un litigio en que fue parte el actual recurrente, hay que presumir que no había olvidado el suceso de haber tenido un litigio aunque fuera diecinueve años antes, de modo que no puede señalarse un comienzo de plazo que el propio recurrente arbitrariamente fija y respecto de documentos que no desconocía, ni pueden estimarse decisivos como la ley exige.

Tampoco concurre la causa invocada, 1.ª del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues es evidente que no se trata de documentos recobrados, ya que se hallaban en Registro público, no se acredita en forma alguna que fueran decisivos para el litigio siguiente, ya que al pronto se observa que el demandado en aquel litigio no es quien fue demandante en el segundo. Tampoco consta que el supuesto documento decisivo haya sido retenido por fuerza mayor, ni por obra de la parte en cuyo favor se ha dictado la segunda sentencia. No puede hablarse tampoco de documento que el recurrente haya perdido, ya que su original se halla en un Registro u oficina pública, como es la Secretaría de un Juzgado de Distrito, ni de documento que no haya podido aportar, por la misma razón.

La desestimación del recurso objeto de resolución viene impuesta por la constante doctrina de esta Sala en supuestos análogos, en que se ha declarado que no procede la revisión cuando la documentación se fija como base fundadora del recurso ejercitado estuvo a la entera disposición del recurrente durante todo el proceso que desembocó en la sentencia que impugna (Sentencia de 3 de marzo de 1987). No se trata de documentos que hayan sido retenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia firme, y menos, como ya se deja indicado, pueden considerarse los aludidos documentos decisivos recobrados, como exige, entre otras muchas, la Sentencia de 15 de diciembre de 1987. En todo caso el documento alegado pudo haber sido antes de la firmeza de la sentencia (Sentencia de 16 de julio de 1986). Todo ello, aun sin acudir a la interpretación restrictiva que hay que dar al recurso de

revisión, dado su carácter extraordinario y excepcional, que no procede sino cuando cabalmente concurre alguna de las circunstancias taxativamente determinadas en el artículo 1.796 de la Ley Procesal.

R. DE A.

ARBITRAJE DE DERECHO. AUSENCIA DE LOS ANTECEDENTES EN LOS AUTOS DE CASACION. ERROR DE HECHO (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1989).

Formalizado judicialmente compromiso de arbitraje de derecho, se interpone el presente recurso contra el laudo emitido el 4 de enero de 1988, pretendiendo ambas partes, "I. L. N., S.A." y don Angel L. P., su casación.

El primer motivo planteado por "I. L. N., S.A.", se formula "al amparo de lo establecido en el artículo 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba basada en los documentos que obran en autos que en el desarrollo de este motivo se expresan" y pretende combatir el pronunciamiento A) del Laudo, en cuanto dice literalmente: "El contrato celebrado entre las partes con fecha 1 de enero de 1981 ha sido resuelto unilateralmente y sin causa justificada por «I. L. N., S.A.»; en el desarrollo se refiere a las estipulaciones segunda, apartado e), y tercera, apartado g), en sus párrafos 4.º y 5.º, recogidas en las páginas 17 y 18 del Laudo, e impugna las razones esgrimidas por el árbitro para llegar a dicho fallo (declaración de un testigo, informe pericial, funcionamiento en las respectivas contabilidades de una cuenta corriente, cobro de intereses...). Lo que en realidad se pretende es una nueva valoración de pruebas que ni siquiera obran originales, sino por la referencia que a ellas hace la resolución, que no puede constituir por sí misma el documento a que se refiere el ordinal citado, aparte de que no se ha aportado "testimonio de los antecedentes que hayan conducido a dictar el laudo, siempre que hubieren sido protocolizados, con el laudo, ante Notario" (art. 1.731 LEC); y como el contrato, que tampoco obra en el recurso, ya ha sido examinado por el juzgador de instancia, que lo pondera en unión de todas las demás pruebas practicadas, resulta inhábil para servir de soporte al motivo que nos ocupa (SS. de 29 de diciembre de 1984, 10 y 18 de enero de 1985, 24 de octubre de 1986 y 7 de julio de 1988, que cita las anteriores); no siendo la casación una nueva instancia y faltando incluso las actuaciones originales, cual se ha dicho, es obvio que procede su desestimación, al igual que la del motivo tercero, en el que, con idéntica finalidad y amparándose ahora en el ordinal 5.º del precepto procesal, se alega la infracción del artículo 1.281, párrafo primero del C. Civil, afirmándose que el laudo interpreta erróneamente las cláusulas del contrato al sentar que "el señor L. no ha incurrido en incumplimiento motivador de la resolución, teniendo en cuenta la gran dificultad y complejidad en la liquidación de cuentas entre las partes", pues es también doctrina reiterada que la interpretación de los contratos constituye facultad exclusiva del juzgador y ha de respetarse en casación, salvo que conduzca a exégesis ilógicas o que conculquen preceptos legales, debiendo ser mantenida incluso en aquellos supuestos en que quepa alguna duda acerca de la exactitud de la interpretación (SS. de 10 y 25 de enero, 5 de febrero, 11 y 14 de marzo, 26 de abril, 10 y 19 de junio, 23 y 26 de julio, 26 de septiembre, 6 y 13 de noviembre, 9 y 18 de diciembre, todas de 1985, citadas en la de 7 de julio de 1988), duda que no existe en el caso que nos ocupa, en el que el árbitro valora no sólo el tan aludido contrato, sino también la conducta de las partes.

Menos razón aún asiste al motivo tercero, en el que "I.", con cita del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, denuncia infracción del artículo 27, normas 6.ª y 1.ª, de la Ley de 22 de diciembre de 1953, en el sentido de que si en ésta se señala un plazo para que las partes formulen por escrito sus pretensiones y en aquélla se dice que el árbitro dictará su laudo "sobre cada uno de los puntos sometidos a su decisión", se debería haber declarado que el señor L. había resuelto el contrato unilateralmente al enviar la carta de 30 de octubre de 1986, pues que a ello se había referido la propia "I." en la formalización judicial del arbitraje y en el escrito concretando sus pretensiones; mas es lo cierto que "I." se opuso primero a la formalización judicial y después lo único que sometió al fallo arbitral fue "si la falta de pago o el retraso en el mismo, es suficiente, según el contrato, para la rescisión automática de éste", sin mayor aclaración al precisar por escrito sus pretensiones, de tal manera que se invierten las cosas y de sostener ella la resolución automática del contrato por no pagar al señor L. se pretende ahora que éste ya lo había dado por resuelto con aquella carta, cambio de pretensión y cuestión nueva, impropias de recurso como el que nos ocupa, que tampoco permiten achacar al laudo incongruencia por *infra petita* y que, en último caso, sólo podía encauzarse por el número 3 del artículo 1.692.

El motivo cuarto se formula al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la LEC, por inaplicación del párrafo 1.º del artículo 1.124 del CC, ya que la única causa de resolución pormenorizada en el contrato era, sigue diciendo el recurrente, la impuntualidad (sic) en el pago [estipulación tercera, apartado g) y estipulación segunda apartado e)]. Vuelve a intentar superponer su interpretación contractual a la del árbitro, cuando éste dejó sentado, después de una interpretación conjunta de la prueba, que "I." no podía dar resuelto unilateralmente el contrato, dado que las liquidaciones previstas no se llevaban a cabo tal como se había establecido en el mismo, por la complejidad de las cuentas, que hacía imposible cerrarlas en las fechas señaladas, creándose o poniéndose en funcionamiento en las respectivas contabilidades una cuenta corriente, con haber y debe, que tuvo vigencia durante todo el tiempo en que funcionaron las relaciones comerciales, pasándose al señor L. diversos cargos por intereses devengados en las demoras de reposición de fondos, siendo en tal situación cuando (11 de noviembre de 1986) se le comunica que se da por rescindido, aparte de que, según la propia jurisprudencia que se cita en el laudo, se exigía como previa a la resolución la intervención de un árbitro, nombrado de común acuerdo, que había de concretar si se había actuado con negligencia en el cumplimiento del contrato, lo que excluía la decisión unilateral e interesada con que había procedido "I." y, en definitiva, la resolución automática, extremos plenamente compatibles, dada la autonomía de la voluntad, con el precepto que se considera inaplicado, debiendo decaer el motivo.

Y no mejor suerte ha de seguir el último, en el que se impugnan las conclusiones liquidatorias contenidas en el laudo, con pretendido amparo en el número 4.º del artículo 1.692 de la LEC, "por error en la apreciación de la prueba que resulta en los documentos que en el transcurso del presente motivo se expondrán", siendo así que en el desarrollo no se cita un solo documento, haciendo referencia a diferentes apartados del laudo que, a su vez, recogen parciales referencias al dictamen pericial, sobre lo que se pretende una nueva valoración de esta Sala, como si de nueva instancia se tratase y prescindiendo de las exigencias documentales que el motivo se basa.

El recurso formulado por el señor L. incide en los mismos vicios casacionales que se achacan a "I."; y así, el primer motivo lo funda en el número 4.º del

artículo 1.692 de la LEC y acusa error de hecho en la apreciación de la prueba “basado en los documentos que obran en autos que en el curso de este motivo se dirán”, sin que luego se haga referencia a tales documentos, pues no lo son a efectos casacionales los propios escritos de alegaciones de las partes ni la resolución recurrida, de los que se pretende obtener la conclusión de que al fijar el árbitro los daños y perjuicios en 30 millones debió después aplicar la sanción penal del duplo, sin que sea válida la afirmación de que en el escrito planteando sus pretensiones no se alude a dicha cláusula penal y solamente se hace en el escrito de conclusiones, variando realmente la pretensión. No se sabe si tales escritos se recogen de modo literal o no en el laudo, ni en el mismo se alude al de conclusiones más que para decir que fue formulado, razones que obligan igualmente a rechazar el motivo segundo que acusa error de derecho en la apreciación de la prueba con infracción de los artículos 1.218 y 1.225 del C. Civil, cuando no consta aportado el contrato y el auto de formalización del compromiso tampoco lo recoge en su integridad, lo que conlleva igualmente la desestimación del motivo tercero, que denuncia infracción de los artículos 1.281, 1.282 y 1.285 del CC, obligando, por el contrario, a mantener la interpretación del árbitro. Idéntico razonamiento es de aplicar al motivo cuarto, en el que se aduce infracción de los artículos 7, 8, 9 y 12 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 por no resolver el árbitro sobre la sanción penal del duplo de los perjuicios, ya que dice no le fue planteada Y no mejor suerte han de seguir los motivos quinto y sexto, en los que se denuncia infracción de los artículos 1.101, 1.091 y 1.152 del C. Civil, dado que, sobre lo que se viene exponiendo, el juzgador tiene libertad de criterio para la equitativa fijación de la cuantía reparadora del daño (art. 1.154) y se afirma por el árbitro que no hubo real incumplimiento por ninguna de las partes.

El último de los motivos formulados por la representación del señor L. se ampara en el número 3.º del artículo 1.692 de la LEC y denuncia infracción del artículo 359 del propio texto legal, por incurrir el laudo, sigue diciendo el recurrente, en falta de claridad y precisión, al no saberse si el no aplicar la sanción penal del duplo de los daños se debe a que estima no existe auténtico incumplimiento o a que no le fue planteada tal pretensión. El decaimiento del motivo se produce porque el árbitro realiza la doble afirmación y decide todos los puntos litigiosos objeto del debate, sin que al así hacerlo pueda achacarse al laudo incongruencia.

R. DE A.

ARBITRAJE DE EQUITAD: NOMBRAMIENTO DE ARBITRO POR UN TERCERO. OPORTUNIDAD DE PRESENTAR PRUEBAS (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1989).

El motivo primero de este recurso de nulidad contra laudo dictado en arbitraje de equidad se formula al amparo del apartado 1.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por nulidad de la formalización judicial del arbitraje. Dice la recurrente que “la formalización judicial del arbitraje es nula, por haber sido nombrado el tercer árbitro, no de común acuerdo por las partes, sino por un tercero”, “seguido el procedimiento por todos sus trámites, el Juez de Primera Instancia número 1 de los de Granollers nombró como árbitros a los dos propuestos, cada uno de ellos, por las partes, y mutuamente aceptados, imponiendo

como tercer árbitro al Catedrático de Derecho Mercantil"; esta parte recurrente sostiene "que el Juez debiera de haber actuado en el caso de que las partes no se hubieren puesto de acuerdo, insaculando en el mismo acto los nombres de los tres árbitros, por lo menos, por cada uno de los hubieran de ser elegidos, tal y como está previsto en el artículo 616 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el nombramiento de peritos" y entiende era aplicable el artículo 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, reguladora de los Arbitrajes de Derecho Privado, según el cual, "los árbitros habrán de ser designados, en todo caso, de común acuerdo. No será válido el pacto de deferir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de ellos". En la legislación anterior a la Ley de 22 de diciembre de 1953, el contrato preliminar de arbitraje no llevaba consigo la obligación positiva de instituirlo concretamente, ni la posibilidad de acudir al Juez para que lo haga en defecto de la parte que incumpla esta obligación; frente a esta situación, la Ley de 1953, siguiendo la doctrina más moderna y el criterio mantenido por algunas legislaciones extranjeras, "se decide rotundamente, dice su exposición de motivos, por una posibilidad de ejecución específica, mediante la institución de lo que se llama formalización judicial del compromiso, que, como su nombre indica, consiste en la intervención del Juez para obligar a la parte que se niegue, expresa o tácitamente, a cumplir con su convenio primitivo, a estar y pasar por el mismo o, en su defecto, por las declaraciones que el Juez emita en su lugar". Regulada la formalización judicial del compromiso en el artículo 10 de la Ley de 1953, su párrafo 4.º, apartado segundo, impone al Juez la obligación, para el caso de haber lugar a la formalización del compromiso, de hacer las declaraciones que sean necesarias, "entre ellas el nombramiento de árbitros", actuando el Juez, no como representante o mandatario de las partes, sino en el ejercicio de su función jurisdiccional, como un órgano del Poder público cuyas resoluciones valen, no por el consentimiento que a ellas presten los litigantes, sino por ser emanación de la soberanía del Estado; por ello, la designación del árbitro o árbitros realizada por el Juez en el ejercicio de la *potestas imperium* que le está atribuida, se impone a la voluntad de las partes y no está sometida, como pretende la recurrente, a las normas del artículo 616 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la designación de peritos, en que la actuación del Juez suple la falta de acuerdo de las partes. En consecuencia, procede desestimar el motivo de nulidad examinado porque como dijo la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 1987, "la norma del artículo 22 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, invocada como infringida, se refiere evidentemente a los supuestos normales en que no haya de seguirse el proceso especial de formalización judicial de arbitraje".

El segundo motivo del recurso se formula al amparo del número 4.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haber concedido los árbitros a la recurrente la oportunidad de presentar pruebas. Se fundamenta el motivo en cuestiones sometidas al arbitraje. De todo ello se pone de manifiesto la inconsistencia de este motivo de nulidad; el artículo 29 de la Ley de Arbitrajes de 1953 establece que "el procedimiento, en caso de arbitraje de equidad, no tendrá que someterse a formas legales, ni ajustarse a derecho en cuanto al fondo", y de esta no exigencia de formalismo, resulta que los árbitros practicarán aquellas pruebas que estimen oportunas y no pueden ser obligados a practicar otras por imposición de ninguna de las partes, debiendo tenerse en cuenta que al no existir en este procedimiento trámite de oposición, es necesario que los compromitentes propongan toda la prueba que les interese al formular sus alegaciones; concedido por los árbitros a las partes plazo para formular alegaciones

y proponer toda clase de pruebas, observaron aquéllos el principio de contradicción sancionado por el artículo 29 en segundo párrafo, sin que se haya producido, en consecuencia, vulneración del derecho de la recurrente a la aportación de las pruebas necesarias a su defensa ni indefensión para ella ya que pudo defenderse suficientemente en el procedimiento arbitral y si no lo hizo, fue por su propia omisión al dejar transcurrir el plazo que, al igual que la otra parte, le fue concedida para proponer toda la prueba que le interese, proponiendo extemporáneamente y cuando los árbitros se encontraban ya deliberando sobre las cuestiones sometidas a su juicio, las pruebas a que se refiere el motivo, petición que, como se ha dicho, no era vinculante para aquéllos.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. LETRAS DOMICILIADAS EN DETERMINADA LOCALIDAD. IRRELEVANCIA DE LA CLAUSULA DE SUMISION INSERTA EN EL CONTRATO CAUSAL (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1988).

Un detenido estudio de las actuaciones nos lleva a la necesaria conclusión de que, tal y como se informa por el Ministerio Fiscal, procede decidir la cuestión de competencia en favor del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Bilbao, toda vez que la litis se ejercita una acción ejecutiva basada en letras de cambio domiciliadas en dicha capital, donde además fueron protestadas, sin que, por otra parte, pueda entrar en juego una pretendida cláusula de sumisión incluida en el contrato causal, que ni puede alterar la competencia de un proceso ejecutivo cambiario, ni es clara tampoco su aceptación por las partes, al constar en el reverso de un contrato, que sólo parece firmado por la casa primera.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. RECLAMACION DE HONORARIOS DE LETRADO, A TRAVES DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO: DOMICILIO DEL DEMANDADO (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1988).

Creado, como tiene dicho este Tribunal, en sentencias que, como la de 5 de octubre de 1970, resalta el auto del Juzgado de Primera Instancia de Elda, el procedimiento especial de los artículos 7, 8 y 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para evitar a los Procuradores y Letrados tener que acudir a la vía declarativa ordinaria para obtener la satisfacción de sus honorarios, procedimiento que convierte en requerimiento judicial de pago, la pretensión de dichos profesionales y que da lugar a la apertura de la vía de apremio, si no se paga dentro del plazo para ello concedido, ya que en el procedimiento citado, gozan de la categoría de título ejecutivo determinados documentos emanados de los profesionales interesados frente a cuya eficacia no cabe, en general, que el deudor requerido formule oposición de fondo al pago, ni que, en el proceso abierto, se hagan declaraciones de derecho, la circunstancia de que, en el caso presente, se haya eludido por el letrado reclamante, la utilización de este procedimiento especial privilegiado y si puesto en marcha, para pedir la cantidad que supuestamente le adeuda el demandado, por consecuencia de la prestación al mismo

de determinados servicios profesionales, el procedimiento ordinario correspondiente a la cuantía, proceso éste en el que el demandado ha negado la existencia de la relación arrendaticia, por ahora no acreditada, que constituye el soporte de la acción que se ejercita es evidente que, a falta de todo acreditamiento documental de la certidumbre de esta relación y ausente, asimismo, toda sumisión de la parte contra la que la acción personal se dirige, ha de aplicarse la regla del artículo 62-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (SS. de 22 y 28 de enero de 1980) y declarar, en consecuencia, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, competente para conocer de la demanda interpuesta al Juzgado del domicilio del demandado, en este caso el de Distrito de Elda (Alicante), sin que, por otra parte, sea procedente hacer declaración especial en materia de costas del incidente.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION: NO PUEDE FUNDARSE EN DOCUMENTOS POSTERIORES A LA SENTENCIA CUYA REVISION SE PIDE (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1989).

La impugnación de la sentencia firme dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Albacete el 23 de septiembre de 1986, hecha por el condenado en la misma al amparo del número 1.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocando como documento decisivo a los efectos de la revisión pretendida las Resoluciones de 27 y 31 de octubre de 1986 de la Dirección Regional de Urbanismo, Arquitectura y Vivienda —Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de la Comunidad Autónoma de Murcia—, en cuanto que tales documentos, al poner de relieve —dice el recurrente— la subsistencia y trascendencia de los defectos constructivos del inmueble objeto del contrato de compraventa, resuelto por aquella sentencia a petición del vendedor demandante por falta de pago del precio, hubieren determinado la apreciación por el juzgador de la situación de incumplimiento del contrato por parte del vendedor, por ello inhabilitado para postular la resolución de la compraventa al amparo del artículo 1.124 del Código Civil, resolución que obtuvo, insiste el demandante de revisión, por el error en que incidió la Sala sentenciadora, al estimar reparados tales defectos, dicha impugnación plantea una tesis absolutamente inestimable no sólo porque omite las prolijas fundamentaciones y valoraciones de prueba hechas en la instancia, para sentar la conclusión de que el vendedor “actuó de forma correcta y adecuada” y silencia que allí, en el proceso ordinario, pudieron quedar acreditados los mismos extremos que en este excepcional recurso pretende replantear, sino sobre todo porque, al margen de la veracidad intrínseca que la decisión ataca encierre, ni a la naturaleza del proceso revisorio ni el texto del número 1.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permiten atacar la inmutabilidad del pronunciamiento judicial firme, partiendo de valorar el contenido de un documento producido con posterioridad a la decisión jurisdiccional que se ataca, ya que en tal caso, ni lógica ni gramaticalmente puede decirse que se trata de documentos que han sido “recobrados” y hasta entonces “detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor (la sentencia) se hubiese dictado”, que es lo que literalmente exige el precepto legal invocado para fundar el recurso que por, cuanto se dice, ha de ser declarado improcedente

de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, y con el efecto, en cuanto a costas, de su imposición y pérdida del depósito que prevé el artículo 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

RECURSO DE REVISIÓN: CARÁCTER Y REQUISITOS DE EJERCICIO. COMPUTO DEL PLAZO DE TRES MESES (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1988).

La resolución de los temas que el presente recurso extraordinario de revisión plantea, requiere dejar constancia de la doctrina sancionada con harta reiteración por la jurisprudencia de esta Sala, puntualmente resumida con claridad y precisión en su Sentencia de 9 de diciembre de 1987, poniendo de relieve que dado su carácter excepcional aparece limitado en su alcance, condiciones para su ejercicio y plazo para interponerlo por la normativa contenida en los artículos 1.796 a 1.800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es de inexcusable observancia, sin que resulte posible extenderlo a casos o supuestos distintos a los taxativamente previstos en esas disposiciones, debiendo verificarse la interpretación de dichos supuestos con carácter restrictivo, interponiendo el recurso dentro del plazo de tres meses contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude, o desde el día del reconocimiento o la declaración de falsedad (art. 1.798), lo que, a su vez, requiere de manera inexcusable la fijación por el recurrente del elemento temporal —*dies a quo*—, a todo lo que es de añadir que “la maquinación fraudulenta exige una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo por medio de argucias, artificios o ardises encaminados a impedir la defensa del adversario, de suerte que exista nexo causal eficiente entre el proceso malicioso y la resolución judicial, y ha de resultar de hechos ajenos al pleito pero no de los alegados y discutidos en él”.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial puesta de relieve en el fundamento de derecho que antecede al supuesto aquí enjuiciado, hace procedente, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso, por cuanto: a) El recurso de revisión se ampara en el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aduciendo que la sentencia firme cuya rescisión se pretende había sido ganada injustamente en virtud de maquinación fraudulenta, según se concreta en el 3.º de los fundamentos de derecho de la demanda, pero que el conocimiento del supuesto fraude al efecto de constituir la raíz de inicio para el cómputo del plazo de caducidad que el artículo 1.798 de la propia ley, establece, se situaba según concreta alegación que contiene, al referirse a los requisitos legales y bajo el título “Interposición del recurso de revisión en tiempo hábil”, en la fecha de la certificación expedida el día 28 de enero de 1987, por un funcionario del Ayuntamiento de la Villa de Azpeitia, que como documento número 1 se acompaña con la demanda de revisión, documento con respecto al que aduce textualmente en el hecho cuarto de la misma que era “en el que esta parte fundamenta el presente recurso de revisión”, alegación equivoca en cuanto también puede significar que la documento en cuestión haya que concederle la categoría de los “recobrados” a que el número 1.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se contrae, y como del aportado resulta que la certificación se expide “en relación con la consulta efectuada por don Ignacio A. V.” al Ayuntamiento de Azpeitia y su

contenido se circunscribe a consignar el *informe* que el Arquitecto municipal emitió en relación con dicha consulta, es visto que ni puede concedérsele la categoría de documento decisivo, detenido por fuerza mayor, o por obra de la parte a cuyo favor se dictó la sentencia firme, ni a efectos del plazo de caducidad de tres meses a que antes se ha hecho mérito la raíz del inicio para su cómputo pueda situarse en la fecha de 28 de enero de 1987 pretendida por el recurrente, habida cuenta de que como consta en el documento dicho el "informe" fue emitido el día 30 de septiembre de 1986 a instancia, como se ha expresado, de don Ignacio A. V., hijo del recurrente don Lucio según consta en el tercero de los fundamentos de derecho de la sentencia que en su día dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona en el pleito principal, y de ahí que el *dies a quo* para dicho cómputo haya de situarse cuando menos en la última citada fecha o bien en el "día hábil siguiente al 18 de junio de 1986 en que en el Juzgado de Azpeitia se notificó al Procurador don Lucio A. la llegada de las actuaciones y pertinente "Ejecutoria", de todo lo que resulta evidente que la pretensión de revisión, fechada el día 22 de abril de 1987, fue deducida extemporáneamente, y b) aún prescindiendo de la procedencia del rechazo del recurso, que la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina, la maquinación fraudulenta en que el mismo se fundamenta se hace derivar de lo que resulta de actuaciones practicadas en el litigio donde recayó la sentencia firme cuya rescisión se pretende, según se especifica en el hecho "quinto" de la demanda de revisión, ya que no puede estimarse que la certificación expedida por funcionario del Ayuntamiento de Azpeitia a instancia de don Ignacio A. se refiera a hechos ajenos a lo que fue alegado y discutido en el pleito principal.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION: OCULTACION MALICIOSA DE DOCUMENTO
(SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1989).

Estamos en presencia de un recurso de revisión que obviamente es de naturaleza excepcional y que ha de interpretarse con criterio restrictivo cuidando que el caso de que se trate encaje en alguno de los supuestos que taxativamente prevé y recoge el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso de autos procede y ha de estimarse sin embargo la revisión solicitada por cuanto que el documento "reaparecido" al que se refiere el recurrente en revisión efectivamente fue retenido por la parte interesada en su ocultación, para evitar así que obrara en autos, pues ello inexorablemente supondría y significaría la clarificación definitiva y decisiva para que el juzgador de instancia pudiera resolver de acuerdo con el contenido inequívoco del mismo y en perjuicio de las alegaciones y razonamientos de esa parte, que sostuvo, en contra de dicho documento de contenido inequívoco respecto a cuestión decisiva del pleito, la existencia de una compraventa que no documentó precisamente porque el repetido documento retenido ponía de relieve, sin lugar a duda alguna, que lo que se había operado en su día no había sido una compraventa sino la cesión o cancelación de un crédito.

La Sala entiende que la parte incurrió en una actitud maliciosa que debe incluirse dentro del supuesto de "maquinación fraudulenta" que contempla el número 4 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que se contrae a esa tergiversación fraudulenta del título de su pretendida propiedad que no

era tal, reteniendo al efecto el documento correspondiente de carácter decisivo que de modo frontal e inequívoco contradecía sus alegaciones maliciosamente amparadas en aquella ocultación.

No se trata pues de afirmar por la Sala que las partes estén obligadas a aportar al proceso documentos que afecten negativamente a su mejor defensa, pues hasta ahí no llega ciertamente el concepto de lealtad procesal, pero cosa distinta es la presente actitud maliciosa de la parte respecto a un documento decisivo que retiene y contradice sus afirmaciones incurriendo en fraude manifiesto, cual aquí acontece.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION: MAQUINACION FRAUDULENTO PARA GANAR SENTENCIA (OCULTAR EL DOMICILIO DE LOS DEMANDADOS) (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1988).

Se recurre, en revisión, la sentencia dictada por el Juzgado de Distrito número 6 de Bilbao, de 6 de junio de 1987, en la cual se estimaba la demanda interpuesta por la hoy recurrida y condenaba a los demandados rebeldes, en paradero desconocido, a la elevación a escritura pública del contrato de venta de una finca urbana a la actora, según documento privado de fecha 9 de octubre de 1976.

El recurso se apoya en el artículo 1.796-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que, conociendo la demandante hoy recurrida el hecho de la muerte del causante de las demandados y el domicilio de éstos, en Santander, demandó, en Bilbao, al acusante y a los desconocidos interesados en la herencia yacente de aquél, si hubiera fallecido.

Toda la prueba practicada demuestra que el demandado principal murió en 13 de junio de 1980 y que, antes de su muerte ya surgieron cuestiones judiciales entre sus familiares, en las que intervino la hoy recurrida, cuyo asesoramiento legal fue dirigido por personas que conocían el domicilio de los hoy demandados, tal como resulta de los documentos 12 y 13 y, especialmente de la confesión judicial al absolver la recurrida las posiciones planteadas por los recurrentes.

Por lo tanto, se ha provocado una rebeldía de los demandados sin base real, constituyéndolos en una situación de indefensión, conducta que una constante doctrina legal, encuadra la maquinación fraudulenta alegada.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION: REQUISITOS PARA EL EXITO DEL MISMO (DOCTRINA GENERAL) (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1988).

Son base especial para fallar el presente recurso, los siguientes hechos: 1.º Mediante papeleta de conciliación, doña Pastora N. L. requirió a don Andrés M. F. y su esposa doña Pastora F. N. para que se avinieran a recoger el dinero que les adeudaba y por el cual les había firmado un documento privado de préstamo, devolviéndole dicho documento o dándole carta de pago por la cantidad adeudada, debiendo exhibir el documento y hacer cuentas a presencia judicial; celebrado el acto en 14 de noviembre de 1984, le contestaron que lo firmado había

sido un documento privado de compraventa con pacto de retracto convencional, sin que la vendedora hubiera ejercitado su derecho en el plazo fijado de diez años; insistió la conciliante en que lo existente era un contrato de préstamo y otro de arrendamiento y que, como querían exhibirle el referido contrato, se reservaba el ejercicio de las acciones para pedir la nulidad de la pretendida compraventa con pacto de retro. 2.º Cumpliendo lo anunciado, doña Pastora N. presentó demanda en juicio de cognición, suplicando: Se declarase nulo e inexistente el contrato de compraventa con pacto de retro, formalizado en documento privado de 23 de julio de 1974, por tratarse de una simulación que encubría un contrato de préstamo con garantía real, y nulas e ineficaces las transmisiones posteriores que se fundaren en el propio documento; opuestos los demandados, se les requirió en fase probatoria para que presentasen el tan referido documento, realizándose idéntico requerimiento a su Letrado, sin que por ninguno de ellos se le prestase cumplimiento, por lo que se les volvió a requerir a virtud de mejor proveer, que alcanzó idéntico resultado, siendo de significar que ya anteriormente, en diligencias preparatorias de juicio ante el propio Juzgado de Distrito de Corcubión, se había solicitado la presentación del contrato, sin obtener mejor suerte. 3.º Expresado Juzgado, por Sentencia de 6 de octubre de 1986, declaró que los demandados ocupaban la casa y demás dependencias (las que se decían objeto del contrato) en calidad de arrendatarios por la renta o merced de 1.000 pesetas mensuales (extremo que no se había solicitado), absolviéndolos de los demás pedimentos. 4.º Apelaron únicamente los demandados, conformándose la actora con tal sentencia, y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña, por la suya de 18 de diciembre de 1986, puso de manifiesto la incongruencia en que había incidido el Juzgado al realizar pronunciamientos no peticionados por los litigantes, revocó su resolución en tal punto, pero, lejos de confirmarla sin mayor razonamiento en el resto, pues que había quedado firme, entró a conocer sobre la nulidad postulada en la primera instancia y “desestimó la demanda”. 5.º Ambos órganos jurisdiccionales acusaban la falta de prueba que implicaba la no aportación del documento de 23 de julio de 1974. 6.º En diligencias previas de carácter penal, seguidas con el número 19/1987 ante el Juzgado de Instrucción de Corcubión, presentaron los cónyuges don Andrés M. F. y doña Pastora F. N., el 20 de febrero de 1987, el tan repetido contrato de compraventa con pacto de retro, a ejercitar en el plazo de diez años, prorrogables mediante acuerdo de las partes, otorgado el 23 de julio de 1974. 7.º El 18 de mayo de 1987 presentó la representación de doña Pastora N. L. recurso de revisión contra la sentencia de la Audiencia de La Coruña, con base en el apartado 1.º del artículo 1.796 de la LEC.

Después de lo expuesto, parece obviamente innecesario repetir cuál es la doctrina reiterada y constante de esta Sala sobre el recurso de revisión; no obstante, se vuelve a repetir: a) Que, dado el carácter extraordinario y excepcional, aparece limitado en su alcance, condiciones precisas y plazo para su ejercicio por la normativa, de inexcusable observancia, contenida en los artículos 1.796 a 1.800 de la LEC, sin posibilidad de extenderlo a casos o supuestos distintos de los en ella taxativamente señalados (SS de 1 y 15 de febrero, 8 de junio y 21 de octubre de 1982); b) La interpretación de dichos supuestos ha de realizarse con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlo a casos no especificados en el texto legal, para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada, que no puede ponerse en entredicho (SS de 13 de abril y 25 de mayo de 1981 y 8 de mayo y 8 de junio de 1982), cual se recoge en la Sentencia de 3 de

octubre de 1987; c) No es una última instancia, ni este remedio formal puede servir para subsanar las diferencias procedimentales que pudo reparar la parte ya que, rigiendo el principio dispositivo, al ejercitarse una facultad, se ha de pechar con las consecuencias perjudiciales o cargas que de ello se derive. Y aplicando la anterior doctrina al supuesto contemplado, resulta que se alega como causa de revisión la 1.ª del artículo 1.796, consistente en haberse recobrado documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor, o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia, siendo así que el Juzgado de Distrito concedió a doña Pastora N. L. algo que no había pedido, pero le denegó la solicitada nulidad, por simulación, del contrato privado de 23 de julio de 1974, sin que dicha actora se alzara contra tal pronunciamiento, cuando el Tribunal de apelación sólo puede conocer de los extremos a que ésta se contraiga, pues los que no fueron objeto de ella quedaron firmes, al estar aceptados por la apelada, que no se adhirió al recurso, en el que pedía la práctica de prueba que, por ella solicitada en la primera instancia, no se había realizado por causas que no le eran imputables, cual la aportación del documento de 23 de julio de 1974; si, pues, no utilizó, pudiendo hacerlo, los recursos ordinarios que las leyes le otorgaban, tampoco puede pretender la revisión de una sentencia (la del Juzgado de Distrito) que, en lo que ahora importa, alcanzó firmeza con su conformidad y conducta pasiva, sin la cual podía haberse “recuperado” el documento, que tampoco se muestra como “decisivo” o demostrativo por sí mismo de que los hechos de que la resolución partió se deben a desconocimiento o ignorancia del órgano jurisdiccional, ya que su simple lectura, única cosa que puede hacerse en este momento procesal, revela la existencia de una compraventa con pacto de retro, tesis de la parte contraria a quien recurre, pero correspondiente a ésta la prueba de tales circunstancias, a saber: que no pudo recuperar el documento y su carácter decisivo (SS de 3 de mayo de 1961, 14 de diciembre de 1962, 8 de junio de 1963 y 8 de junio de 1982).

R. DE A.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

CHICO ORTIZ, JOSÉ MARÍA: *Estudios de Derecho hipotecario*, 2.ª edición, actualizada y puesta al día, Madrid, 1989, Editorial Pons.

Este libro de JOSÉ M.^a CHICO es una obra que como el mismo autor señala, tenía pendiente desde tiempo atrás, concretamente desde la reforma del Reglamento Hipotecario de 12 de noviembre de 1982.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ es autor de innumerables obras, pero quizá las que más le han caracterizado han sido aquellas fundamentalmente dirigidas al opositor. La primera de este estilo fue *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, que allá por los años sesenta compartió con JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA, también Registrador de la Propiedad y al que José María gusta de llamar su "hermano de tinta". Constituyó ésta una gran obra de Derecho registral, con muy buena sistemática y claridad de exposición, cualidades que no son fáciles de encontrar entre los autores. Aportó una inestimable ayuda a los opositores de aquel entonces y de generaciones posteriores —entre los que me encuentro— hasta que, por las razones que fueran, no volvió a ver la luz y quedó injustamente enterrada. No obstante, como opositor que me servi de ella, quiero desde aquí darle las gracias, pero no a los autores, sino a la obra, que como toda buena creación adquiere personalidad propia y se independiza de aquellos. Tal vez por esto, los padres de *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, celosos de la valía de su creatura, le quitaron el aliento vital. Sin embargo, los que todavía guardamos con cariño algunos de esos viejos volúmenes en nuestra biblioteca —como el que guarda en su garaje un Bugatti o un Pegaso—, tenemos de vez en cuando el placer de volver a hojearla, y aunque ya se vea superado su contenido por las sucesivas reformas legislativas que constantemente siguen apareciendo, sus tres virtudes capitales permanecen inalterables: profundidad, claridad y sencillez; como queriendo demostrar, en contra de lo que muchos suponen, que la primera no está reñida con las dos últimas.

Siento haber dedicado quizá demasiado espacio a esta vieja obra, pero no he podido evitarlo: a ella quedó unida parte de mi juventud.

Pues bien, como todos sabemos, JOSÉ MARÍA CHICO, en 1981, ya en solitario, publica *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, libro que, como el anterior, también va preferentemente dirigido al opositor. Y que quede claro que con esto no pienso que nos encontremos ante una obra de rango menor —ya he oído algunas veces esa necesidad respecto a lo escrito para el opositor, cuando precisamente lo que se escribe con esta finalidad requiere más que en ningún otro caso una enorme capacidad de síntesis y saber decir en una página lo que otros dirían en diez—, sino que se trata de una manera de situarla. Sin embargo, en esta publicación el autor tuvo auténtica mala fortuna, porque además de prepararla laboriosamente, al año de su aparición tiene lugar la capital reforma del Reglamento Hipotecario en 12 de noviembre de 1982, para adaptarse a la previa reforma del Código Civil de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 sobre filiación, patria potestad y matrimonio. Así, un libro que había sido enormemente esperado, quedaba

poco menos que en la cuneta al año de su nacimiento. Por lo que, desde ese mismo momento, el autor quedaba moralmente comprometido a ponerla al día.

Finalmente, en 1989 se publica la segunda edición de *Estudios de derecho Hipotecario*, "actualizada y puesta al día", como en la misma portada del libro se dice; palabras éstas que parecen obedecen a una misma licencia del editor y que fueron causa de gran contrariedad para JOSÉ MARÍA CHICO, porque, como él señalaba, ¿qué diferencia hay entre actualizar y poner al día?

Va precedida la obra de una entrañable dedicatoria del autor a su hijo, opositor a Registros, y seguro continuador en el futuro del camino emprendido por su padre. Se asienta sobre la primera edición ya aludida y sigue el programa de oposiciones, aunque se permite un brillante privilegio: incorporar un capítulo —el VI— dedicado al estudio de los sistemas registrales vigentes en los demás países, no sólo de las Comunidades Europeas, sino del resto del mundo. Como digo, esta edición tiene por finalidad fundamental la actualización de su contenido: estudia el artículo 2-4 de la Ley Hipotecaria después de la reforma del Código Civil en materia de tutela y supresión de la referencia a la interdicción civil, y se detiene especialmente en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, que por Ley de 14 de mayo de 1986 fue reformado en sus reglas tercera, séptima, octava, duodécima, decimotercera, decimocuarta, decimoquinta y decimoséptima del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, la mayor novedad se encuentra, lógicamente, en los capítulos relativos al Reglamento Hipotecario después de la importante reforma de 12 de noviembre de 1982, ya citada. A lo largo del texto van apareciendo, comentadas, las innovaciones y sus efectos: en cuanto a la forma y efectos de la inscripción, agrupación, agregación, división y segregación de fincas, circunstancias de las inscripciones, concesiones administrativas, inscripción de capitulaciones matrimoniales, de bienes de los cónyuges y de la sociedad conyugal, plazo para practicar la inscripción, calificación registral, circunscripción territorial de los Registros, etc.

Dedica especial interés a la reforma del Reglamento por Decreto de 21 de diciembre de 1983, reforma que como la misma exposición de motivos de éste decía, persigue la mayor rapidez en el despacho de los documentos, facilitando a los destinatarios de la publicidad registral el acceso a los datos del Registro. Y no olvida las posteriores de 10 de octubre de 1984, relativa a actos de disposición y embargo sobre vivienda habitual del matrimonio, y la de 5 de junio de 1985 que modifica los artículos 506 y 507 de aquél en materia de oposiciones.

Destaca la atención al urbanismo en relación con el Registro de la Propiedad (capítulo XXXV), teniendo muy en cuenta las últimas novedades legislativas —fundamentalmente autonómicas— y doctrinales, especialmente las aportaciones a los Congresos de Derecho Registral. El autor, siguiendo la línea marcada por éstos, sustituye la anterior expresión "urbanizaciones privadas", por la más moderna y decuada de "conjuntos inmobiliarios". En cuanto a la multipropiedad, figura primordialmente doctrinal en nuestro país, se refiere a la mayor parte de los autores que han aportado algo sobre la materia: PAU, LEYVA Y LEYVA, ALVAREZ BUILLA, SÁNCHEZ MARÍN, etc., e intenta, a la espera de su regulación legal, configurar la naturaleza jurídica que dentro de nuestro Derecho podría ostentar la denominada multipropiedad.

En el capítulo referente a la inscripción de arrendamientos (XXXVII) da respuesta a la situación planteada después del Real Decreto Ley de 30 de abril de 1985 sobre Medidas de Política Económica, en el cual se establecía que los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor de dicho RDL tendrían la

duración que libremente estipularan los contratantes, sin que les fuera aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido en el artículo 57 de la LAU. Precepto que, como todos sabemos, conmocionó la normativa, hasta entonces vigente, en materia de arrendamientos urbanos. Y en dicho capítulo acierta al incorporar la nueva figura del arrendamiento financiero inmobiliario ("leasing"), teniendo especial cuidado en recoger parte de lo dicho por uno de los autores que hasta la fecha más interés han demostrado por ello: AMORÓS GUARDIOLA.

Sin embargo, me llama particularmente la atención el capítulo VI, dedicado, como ya apunté, al estudio del Derecho comparado más allá de los conocidos sistemas alemán, suizo, latino y australiano. Empieza dicho capítulo con una afirmación razonada: "La unificación de los diferentes sistemas vigentes en los diversos sistemas registrales no pasa, en el terreno de la práctica, de un ideal a conseguir. Aquí no estamos ante aquel Derecho romano que dicta leyes al mundo. Aquí la cosa es distinta, pues se trata de Estados diferentes, con su autonomía, sus costumbres, su idiosincrasia, sus concepciones políticas, sociales, económicas, jurídicas, que distancian a los países, los cuales sólo admiten techos jurídicos en la formulación de principios como los Derechos del hombre. Cada país tiene el régimen registral que su tradición histórica, su evolución legislativa, sus necesidades de protección, le imponen." Así pues, abandonada por el autor la idea de llegar a unos sistemas registrales coincidentes —sólo "seguridad" y "publicidad" estima como fórmulas básicas comunes—, pasa a hacer un importante estudio de los sistemas registrales vigentes en las Comunidades Europeas, distinguiendo tres grupos diferenciados: los que responden a raíces latinas, los germánicos y los ingleses, para examinar, dentro de cada uno, la legislación reguladora, la eficacia de la inscripción, los actos inscribibles, el sistema de inscripción, los principios y la organización registral. Y termina el capítulo con el estudio, en términos parecidos, de los sistemas de Estados Unidos, países iberoamericanos y la Unión Soviética.

En resumen, creo que nos encontramos ante una obra de enorme utilidad no sólo para el opositor, sino también para cualquier jurista que se mueva en el terreno del Derecho registral.

JUAN PABLO RUANO BORRELLA
Registrador de la Propiedad y Mercantil

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: *Dictámenes sobre problemas prácticos de Derecho inmobiliario*, Editorial Comares, Córdoba, 1987.

Era necesario y habría que decir que imprescindible, realizar una recensión de esta obra de un compañero que en el preliminar de su trabajo agradece al Centro de Estudios Hipotecarios que me toca dirigir en estos momentos, el haber incluido en una de sus publicaciones al contenido de este libro. Entiendo que los agradecidos somos nosotros al haber tenido el honor de publicar una colaboración tan seria, tan pensada y tan útil en el momento en que vivimos.

FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ practica desde hace tiempo un difícil arte que solamente pocos poseen y dominan: el arte de la síntesis. Decir en pocas palabras lo que otros solamente pueden decir en muchas páginas. Es un don que se recibe y que debe saber aprovecharse para que los demás se beneficien del mismo. El autor cita a GOETHE al decir que hay que combatir la tendencia de poner palabras

allí donde faltan ideas. Y yo, respetuoso con esta premisa, añado que aquí, lo mismo que en la obra de Miguel Angel se ha quitado materia para lograr claridades.

Esta forma de exponer los problemas del Derecho —y singularmente los que a diario se cruzan en el camino del autor— es de envidiar. El que sabe resumir, el que sabe sintetizar es que se “ha enterado plenamente” del problema y lo ofrece gentilmente para evitar un trabajo. En los tiempos actuales esto tiene una vigencia indiscutible, pues todo ese conjunto de máquinas electrónicas al servicio del hombre persiguen informaciones comprimidas, masticadas, que despejan ese tremendo camino que el jurista tiene que ir haciendo —no al andar, como dijo Machado—, sino retirando volúmenes y volúmenes en los que se acumulan un inmenso mundo de disposiciones que se derogan, que se repiten, que se dan como vigentes parcialmente, en suma, que se parecen a enormes invasiones de insectos que tratan de destruirnos. Bienvenida sea esta publicación que facilita un previo trabajo de investigación y estudio.

Convendría aclarar que aquí no estamos ante cuadros sinópticos de cada materia tratada, pues cada caso de los presentados tiene referencias históricas, doctrinales, legislativas y bibliográficas, lo cual convierte la ficha en dictamen abreviado, pues a los elementos que acumula responde siempre con una solución. El autor no es nuevo en el “mercado hipotecario” y por eso no necesita hacer el paseillo con la montera en la mano: hace tiempo publicó otro libro en el que recogía otro grupo de problemas hipotecarios con el mismo estilo que lo hace ahora. Creo que también le hice en estas o en otras páginas la recensión positiva que merecía.

El conjunto de dictámenes, sistematizados alfabéticamente por materias, no ofrece facilidades al recensionista para agruparlos y así ofrecerlos al lector y, por ello, en vez de ir recorriendo caso por caso, creo que lo más acertado es hacer una referencia general a los mismos punteando aquellos que entre sí tienen alguna relación.

La andadura del libro se abre con un problema de anotaciones preventivas para los casos de expedientes de dominio y se sigue con dos problemas de apoderamiento (poder posterior a la escritura y poder para vender y adjudicar) y uno de arrendamientos rústicos (en relación con el art. 91 de la LAR). En materia de comunidad se tocan los problemas de extinción de la misma y de los copartícipes menores representados por un defensor judicial.

Para los problemas de herencia se seleccionan cuatro referidos a la aceptación de la misma, el eterno problema de pseudo-usufructo testamentario con llamamiento colectivo, el cónyuge viudo como heredero único con gananciales, y la enajenación de los bienes hereditarios antes de la partición. Relacionados con estos temas están los referentes a la legítima del viudo y su pago en metálico ordenado por el testador y los dos referentes a la partición por contador-partidor en relación con las agrupaciones y segregaciones, así como la conmutación del usufructo por bienes en pleno dominio.

Al problema de la inmatriculación registral le dedica un estudio en relación con el artículo 68 del Estatuto de Explotación Familiar Agraria. Lo mismo sucede a la opción de compra recayente en parte de una finca inscrita y su necesidad o no de previa segregación. La patria potestad y la servidumbre están estudiadas en sendos casos, el primero referido a enajenaciones del menor y el segundo a casos de segregación y división de finca gravada con servidumbre.

La sociedad conyugal y la de gananciales ocupan cuatro problemas que van

desde la separación y nulidad, hasta las compras hechas en estado de soltero por mandatario verbal y la justificación del precio en adquisiciones privativas.

La subasta judicial (con adjudicación a calidad de ceder), la suspensión de pagos (y enajenación posterior), la sustitución fideicomisaria (con llamamiento plural) y la tutela (venta sin el requisito de subasta), son los cuatro últimos problemas que se ofrecen al estudioso.

De todo lo expuesto se deduce que al lado de problemas clásicos y discutibles surgen de la pluma y práctica del autor otros de extraordinaria actualidad que, sin duda alguna, servirán de orientación y a veces de argumento favorable en la decisión a tomar por el encargado de redactar el documento y por el que tenga que calificarlo para su inscripción. Los que andamos en esto debemos de agradecer el esfuerzo que el autor ha puesto para brindarnos este elemento de trabajo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ESCOBAR FORNOS, IVÁN: *Derecho de obligaciones*, Editorial "Manolo Morales", 1987, del Parque Central, dos cuadras abajo y veinticinco varas al lago, Managua, Nicaragua.

Traigo a recensión esta obra, con cubiertas azules, y papel de color oscuro, que se edita durante el mandato del General Ortega en aquella Managua de mis gratos recuerdos. Su autor, hombre de bien, jurista por excelencia, resiste en aquel ambiente de pasiones entrelazadas, levantando la bandera de la independencia y teniendo dos lemas en su alma: la paz y el Derecho. No se cómo ha ocurrido el milagro de esta publicación, pero aunque sólo fuera por destacarla, merecería la pena la recensión. Pero hay más.

IVÁN ESCOBAR FORNOS, con quien me comuniqué indirectamente por carta, autor de este libro es un gran amigo mío y amigo de todos los españoles. Rinde culto a todo lo español y lee —en su asiduo estudio de Derecho— todo lo que puede llegar a sus manos procedente de España. Ha sido Magistrado y Registrador Público, aunque ahora quizá no pase de ser un perseguido... Ha preferido no exiliarse y resistir en sus raíces nicaragüenses la lucha por la libertad. Si alguna vez llegan a tus manos estas líneas quiero que con ellas recibas mi admiración y respeto.

Si los dos argumentos que esgrimo para justificar esta recensión son importantes, también lo es el contenido de la publicación en el que aparte de la construcción dogmática de los conceptos, se vuelca la misma en el Código vigente en aquel país y nos da una visión panorámica de esa legislación. Al lado de todo ello cada capítulo aporta una sección bibliográfica que demuestra de una parte la amplitud de consultas hechas y de otra la actualidad de los libros y trabajos que cita. No se limita, como alguien podía suponer, a los autores españoles sino que la doctrina que baraja es italiana, francesa, hispanoamericana y española, con alguna concesión a la alemana.

Dicho todo lo anterior no cabe más que adentrarse en el esquema de la obra, aunque si me gustaría contarle a IVÁN, como su primer apellido ESCOBAR es de abolengo en mi familia castellana y allá, por tierras de pan llevar, en plena meseta de Castilla y en la Ciudad de los Almirantes hay una calle dedicada a un poeta romántico de la época de Larra y pariente mío: Ventura García Escobar.

Cuando yo fui a León a ver la tumba de Rubén Darío le llevé los recuerdos de mi pariente el poeta.

El libro tiene cinco partes y en ellas se van agrupando un conjunto de materias conexonadas y expuestas con una acertada sistemática que permite seguir la lectura perfectamente. Las partes son las siguientes:

A. IDEAS PRELIMINARES

En estas ideas preliminares aborda en primer término el concepto de obligación que recoge el artículo 1.830 del Código y que limita a dos las fuentes de las obligaciones cuando en el mismo Código se señalan cinco: "Obligación es la relación jurídica que resulta de la ley o de dos o más voluntades concertadas por virtud de la cual pueden unas personas ser compelidas por otra a dar alguna cosa, a prestar un servicio o a no hacer algo." Definida la obligación se examinan sucesivamente los elementos personales, así como el objeto y la causa, para luego pasar a la distinción entre deuda y responsabilidad y la superior entre derechos reales y personales.

B. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Aunque, como hemos visto, al definir la obligación el Código reduce a dos las fuentes, en el artículo siguiente, el 1.831, se citan las cinco clásicas del Derecho napoleónico: el contrato, el documento, el delito, el cuasidelito, y la ley. Precisamente ajustándose a esta enumeración va estudiando cada figura apuntada, para concluir con otras tres: el pago de lo indebido, la gestión de negocios (agencia oficiosa, la llama) y el enriquecimiento sin causa.

C. CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES

La verdad es que bajo este capítulo o parte de la obra no se intenta una clasificación general de las obligaciones, sino que se parte de una distinción entre las civiles, como fuerza de obligar y las naturales (entre las que estudia las que provienen de actos nulos o anulables, las que provienen de obligaciones prescritas, las que no han sido reconocidas en juicio por falta de pruebas) para luego pasar a un estudio detenido de las obligaciones a plazo, las condicionales, las de dar, hacer y no hacer, las obligaciones con pluralidad de objeto, las genéricas y las específicas y las con pluralidad de sujetos.

D. EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

Destaca en esta parte el estudio del cumplimiento de las obligaciones en forma voluntaria y forzosa (estudiándose el derecho de prenda y el procedimiento ejecutivo), así como el tema de la indemnización de daños y perjuicios. Por cierto que al tratar de la valoración de los perjuicios se utiliza el término "evaluación" sinónimo del avalúo, más que el verbo evaluar. Las garantías y las tres acciones subrogatoria, revocatoria o Pauliana y de simulación, completan esta parte.

E. TRANSMISION DE LAS OBLIGACIONES

Partiendo de un concepto general de transmisión se adentra el autor en el contrato de cesión y sus variantes de créditos, derechos hereditarios, litigiosos, asunción de duda y cesión del contrato.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GONZÁLEZ SALINAS, J.: *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1987.

Recuerdo de mi época de preparador que contaba a los opositores uno de los medios para mantener y recordar los temas del programa a través de un simil marinero. Cada tema es como un buque anclado en el puerto en el que se distinguen todos los detalles, pero a medida que se inicia su singladura y se aleja, convirtiéndose en un punto en el horizonte, es preciso traerlo de nuevo a puerto para recordarlo. Pues bien, cuando a mí ya los conocimientos de urbanismo se habían hecho un punto en el horizonte, el autor de esta monografía, compañero y amigo, JESÚS GONZÁLEZ SALINAS, me acerca a puerto uno de los temas vivos y problemáticos sobre la materia: las urbanizaciones privadas.

Confieso que he tenido anclada la publicación algún tiempo en ese puerto lleno de otras materias que exigen una cierta atención, pero he decidido que antes de la próxima puesta de sol la recensión tiene que estar lista. Es deber advertir que la monografía constituye la tesis doctoral del autor que fue calificada con "apto cum laude" y que fue dirigida por SEBASTIÁN MARTÍN RETROTILLO, quien ahora hace de prologuista. La obra va dedicada a GARCÍA DE ENTERRÍA y el ejemplar con el que me obsequia trae una amable dedicatoria, aunque termina pidiéndome benevolencia "por haberse pasado a la oposición". Jesús sabe que, aparte de ser casi el cronista crítico oficial de las obras de su padre, muy pocas veces me he resistido a admitir opiniones contrarias a las que sustento y, cuando lo hago, procuro disimularlo contando una anécdota. Vamos a ver si en esta ocasión no tengo que utilizar ese método.

En el prólogo de la obra prácticamente se ofrecen las líneas directrices que el estudio tiene y que, según el prologuista, exigían un estudio de la jurisprudencia y de la diversidad de normativa autonómica frente al problema del sistema de compensación, así como destacar la figura del tercer adquirente y la relación del mismo o de los mismos con las Juntas de Compensación. He ahí el tema que para su exposición crítica lo haremos respetando las tres grandes partes de la obra.

A. PRINCIPIOS GENERALES DEL SISTEMA DE COMPENSACION

Entiendo que hay una frase del autor que encauza debidamente el problema de la configuración de la llamada "urbanización" privada a través del sistema de Compensación y es la siguiente: "Y es que la urbanización privada —o algún elemento no público de la misma— como resultado no es concebible en el Ordenamiento jurídico, sino como, o dentro, de la ordenación urbanística y su existencia, en cuanto tal, una decisión que se enmarca institucionalmente en la función pública del planeamiento. De ello deduce el autor que la intentada

autonomía de la misma tampoco puede predicarse desde la perspectiva de la ejecución y, de todo ello, la conclusión de que no puede hablarse del dato de la propiedad única o unanimidad de propietarios.

El autor, con mucho tacto y precisión, va deslindando los conceptos de compensación, cooperación y sus diferencias con la expropiación en una serie de puntos concretos relativos a las cargas de cesión de terrenos, obligatoriedad del plan y su ejecución, limitaciones, etc. Con estos presupuestos pasa a la exposición de los principios que informan el sistema de compensación y que deslinda en tres momentos: el de la constitución de la Junta de Compensación, los que surgen una vez constituida la Junta y los que están en relación con los compromisos y garantías del promotor o promotores. En el primer momento se acumulan los que el autor denomina genéricamente de funcionalidad del procedimiento y específicamente el derecho a la incorporación de los promotores, el requisito de la mayoría del 60 por 100 del polígono, la posibilidad de expropiar y la modificación de los proyectos en tramitación.

En el segundo momento, constituida la Junta, se abren al estudio el estatuto de los propietarios miembros y las consecuencias del incumplimiento y responsabilidad de la Junta o del propietario único. La determinación del sistema en relación con los compromisos del promotor o promotores, constituye el tercer momento en el que juega el alcance de la voluntad para la determinación del sistema y los compromisos y garantía fuera de los planes de iniciación particular.

B. LOS TERCEROS ADQUIRENTES UNA VEZ CONSTITUIDA LA JUNTA

Los tres puntos cardinales que el autor enfoca son el principio general de la subrogación de los adquirentes a través de un fundamento institucional, la nota marginal del artículo 169 del RGR, la mención del artículo 178 del mismo y la acción rescisoria del artículo 62 de la Ley del Suelo con sus correspondientes requisitos.

C. TERCEROS ADQUIRENTES CON ANTERIORIDAD A LA CONSTITUCION DE LA JUNTA

La posición de estos adquirentes es la que supone el fenómeno de la subrogación que, a su vez lleva como estudio el de las notificaciones y la nota marginal del artículo 62 RGU, el alcance de la subrogación (art. 88 LS) y la posible rescisión (art. 62 LS). Igualmente se tocan los temas de la liberación de los promotores por subrogación de los adquirentes, la liberación de los mismos en los casos de parcelación ilegal cuando ésta no exista.

Intuyo que en todo este entramado sucede lo mismo que con el General Sanjurjo y los gitanos. Le nombran a Sanjurjo Director general de la Guardia Civil y a la estación de Sevilla le van a despedir los gitanos amigos suyos. Uno de ellos se adelanta y le dice: "¡Usted también don José se pasa al enemigo!".

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CERA, MARIO: *Il passaggio di riserve a capitale*, Guiffre, Milano, 1988.

Aunque el estudio se desarrolla alrededor de las sociedades por acciones sus directrices son aplicables a otras capitalistas. Sólo en una visión simplista puede estimarse la materia tratada como intrascendente o bizantina ya que además de conocida es objeto de regulación legal. Su interés se acentúa al examinar las múltiples facetas que se ofrecen y que CERA analiza profundamente y con precisión de artista. Sólo es posible destacar algunas de ellas.

La autofinanciación se considera indispensable para la buena marcha de las empresas, de las que muchas sociedades son sólo estructuras jurídicas. Implica retención y reinversión de beneficios, aunque el concepto se amplía al concretarse en aquella parte del patrimonio neto —diferencia entre activo y pasivo— excedente del capital social, no destinado a distribuirse entre los accionistas sino a constituir un complemento de capital, elemento de productividad y garantía para los acreedores. En Francia se habla de “*prolongement du capital*” y en EEUU de “*surplusfond*”. Las reservas son capital de riesgo aunque su disciplina sea diversa de la del capital social.

Se admiten bastantes clasificaciones de ellas: la de beneficios o “*Gewinnreserve*” y la de capital, ésta formada con bienes no procedentes de beneficios estrictos, como los fondos de revalorización. Muy destacada es la de explícitas y ocultas. Las primeras aparecen en el balance y proceden de acuerdo social concreto o en forma indirecta como partidas del balance sometido a aprobación, como las procedentes de fusiones, complementos de aportaciones *in natura*, etc. Las ocultas no figuran en el balance y su origen normal es la infravaloración de bienes del activo en cuantía excedente a lo que la prudencia aconseja. Sus finalidades son diversas; Galgano destaca que con frecuencia tratan de evitar la trascendencia del estado de prosperidad de la sociedad.

Sobre la licitud de las últimas ha habido debates doctrinales y las posiciones legislativas no son pacíficas. En Suiza se admiten claramente, mientras las normas germana o japonesa las prohíben. En Italia, sobre todo desde la creación de la CONSOB y la recepción de la IV Directiva de la CEE, han quedado considerablemente limitadas. El “*cuadro fiel*” impuesto al balance, lo propio que en España recientemente, constituye una expresión que algunos consideran ambigua, tal vez algo permisiva.

El problema de la autofinanciación se resuelve normalmente con un equilibrado juego entre ambas clases de reservas, sirviendo por una parte a los intereses de la sociedad que pasa a disponer de un capital de maniobra de más ágil manejo que el social, sujeto a complejos requisitos para su reducción en caso de pérdidas; por otra, atiende a los intereses de los accionistas, principalmente a los inversores de grandes sociedades que, carentes de un derecho de separación en caso de traspaso a capital permitido por la ley, ven mermados sus deseos de beneficios a plazo no excesivo.

Se habla de reservas impropias o falsas, los llamados fondos sean de amortización o destinados al pago de impuestos o deudas, entre otros; ordinariamente son simples reservas con otra denominación que en muchos casos señalan su finalidad o procedencia. La mayoría son perfectamente disponibles.

Hay más clasificaciones. Con impropiedad se consideran, a veces, coincidentes la de disponibles e indisponibles con las voluntarias (demanantes de los Estatutos o acuerdos concretos) y las legales. Existen, no obstante, reservas voluntarias limitadamente disponibles: el llamado fondo de sobreprecio de acciones que el legislador se preocupa de impedir su distribución entre los accionistas, pero no

obstaculiza su integración en el capital; la que debe constituirse al adquirir acciones propias, que desaparece al cesar la titularidad y realmente es una simple corrección del activo. Otras, en cambio, tampoco integradas en la típica legal, son absolutamente indisponibles, como el fondo de riesgo de las aseguradoras. Tales tipos de reservas deberían ser consideradas legales complementarias.

La clásica reserva legal merece una atención especial. Salvando el supuesto de pérdidas, casi todas las legislaciones la consideran indisponible, excepto Francia, donde la legislación, reestructurada profundamente en fecha no distante, no ofrece obstáculo para su integración en el capital, postura respaldada unánimemente por la doctrina. Ciertamente algunos autores como el suizo AL-OBEINI o el belga VAN RYN critican la normativa de sus respectivos países. En Italia el Código también mantiene la posición de la indisponibilidad para una no excesiva, pero sí muy calificada, guerrilla doctrinal (GERCO, DE GREGORI, ROSSI, COSTA, y tal vez COLOMBO) que estima —en resumen— que la indisponibilidad debe interpretarse como “indistribuibilidad” y hasta señalan otra plural expresión del Código que además del caso de pérdidas sólo puede referirse a la transferencia a capital. Es la relativa al reintegro de la reserva legal cuando la misma “vine diminuita per qualsiasi regione”. CERA, no obstante, con amplios argumentos, se mantiene en la ortodoxia.

Es de advertir que hay coincidencia en que el pase de la reserva legal a capital constituiría una mayor garantía para los acreedores, pues no nos hallamos ante una operación contable, sino una cualitativa que inmoviliza en mayor grado parte del patrimonio de la sociedad. A quien daña la operación es a los accionistas que pueden ver reducidos sus dividendos, obligados a reconstituir una reserva y darle mayor alcance, inferior posibilidad de disposición, sin que ello pueda verse compensado con la ampliación de límites en ciertos casos de emisión de obligaciones o aumento de capital.

En España, después de las reformas de 1989 la postura negativa es absolutamente clara. Con anterioridad DUQUE se extasiaba ante el modelo francés, otros no profundizaban en el tema y DE LA CÁMARA adoptaba la actitud de los críticos italianos. En esta materia la inercia parece sobreponerse a la lógica y aún al sistema jurídico.

La praxis de la transferencia a capital empezó a desarrollarse a principios del siglo pero sobre todo después de las dos grandes guerras adquirió proporciones desmesuradas. La operación se estimaba integrada por dos momentos, conexos, los de distribución de reservas como dividendos y la aportación de los mismos a la sociedad al suscribir nuevas acciones. En la dogmática germana se configuró como la teoría de la “Doppelmassnahme” y aparentemente consistía en una distribución de dividendos *in natura* ya que las nuevas acciones podían transferirse y ser monetizadas, aunque ello sólo con facilidad en las grandes sociedades; otra cosa son las no cotizadas en bolsa y sujetas a derechos de preferencia. En Estados Unidos es lícita la distribución de dividendos *in natura* pero en Europa además de no ser común se anotó que la misma infringía principios fundamentales del ámbito de las sociedades como es el de que en las de capitales nadie puede ser obligado a ulteriores aportaciones a la inicial, sin su consentimiento, y la reiteración de la práctica equivaldría a la anulación del derecho al dividendo.

Respecto a tal derecho, cuya consideración de fundamental es histórica, estima ROSSI que su invocación retrotrae a vetustas concepciones de la sociedad; GALMDSORF señala que es discrecional de la Asamblea su distribución y que los supuestos de abuso de poder, por mayorías o grupos de control, deben dilucidar-

se por los Tribunales a la vista de específicos ejemplos; CERA advierte que la finalidad lucrativa de la sociedad empresarial se mantiene en el horizonte, pese a que en determinados casos se debilita y se tiende a la evolución de la sociedad como una estructura neutra, señalando que el Tribunal de Milán, en 1986, reconoció expresamente este derecho y aún que en la norma germana se encuentran porcentajes en relación al destino a reservas y a dividendos.

La crítica a la teoría de la doble operación la inició ya en 1907 el francés THALLER, quien puso de relieve su improcedencia en el caso de reservas no dinerarias, la hizo simétrica a la disminución de capital por pérdidas y consideró los argumentos en que se basaba como "un pur moyen de faïade, un procédé scolastique, un simple jeu d'esprit". Su teoría, la "Einheitstheorie", fue aceptada rápidamente por la doctrina europea y consagrada después de la primera guerra con la devaluación monetaria, la formación de reservas de plusvalía y la necesidad de capitales muy importantes. La legislación fiscal tiene en el tema importancia verdaderamente considerable, pudiendo favorecer o no el traspaso a capital según considere el acto como distribución o no de beneficios.

La jurisprudencia, que se posicionó inicialmente por la teoría de la doble operación en bastantes Estados ha evolucionado lentamente y en la actualidad es prácticamente aceptado sin reservas la del acto único.

CERA examina muchos extremos a los que es sólo posible dedicar unas líneas: respecto a las reservas estatutarias parece compartir el criterio de Colombo de que con el "quórum" necesario para la modificación de estatutos puede alterarse, para un supuesto concreto, lo ordenado estatutariamente sin necesidad de modificarlo; la indelegabilidad a los Administradores del aumento de capital en tal forma, materia muy discutida; la posibilidad de realizar la transferencia a capital aún hallándose la sociedad en estado de liquidación, siempre que el acuerdo sea unánime; en el caso de emisión de nuevos títulos y no de aumento de su valor, los problemas de las diferencias, con agrupaciones o aportaciones complementarias sin importancia económica; el nacimiento del derecho del socio al título con el acuerdo de su creación; de forma que su derecho a reiterarlo es imprescriptible, pues se trata de un simple elemento material representativo de su participación; la necesidad de eludir, con la operación, cualquier daño a los titulares de acciones de ahorro u obligaciones convertibles, arbitrando los procedimientos adecuados, etc.

Hay, no obstante, un extremo que creemos conveniente destacar. Ciertamente la ley al autorizar el trasvase de reservas a capital infringe el citado principio cardinal de no exigir a los accionistas ulteriores aportaciones obligatorias, pero esta infracción es estricta. Por ello cuando con el trasvase de reservas no se aumenta el nominal de los títulos sino que se crean títulos nuevos, éstos deben hallarse completamente desembolsados, no siendo posible una liberación complementaria en efectivo, una nueva aportación. Tampoco es aceptable la simultaneidad o coligación de aumentos con cargo a reservas con otros onerosos que, prácticamente, se impongan a los beneficiarios de aquellos, llegando al mismo resultado.

Creemos que los precedentes párrafos bastarán para dar idea del interés del tema tratado en la profunda y minuciosa obra de CERA.

PÉREZ ALVAREZ, MIGUEL ANGEL: *La nueva adopción*, Editorial "Civitas", un tomo de 233 páginas, Madrid, 1989.

Hay quien nace con ganas para estudiar y trabajar y eso se le nota enseguida. Hace bien poco que publicamos en esta REVISTA la recensión de la estupenda tesis doctoral del autor, donde estudiaba de modo bien completo la intrincada cuestión de la solidaridad en la fianza y ya, sin apenas respiro, recibimos otra obra suya, con afectuosa dedicatoria que agradecemos.

Como agradecemos muy de verdad su colaboración. Esta REVISTA está abierta a los estudiosos que nos envían sus trabajos y que nos prestigian; los acogemos gustosos pues nos sirven para dar a conocer las investigaciones valiosas que lo merecen y, a la vez, para información a nuestros lectores, los profesionales que pueden encontrar ayuda a sus problemas.

Nos da la impresión de que el autor de este nuevo libro, MIGUEL ANGEL PÉREZ ALVAREZ, joven Profesor titular de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, viene pegando fuerte y pidiendo paso. Sirva de referencia la tesis que antes dije, de gran rigor y profundidad.

Y ahora, este libro donde nos presenta el nuevo enfoque de la adopción que, por mor de las nuevas regulaciones, ha pasado de ser una institución puramente civil y familiar a convertirse en un campo donde la Administración quiere meter la cuchara. Y como ahora ya no hay una sola Administración, sino múltiples, podemos imaginar lo que ocurrirá con nada menos que diecisiete catacaldos autonómicos, con su cohorte de subadministraciones provinciales y locales. Bien sabido es que el signo administrativista impera en nuestros tiempos, so capa de socializaciones no siempre claras ni justificadas.

Por ello nos advierte PÉREZ ALVAREZ que la nueva Ley de adopción de 1987 no ha venido a suponer tan sólo una mera modificación al régimen jurídico existente en la adopción, sino que se caracteriza, sobre todo, por propiciar una notoria intervención de la Administración en el ámbito de las instituciones de guarda antes reguladas por el Código Civil con tintes privatistas.

Y esto es lo que ha resultado realmente de la Ley de 1987: No es una reforma de la adopción, sino una auténtica "nueva adopción" y así es como el autor titula su libro, para ponernos más de manifiesto la importancia del giro que se ha dado a la institución.

En el capítulo I estudia PÉREZ ALVAREZ los precedentes españoles de la adopción, empezando por la Ley de Bases de 1888, desde donde pasó al Código Civil para ser luego, tras largo paréntesis, repetidamente modificada en las leyes de 1958, 1970 y 1981. ¿Por qué y para qué tantas reformas? El autor nos señala que en la época codificadora la adopción era una figura en desuso hasta el punto de que al redactarse el Proyecto del Código de 1851 se pensó en no regularla por innecesaria; pero frente a ese antiguo desuso, la "pujante vitalidad" que adquiere después es la razón invocada por los redactores de la Ley de 1958 para reformar un régimen jurídico de "efectos muy estrechos", según se dice en su preámbulo. A cada nuevo retoque se acentúa la defensa de los intereses del menor, la intervención judicial, el aumento de facilidades para acceder a la adopción y, sobre todo, una progresiva atribución de derechos al hijo adoptivo, confrontando con una paulatina atenuación de las relaciones de éste con su familia de origen.

Entrando ya de lleno en la Ley de 1987, PÉREZ ALVAREZ estudia sus preliminares, haciendo una exposición de su descripción y ámbito de incidencia, para terminar en una crítica muy favorable del texto legal, por razones que largamente explica. Nos dice que esta Ley es una de las que está planteando problemas

mayores para su aplicación y estas dificultades dimanar, quizá, de haberse prescindido olímpicamente de la intervención de la Comisión General de Codificación en el iter prelegislativo de la reforma; por el contrario se nota una excesiva concurrencia de transacciones de tinte político, que el autor recoge en notas a pie de página que no tienen desperdicio.

En el capítulo II del libro, PÉREZ ALVAREZ hace ya un estudio detallado de los principios informadores de la Ley de 11 de noviembre de 1987 y que son: 1.º imposición de un sistema de intervención y control administrativos en el ámbito civil de la protección de menores; 2.º integración familiar de los menores en desamparo; 3.º propiciar el acceso a la adopción; 4.º equiparación de la filiación por naturaleza y la adoptiva, y 5.º primacía del interés del menor.

Estudiando estos principios, el autor encuadra la base de la intervención administrativa en la tutela que sobre los menores reserva la Administración el artículo 39.2 de la Constitución. La Ley de adopción atribuye competencia en esta materia a las Entidades públicas que son los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales a las que, con arreglo a las leyes, corresponde en el territorio respectivo, la protección de menores. Ojalá estuviese siempre clara esta competencia entre los distintos órganos, pero a veces su delimitación es un verdadero embrollo. PÉREZ ALVAREZ se ha tomado la paciencia de recoger un montón de disposiciones y reseñarlas, para que podamos saber cuáles son las vigentes... por ahora, pues seguramente ya estará saliendo otro montón más de reglas a estas horas.

Igualmente se estudia en el libro el principio de integración familiar, en sus diversas facetas de la reinserción y al acogimiento. Es principio prioritario el intento de conseguir la reinserción en la propia familia, teniendo sólo carácter subsidiario el acogimiento preadoptivo, exponiéndose su constitución, efectos y cesación.

En lo que se refiere a la adopción propiamente dicha, PÉREZ ALVAREZ nos explica su régimen jurídico empezando por los requisitos constitutivos y las prohibiciones para adoptar, de los que no hacemos detallado mérito porque están claramente en la ley y son conocidos de todos, aunque el autor los analiza por separado. El consentimiento habrán de prestarlo, a presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años; ha de mediar el asentimiento del cónyuge del adoptante y de los padres del adoptando en su caso, también en presencia del Juez; en otros casos debe darse audiencia a distintas otras personas. El proceso formal acaba con la resolución judicial correspondiente. Todo ello es contemplado minuciosamente en el libro que comentamos.

La equiparación en derechos y obligaciones entre los hijos por naturaleza y los adoptivos ya se estableció en la redacción dada al artículo 108 del Código Civil por la Ley de reforma de 1981 y se mantiene íntegramente en la actualidad. PÉREZ ALVAREZ deduce de este texto legal las consecuencias que resultan de este principio de equiparación tanto respecto a los derechos que adquiere el adoptado, iguales a los de los hijos procreados, como en lo tocante a sus vínculos jurídicos con su familia de origen que, por el contrario, se extinguen por completo.

Con el examen del principio de la primacía del interés del menor que caracteriza a la, por ahora, última Ley de la adopción y con la inclusión de una amplia bibliografía, termina este libro por el que felicitamos de nuevo a su autor.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 546 (Marzo 1990)

"Comanditarios y cuenta-participes", por JOSÉ M.^a PIÑOL AGUADÉ, pág. 1081.

"Sobre el origen de la limitación de la responsabilidad del naviero y su naturaleza jurídica en nuestro Código de Comercio", por JOSÉ MIGUEL BLAS ORBÁN, pág. 1103.

"La Justicia constitucional en Portugal", por JOSÉ M.^a MARTÍNEZ VAL, pág. 1155.

DOCUMENTACION JURIDICA

Núm. 56 (Octubre-diciembre 1987)

"La opinión pública sobre la delincuencia y la justicia penal" (Ponencias presentadas en la XIII Conferencia de Investigaciones Criminológicas, 1978), pág. 13.

"Extensión de la información del público y naturaleza de la opinión pública sobre el control social de la criminalidad", por M. H. PHILIPPE ROBERT, pág. 49.

"Influencia de los medios de comunicación de masas en la opinión sobre la delincuencia y la justicia penal", por HANS JOACHIM SCHNEIDER, pág. 115.

"La opinión pública y la legislación penal", por PAUL ROCK, pág. 155.

"Interacciones en el seno del sistema de justicia penal" (Informes presentados en la Conferencia de Investigaciones Criminológicas, 1986), pág. 197.

"Informe-Introducción", por M. A. RUTHERFORD, pág. 199.

"Los problemas de coordinación y de cooperación en la práctica cotidiana entre los diversos órganos del sistema de justicia penal", por M. D. W. STEENHUIS, pág. 209.

"Dificultades particulares que se derivan, para la aplicación del Derecho, de los conflictos fundamentales entre los diversos órganos en cuanto a las reacciones más apropiadas frente a las clases de infracciones muy controvertidas", por M. H. J. ALBRECHT, pág. 233.

"Influencias que los objetos de los otros dos informes pueden tener sobre el desarrollo de un asunto penal desde la intervención policial hasta el Ministerio Público en el tribunal y en la aplicación de las penas", por M. R. SCREVEN, pág. 271.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Abril 1990)

"Tutela de la apariencia y reglas de responsabilidad: los artículos 1.164 y 1.527 del Código Civil", por FERNANDO LUIS GÓMEZ, págs. 255 a 274.

- "Comentarios sobre la futura Ley de Eutanasia", por ESTHER PAMBLANCO LILLO y otros, págs. 275 a 280.
- "Anotaciones y puntualizaciones a la historia del reformismo agrario español", por LUIS M. BALLESTERO HERNÁNDEZ, págs. 281 a 304.

(Mayo 1990)

- "El nuevo régimen de la publicidad registral mercantil", por PABLO CASADO BURBANO, págs. 351 a 372.
- "Algunas cuestiones en torno a la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España", por JOSÉ B. ACOSTA ESTÉVEZ, págs. 373 a 392.
- "Los 'preceptos recogedores' en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", por JOSÉ M.^a NEILA NEILA, págs. 393 a 397.

BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

Núm. 2 (Marzo-abril 1990)

- "Nuevas tendencias del derecho de familia en España", por MARÍA DOLORES VILA-CORO, pág. 7.
- "Jurisdicción voluntaria, juicios: las confusiones en la Historia y su evolución. Posibles soluciones", por VÍCTOR FAIREN GUILLÉN, pág. 19.
- "Cronica jurídica de la querrela contra *El Mundo* por el 'Caso Juan Guerra'", por ANTONIO SANTANDER DE LA CRUZ, pág. 35.
- "Juan Bravo Murillo (1801-1873)", por JOSÉ M. MARTÍNEZ VAL, pág. 51.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 191 (Enero-marzo 1989)

- "Las acciones sin voto (Comentario a los artículos 90 a 92 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas)", por AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ y EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, pág. 7.
- "Aproximación al estudio de las sociedades de capital-riesgo", por JUAN LUIS IGLESIAS PRADA, pág. 45.
- "El estatuto europeo para la franquicia (Análisis del Reglamento número 4.087/88 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 85.3 TCEE a ciertas categorías de acuerdos de franquicia, en relación con la sentencia Pronuptia y con las decisiones individuales de la Comisión)", por JAIME PÉREZ-BUSTAMANTE KOSTER y MARÍA DE MINGO Y DE AZCÁRATE, pág. 67.
- "El título cuarto del Código de Comercio mexicano y la legislación comparada en materia de arbitraje comercial internacional", por GUILLERMO AGUILAR ALVAREZ, pág. 101.

"Sociedad Cooperativa de Trabajo y Sociedad Anónima Laboral. Configuración societaria comparada", por ADRIÁN CELAYA, pág. 115.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 117 (Marzo-abril 1990)

"La Ley de Costas y el planeamiento urbanístico", por ALFONSO PÉREZ MORENO, pág. 13.

"El régimen jurídico de las licencias urbanísticas", por SEBASTIÁN GRAU AVILA, pág. 41.

"Aspectos urbanísticos de la protección del territorio litoral", por JUAN JESÚS TRAPERO, pág. 53.

"Limitaciones y servidumbres marítimas", por OSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, pág. 65.

"Notas sobre la regulación y problemática actual de las contribuciones especiales", por JUAN VILA OLIVET, pág. 85.

"Dictamen sobre el cómputo de volumen de las instalaciones complementarias", por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 129.

"El dictamen urbanístico del arquitecto perito judicial", por ENRIQUE PORTÓ REY, pág. 141.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Núm. 2 (Julio-diciembre 1989)

"La sentencia de la CIJ de 20 de diciembre de 1988 (competencias y admisibilidad de la demanda) en el asunto relativo a acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras)", por R. CASADO RAIGÓN, pág. 399.

"El crimen ecológico internacional: problemas y perspectivas de futuro", por M. T. PONTE IGLESIAS, pág. 423.

"La determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en el Derecho Internacional Privado español", por P. DOMÍNGUEZ LOZANO, pág. 433.

"Las parejas no casadas ante el Derecho Internacional Privado", por S. SÁNCHEZ LORENZO, pág. 487.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Núm. 67 (Enero-marzo 1990)

"El curso del cambio de rumbo de Cuba. Un balance del desarrollo económico, social y político", por DIETER NOHLEN y KARIN STAHL, pág. 7.

"El sistema de partidos en España tras las elecciones de 1989", por MANUEL RAMÍREZ, pág. 29.

- "Diez años de democracia local (La situación del Gobierno local catalán)", por JOAN SUBIRATS y JOSEP M. VALLÉS, pág. 41.
- "Problemas de la democracia y de los partidos en el Estado social", por CESÁREO R. AGUILERA DE PRAT, pág. 93.
- "La actividad de orientación política. Su relevancia constitucional", por RAÚL CANOSA USERA pág. 125
- "La reconstrucción del proceso de racionalización occidental según J. Habermas: mundo de la vida, crisis y racionalidad sistémica", por JOSETXO BERIAIN RAZQUIN, pág. 153.
- "Martínez Marina y la Declaración de Derechos de 1789: un modelo de recepción reformista del espíritu revolucionario francés", por JOSÉ RAMÓN TORRES RUIZ, pág. 189.
- "Referencias a la paz internacional en el constitucionalismo comparado", por CARLOS ALARCÓN CABRERA pág. 213.
- "La familia y el cambio político en España", por JULIO IGLESIAS DE USSEL, pág. 235.
- "La nueva Constitución argelina: hacia la III República", por GEMA MARTÍN MUÑOZ, pág. 261.

REVISTA DE COMERCIO INTERNACIONAL Y ESTUDIOS FISCALES (AGUANA) Núm. 367 (Abril 1990)

- "Arancel Integrado de las Comunidades Europeas (TARIC)", por DESIDERIO LÓPEZ LÓPEZ, pág. 5.
- "Estructura de la Nomenclatura del Arancel de Aduanas", por JUAN M. TORRES LEÓN, pág. 9.
- "Economía arancelaria", por RICARDO BAPTISTA BURGOS, pág. 13.
- "La Unión Aduanera en la perspectiva de 1992", por ALBERTO OYARZÁBAL LECUONA, pág. 23.
- "El comercio exterior de España durante 1990: confirmadas las más negras previsiones acerca de los desequilibrios comerciales", por JOSÉ BARRIO BONDÍA, pág. 55.

REVISTA INTERNACIONAL DE ECONOMIA Y EMPRESA Núm. 67 (Enero-marzo 1990)

- "La jungla de teorías sobre el 'management', revisada", por HAROLD KOONTZ, pág. 7.
- "Reflexiones sobre la ciencia y el marketing", por ENRIQUE ORTEGA MARTÍNEZ, pág. 31.
- "Modelos y enfoques de optimización de medios publicitarios", por J. ENRIQUE BIGNE ALCANIZ, pág. 61.
- "La contabilidad del impuesto sobre beneficios: métodos de periodificación", por GREGORIO LABATUT JEREZ, pág. 97.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 2 (1990)

- "En torno a la Ley 9/1987, de 25 de mayo, de sucesión intestada: aspectos problemáticos", por ANNA CASANOVAS I MUSSONS, pág. 297.
- "El contrato bancario de servicio de cajas de seguridad", por JAVIER AÑOVEROS TRIAS DE BES, pág. 325.
- "El uso obligatorio de la marca registrada", por ALBERTO CASADO CERVIÑO, pág. 359.
- "La distribución de competencias entre el Estado y la Generalitat de Cataluña en materia de cultura", por RAIMON CARRASCO I NUALART, pág. 377.
- "Arrendamientos por tiempo indefinido", por ANGEL TABOLINA VADILLO, pág. 399.
- "Algunos aspectos prácticos del tipo en el delito de alzamiento de bienes y en el de apropiación indebida", por PASCUAL MARTÍN VILLA y MARÍA DOLORES BLANCO LÓPEZ, pág. 407.
- "Sobre designación de árbitros y caducidad del convenio arbitral", por ELÍAS CAMPO VILLEGAS, pág. 415.
- "La aplicación directa de los principios constitucionales: la anotación preventiva de la demanda", por TOMÁS GUI MORI, pág. 423.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Núm. 8 (Julio-diciembre 1989)

- "Cuestiones fundamentales de la viudedad foral navarra", por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, pág. 13.
- "La filiación y la Ley Foral de 1 de abril de 1987", por FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, pág. 31.
- "Régimen jurídico de la evaluación del impacto ambiental", por JUAN CRUZ ALLI ARANGUREN, pág. 69.
- "La propuesta de Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación a la luz de la ley alemana (AGBG)", por MICHELE KLEIN, pág. 119.
- "Notas sobre el enriquecimiento sin causa en Derecho navarro", por CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pág. 153.
- "Locales de negocio: las obras y el cambio de destino. Doctrina y jurisprudencia de la Audiencia Territorial de Pamplona (1985-1989)", por RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES, pág. 173.
- "La cooperación jurídica con las Entidades locales: su representación y defensa en juicio por otras Administraciones Públicas", por JOSÉ ANTONIO RAZQUIN LIZARRAGA, pág. 201.
- "Organización territorial y Administración local gallega", por JOSÉ LUIS MEILÁN y JAIME F. RODRÍGUEZ-ARANA, pág. 211.
- "Comentarios sobre la tercera causa de nulidad de la sociedad anónima en el nuevo artículo 31 de la Ley", por JESÚS M.^a LOBATO DE BLAS, pág. 223.
- "Legislación navarra en el negocio de quintas", por CARLOS BURGUETE y MARÍA ANGELES FERRER, pág. 229.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Núm. 184 (Julio-diciembre 1988)

- "Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales", por RAMÓN DOMÍNGUEZ AGUILA, pág. 7.
- "Modificaciones introducidas por la Ley 18.802 a la capacidad de la mujer casada y al régimen matrimonial chileno", por RENÉ RAMOS PAZOS, pág. 21.
- "El jurista frente al poder", por SERGIO COTTA, pág. 49.
- "El renacer monocrático en Iberoamérica durante el siglo xx. Raíz y razón del presidencialismo", por BERNARDINO BRAVO LIRA, pág. 59.
- "La operación de tarjeta de crédito", por RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, pág. 71.
- "Situación tributaria de las sociedades profesionales", por ELIZABETH EMILFORK S., pág. 81.
- "No hay nulidad sin daño", por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 91.
- "Cumplimiento de obligaciones reconocidas judicialmente respecto de los bancos en liquidación (un caso real)", por JULIO SALAS VIVALDI y HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 93.

NOTICIAS CEE

Núm. 64 (Mayo 1990)

- "Fundamentos de la Comunidad Europea", por FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, pág. 11.
- "El ecu en el Mercado de Divisas español, opciones y seguros de cambio", por MANUEL BARRANCO CHECA, pág. 23.
- "La incorporación de la peseta al Sistema Monetario Europeo: algunas consideraciones", por FRANCISCO JAVIER SÁEZ FERNÁNDEZ, pág. 27.
- "Publicidad registral mercantil. Ley 19/1989, de 25 de julio, de adaptación de la legislación mercantil a las Directrices de la Comunidad Europea en materia de sociedades", por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, pág. 37.
- "Comentario a la recomendación de la Comisión de 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas", por MARÍA PAZ DÍAZ CREMADES, pág. 45.
- "Examen de la Directiva 89/117 del Consejo de las Comunidades sobre publicidad de los documentos contables de las sucursales en el extranjero de establecimientos bancarios", por JOSÉ IGNACIO JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, pág. 53.
- "Avales, garantías y Derecho Comunitario", por JUAN ANTONIO MARTÍN BURGOS, pág. 59.
- "Aplicación del Derecho de la competencia de la CEE a los derechos de licencia de patente exclusiva", por MANUELA ESLAVA RODRÍGUEZ, pág. 69.
- "Aspectos jurídicos de la aplicación del principio de corresponsabilidad de los productores en la política agrícola común", por ALBERT MASSOT MARTÍ, pág. 77.

Número 65 (Junio 1990)

- "Al Acta Unica y la Unión Europea. Examen crítico de un modelo alternativo", por JAIME PÉREZ-BUSTAMANTE KOSTER, pág. 11.
- "Los programas integrados mediterráneos", por J. ALEJANDRO VALLE GÁLVEZ, pág. 15.
- "El mercado único: un nuevo marco jurídico para la actividad bancaria", por PABLO BIEGER MORALES, pág. 29.
- "Aseguramiento de una deuda aduanera", por FERNANDO LEÓN PEÑA, pág. 45.
- "Directiva del Consejo relativa a los fondos propios de las Entidades de Crédito", por MANUEL TARRIO BERJANO, pág. 53.
- "Libre circulación de personas y mercancías en la Comunidad Económica Europea: la eliminación de controles practicados en las fronteras de los Estados miembros, en el transporte por carretera y por vía navegable; contenido del Reglamento CEE número 4.060/89, del Consejo de 21 de diciembre", por FERNANDO J. CASCALES MORENO, pág. 59.
- "Los acuerdos de franquicia ante el Derecho de la competencia", por ANA MARÍA GARCÍA FEMENÍA, pág. 65.
- "Presente y futuro del sector energético", por VÍCTOR PÉREZ PITA, pág. 93.

LA REDACCIÓN

