

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXV ○ Marzo-Abril 1989 ○ Núm. 591

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisoló.
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.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Carlos Miguel Hernández Crespo.
D. José María Chico Ortiz.
D. Manuel Amorós Guardiola.

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

I. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Planteamiento general de los Registros públicos y su división en Registros administrativos y Registros jurídicos», por JUAN ANTONIO LEYVA DE LEYVA	261
«Derecho de opción: cancelación de cargas ulteriores y breve apunte sobre su naturaleza real», por JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET	309
«El sistema de capital autorizado en los procedimientos de aumento de capital en la nueva Ley de Sociedades Anónimas», por ANTONIO CARAPETO	373
«La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados», por EDUARDO ESTRADA ALONSO	411

DICTAMENES Y NOTAS:

«Sociedades Agrarias de Transformación: su regulación vigente», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	437
---	-----

ACTUALIDAD JURIDICA:

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	459
--	-----

JURISPRUDENCIA:

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	469
II. Resoluciones de la Dirección General, por RICARDO EGEA IBÁÑEZ y SALVADOR MÍNGUEZ SANZ	495
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho civil:	
a) Derechos reales, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	517
b) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	541
2. Jurisprudencia fiscal, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	553
3. Derecho procesal, por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ	559

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«La responsabilidad civil», de RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	583
«Propetà e disponibilità dei beni negli investimenti comuni, nel leasing, nella multiproprietà», de DEMETRIO DE MARTINI, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	586
«Contra la arbitrariedad, teoría», de CHRISTIAN ATIAS, por JUAN IGNACIO DE LOS MOZOS TOUYA	589
«Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas», de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	591
REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	599

ESTUDIOS



Planteamiento general de los registros públicos y su división en registros administrativos y registros jurídicos (*)

SUMARIO: CRITICA A LA HIPOTETICA UNIFICACION DEL REGIMEN JURIDICO REGISTRAL: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DESENVOLVIMIENTO. 3. CRÍTICA. 4. POLISEMIA DEL TÉRMINO REGISTRO.—ACTIVIDAD PUBLICA REGISTRAL.—LA DISTINCION REGISTROS ADMINISTRATIVOS Y JURIDICOS.—TIPOLOGIA DE LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS: 1. DEPENDENCIA DIRECTA DE LA ADMINISTRACIÓN. 2. EFECTOS. 3. COMPROBACIÓN REGISTRAL. 4. INEXISTENCIA O ESCASA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS-REGISTRALES. 5. LA INSCRIPCIÓN COMO ACTO ADMINISTRATIVO. 6. OTROS RASGOS PECULIARES.—ADMINISTRACION PUBLICA DE DERECHO PRIVADO.—REGISTROS JURIDICOS.—TIPOLOGIA DE LOS REGISTROS JURIDICOS: 1. AUTONOMÍA Y UNIDAD. 2. INTERÉS PRIVADO. 3. SEGURIDAD JURÍDICA Y SEGURIDAD JURÍDICA REGISTRAL. 4. ROGACIÓN Y CONSENTIMIENTO. 5. AUTENTICIDAD. 6. CALIFICACIÓN JURÍDICA. 7. LA INSCRIPCIÓN COMO ACTO JURÍDICO. 8. SUSTANTIVIDAD. 9. EL REGISTRADOR JURISTA INVESTIDO DE FUNCIONES PÚBLICAS. 10. OTROS CARACTERES RELEVANTES.

CRITICA A LA HIPOTETICA UNIFICACION DEL REGIMEN JURIDICO REGISTRAL

1. INTRODUCCIÓN

¡Ya es decir!, hablar de los Registros públicos, del mundo registral o del régimen jurídico registral, tratando de abarcar con estas expresiones, como si de comunidad o reunión homogénea se tratara, cosas tan

(*) La materia guarda cierta relación con el tema —aquí ampliado y renovado— de la conferencia pronunciada por el autor el día 5 de noviembre de 1987 en el Paraninfo de la Facultad de Derecho de San Sebastián, dentro de los 11 Encuentros Cooperativos, organizados por el Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social de la Universidad del País Vasco.

diferentes entre sí: lo que entendemos por Registros públicos, que ni por el nombre se les reconoce, pues algunos no se llaman registros. No obstante, la variedad del paisaje registral, en el que vemos a los distintos Registros formando unidades independientes, compartimientos estancos sin semejanza, ni relación, no han faltado, por excepción, manifestaciones doctrinales —tan minoritarias que podrían contarse con los dedos de una mano— en el sentido de unificar el Derecho por el que se rigen los distintos Registros, quizá guiados por el impulso de juristas a ultranza, legisladores de leyes uniformes, seguros del beneficio que la unidad siempre reporta, independientemente de las singularidades de lo unido.

Con esta seductora apariencia de la palabra unificación, desde posiciones administrativas o hipotecarias, apuntan los uniformistas, desprovista del rigor científico de auténtica tesis, a fórmulas unitarias de trascendencia variable cuyo alcance es meramente hipotético.

2. DESENVOLVIMIENTO

Si los Registros públicos, la enorme constelación de Registros, lejos de ser una sola y misma cosa, difieren profundamente, ¿cuál es el *quid* unificador? ¿Podrá reducirse a denominador común el particularismo registral? Este es el reto de la unión anhelada.

Las locuciones Derecho Registral y sistema registral con las que tradicionalmente se viene denominando el Derecho Inmobiliario Registral o Derecho Hipotecario, que se aplican por antonomasia a éste; representando a todos los Registros, a los que simboliza por su antigüedad, importancia y alto desarrollo científico-jurídico (*vid.* DE LA RICA ARENAL, «Contribución de la Legislación Hipotecaria a nuestro progreso jurídico», Conferencia Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1951). significación consagrada en el ámbito supranacional, a través del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER) y de los Congresos Internacionales de Derecho Registral. Los que abogan por la unificación pretenden cambiar el sentido de la expresión, entendiendo por Derecho Registral, no el Hipotecario, sino el nuevo concepto de Derecho unificado, aplicable a todos los Registros o a alguna clase de ellos, en el supuesto de unión parcial; verbigracia: la de Registros jurídicos o jurídicos de Bienes. De esta manera, FUEYO LANERI tacha de acepción equivocada «Derecho Registral», que es género vinculado a cualquier Registro y no rama, que representa Derecho Registral Inmobiliario.

La *ratio essendi* de la unidad se basa en razones de índole muy general, incluso generalizadora. MARTÍNEZ JIMÉNEZ (*La Función Certificante del Estado*, Instituto de Estudios de Administración Local, Ma-

drid, 1977) lo fundamenta en el logro de una sistematización del sector y una racionalización en beneficio del administrado. Que el Registro, se argumenta, es una institución que sirve básicamente al ejercicio de una función única, un fin mínimo y común: la publicidad jurídica, es decir, asegurar la verdad real o formal por el Estado de hechos o relaciones. Esta es la tesis de MONTORO PUERTO (*Apuntes para una Administración Registral*), quien en los Estudios homenaje a LÓPEZ RODÓ analiza la Teoría del Derecho Registral unitario desde una perspectiva general; para este autor la publicidad es elemento básico de la teoría registral. Pero, aun faltando la publicidad en algunos Registros, no es un obstáculo para la institución porque «el fin instrumental de todo Registro —afirma MARTÍNEZ JIMÉNEZ— (puede haber algunos supuestos que llamándose Registros no lo sean en este sentido), es constituir una base estable para el ejercicio de la función certificante del Estado» (página 58, nota 156, obra citada). En todos los Registros, sigue MARTÍNEZ JIMÉNEZ su exposición, se despliega una actividad de comprobación, bien del hecho, el supuesto o relación, para tenerla como verdadera, o bien del hecho sobre el que el ordenamiento jurídico permite obtener determinadas deducciones. A veces, sobre esta simple comprobación, puede superponerse una actividad de juicio de carácter técnico. LÓPEZ MEDEL concibe los Registros (*Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, 2.^a edición, Madrid, 1959) como «instituciones o creaciones que responden a una misma idea o finalidad... podríamos reconocer como el fin de la registración —que en principio se presenta como distinto en cada uno de ellos— confluye en una idea conjunta, que es la de seguridad». Tesis claramente refutada por PAU PEDRÓN al establecer la distinción entre Registros de seguridad jurídica y de información administrativa. Los segundos no tienen como fin dotar a las relaciones jurídicas entre particulares de seguridad, sirven tan solo de archivo de datos.

La teoría general de los Registros del profesor FUEYO LANERI se funda en lo que él llama «igualdad de los Registros», que califica de «ciertamente relativa». Sienta la conclusión de la necesidad de atender a lo general y global después de un largo lapso de tratamientos particulares de las diversas ramas registrales. MARÍN PÉREZ, en su *Introducción al Derecho Registral*, defiende la fórmula del Registro único, de carácter exclusivamente jurídico, situando a todos a la altura del paradigma de los Registros, es decir, el de la Propiedad Inmueble, cuyos principios científicos servirían para modelar el Registro-tipo, en el que se unificarían los Registros administrativos y civiles, servidos todos ellos por los Registradores de la Propiedad, como cuerpo técnico especializado. LÓPEZ MERDEL especula también en la obra citada con la idea

de un Registro conjunto y único de personas y cosas, conforme a una serie de criterios: unificación de libros, coordinación de Registro de la Propiedad y Civil, etc. Trata después el autor de la unificación separada o por sectores; Registros administrativos, por un lado, y civiles, por otro. Y, al final (pág. 259, ob. cit.), ante «la enorme complejidad de este problema», considera irrealizable la unificación institucional.

De este modo, LÓPEZ MEDEL, en el año 1959, tras plantear la unificación, la abandona por inalcanzable. Hoy, con el paso del tiempo, las cosas no han cambiado. La unificación registral parece tanto o más inalcanzable. En mi opinión, son proyectos excesivamente teorizantes, ciertamente desviados de la realidad del cosmos registral. Además de los administrativistas antes citados, pueden reputarse unionistas, en cuanto analizan el Derecho Registral con visión global: GARCÍA TREVIJANO FOS y RIVERO ISERN.

En cuanto a la amplitud o gradación de la unidad, cabe distinguir:

A) *Unidad integral*.—Todos los Registros se refundirían en un Registro único. Es la fórmula unitaria más ambiciosa y su fundamento, a la par que su crítica, puede encontrarse en el esfuerzo en buena medida imaginativo de sus postulantes. Aquí se encuadra el Registro-tipo de MARÍN PÉREZ, al que me he referido, basado en los principios doctrinales y científicos del Registro de la Propiedad Inmueble. La unidad conceptual de FUEYO LANERI responde a la idea de un planteamiento total de regulación unitaria de los aspectos comunes de los distintos derechos registrales específicos, dentro de la variedad de especies. Preconiza el profesor universitario chileno-argentino una Teoría General de los Registros, una noción genérica de la organización registral.

B) *Unidad sectorial*.—Es más realista que la anterior. Los Registros, previamente clasificados, se agruparían por sectores, ramas o clases, conforme a distintos criterios; todos los administrativos y todos los civiles, los de personas, los jurídicos de bienes, con posibles subdivisiones, como los fiscales, los de títulos... Algunos autores los clasifican con fines de estudio, sin que ello suponga unión de los que componen cada grupo. Hay quien entiende, por otra parte, la unidad sectorial provisional, en el sentido de ser fase antecedente del ideal registral, que para ellos es el Registro único. Algo así, con imagen marxista, como la etapa prerrevolucionaria, que precede a la fase superior, cuando haya desaparecido todo rastro diferencial entre los Registros, con el advenimiento del Registro único. PAU PEDRÓN destaca la gran distancia existente entre Registros de seguridad jurídica y Registros de información administrativa, que radican en su esencia y finalidad. A su juicio sólo cabe «intentar» una teoría general de los Registros de segu-

ridad jurídica, que clasifica en personales de personas físicas y jurídicas, de actos y de carácter mixto. FUEYO LANERI divide los Registros, con valor orientador o para reflexión, los que cumplen fines públicos y los de entes privados con fines privados. Conforme a los criterios del poder de quien dependen (judicial, administrativo o privado), por el sujeto encargado (funcionario público o profesional con nombramiento del Estado), por el objeto (cosas, derechos, actos, contratos, personas, declaraciones jurídicas), por los efectos (fe pública plena o semiplena) y fines siempre relativos de Derecho público o de Derecho privado.

Sin ánimo agotador de las divisiones de Registros, existen otras clasificaciones, antiguas, la de ARAGONÉS, y largas, verbigracia, la de GARCÍA COMI: hechos, derechos, títulos, contratos, personales, reales, publicitario... Cuando tratemos luego los Registros jurídicos, nos ocuparemos de la unidad y autonomía de los llamados Registros Jurídicos de Bienes.

C) *Unidad profesional*.—Propugna originalmente la unidad de la persona encargada de una pluralidad de Registros. Las unificaciones anteriores aglutinan los Registros. Son, por tanto, uniones institucionales de las normas registrales. En la unión profesional, cada Registro, cada organización registral es o puede ser diferente, goza de autonomía, son Registros independientes, de tratamiento jurídico diferenciado, pero tienen en común la persona encargada de ellos: un solo Registrador para varios Registros; el Registrador de varios Registros. Este supuesto, que ya se da en la práctica —el Cuerpo de Registradores de la Propiedad tiene encomendados varios Registros— con magníficos resultados, a juicio de un importante sector doctrinal, que, desde luego, comparto, constituye, sin duda, pauta, no sólo loable, sino también de conveniente expansión, en relación con Registros de cierto nivel jurídico.

Como unificación, que LÓPEZ MEDEL titula funcional, se alude a la unificación profesional entre distintas funciones, según la semejanza que se les quiera encontrar, se fusionarían las múltiples funciones, una de ellas la registral, en la misma persona. Así hablan de eminentes cargos: Registrador-Notario, Registrador-Juez y otras combinaciones no muy realistas.

3. CRÍTICA

*That is certain which can be made
certain («a contrario»).*

Descomponiendo, mediante el análisis, cada Registro, o confrontando las especies o grupos de Registros clasificados, deberían aparecer ele-

mentos comunes que, por ulterior síntesis, pudiera formarse con estos caracteres comunes, la deseada unidad registral, bien de un ordenamiento jurídico comprensivo de todo el Derecho Registral, representado en el Registro único, o bien de grandes sectores registrales, de modo que permitan alumbrar el nuevo concepto de Derecho Registral.

Por el contrario, frente a la unidad jurídico-registral contrasta el hecho incuestionable de la disparidad y apartamiento de los Registros, que desaconsejan la pretendida refundición, por las razones siguientes:

Primera.—La complejidad del universo registral, carente de unidad, su dispersión normativa, la desemejanza y distanciamiento entre los Registros, obligan incluso a quienes sustentan opiniones unitarias —lo que no deja de ser un contrasentido— a adoptar expresamente planteamientos dubitativos y reconocer los escollos que existen para la unificación. Así MARTÍNEZ JIMÉNEZ dice «si no será necesario un tratamiento uniforme...». MONTORO PUERTO, decididamente unionista, defensor de la gran construcción unitaria registral, concentrada en un marco unidad administrativa, dependiente de un solo departamento, apoyada en los pilares de la seguridad jurídica y publicidad registral, confiesa la disparidad existente entre los Registros jurídicos, de una parte, y los administrativos, de otra. SALAS, prudentemente, escribe: «Únicamente en la medida en la que llevar a cabo una sistematización se conserve la perspectiva a que cada tipo de Registro responde, puede ser útil efectuar la unificación de todos ellos.» Y JOSÉ MENÉNDEZ comenta (*La deseable unificación...*, III Congreso Internacional de Derecho Registral, página 635): «En nuestro ordenamiento jurídico pululan varios Registros, surgidos a golpe de oportunidad de manos de la improvisación burocrática. No existe la conveniente uniformidad jurídica entre todos ellos.»

Segunda.—La desemejanza y desunión innegable de los Registros no es por falta de una reglamentación común, sino porque la realidad jurídica regulada por el Derecho particular de cada Registro es diferente. No puede ocultarse que muchas veces no existe entre ellos ni la mera relación genérica, por lo que la regulación global no redundaría en mayor racionalización, ni sería de resultados prácticos deseables. Con expresión clara, sumar peras y manzanas, por reducción al absurdo, nos llevaría a consecuencias inadmisibles. FUEYO LANERI, paladín de la unidad de la organización registral, entiende tal unidad como «un futurible, no es algo que necesariamente sea —escribe FUEYO—, es disciplina de posible formación antes del año 2000».

Tercera.—Si las diferencias entre el Registro de la Propiedad y los otros Registros estrictamente administrativos —subraya acertadamente LÓPEZ MEDEL (*Teoría del Registro*, ob. cit., pág. 42)— son conocidas

por su carácter, efectos y trascendencia. El argumento naturalista o «a coherencia», se opone en buena lógica jurídica a que Registros distintos, sistemas dispares, tengan una ley uniforme. Por ende, *a fortiori*, diversos Registros no pueden formar un sistema jurídico, ni una institución, ni un órgano unitario. Finalmente, la falta de analogía suficiente impide también, argumento *a simili*, la unificación de normas.

Cuarta.—El Derecho positivo español y allende nuestras fronteras, junto a la doctrina, con contadas excepciones, regula y estudia respectivamente, con independencia, cada figura registral, como categorías jurídicas diferentes. Constata el hecho MARTÍNEZ JIMÉNEZ (*ob. cit.*, página 50): «La doctrina española ha sido poco receptiva a la unidad. En realidad no existen motivos para un enfoque completo y favorable, sino al contrario». Y LÓPEZ MEDEL («Naturaleza de la función registral», en *RCDI* núm. 540, 1103) critica la doctrina del Registro unitario de MONTORO PUERTO con estas palabras: «Supondría una modificación sustancial de todo el esquema procedimental registral... Esta no es precisamente la tendencia que se observa en el Derecho comparado, ni por fortuna la orientación que se desprende del Real Decreto 1030/1980, de 30 de mayo, por la trascendencia que cada vez más se da al crédito y a la propiedad, y la necesidad de hacer más puro, autónomo y, si se quiere, más 'parajudicial' las decisiones sobre la seguridad jurídica mercantil e hipotecaria.»

En conclusión, el Derecho Registral como conjunto de principios jurídicos comunes aplicables a todos los Registros no existe, y por vía especulativa a la investigación de criterios unitarios, debe suceder lógicamente el análisis de los principios diferenciales que les separan.

4. POLISEMIA DEL TÉRMINO REGISTRO

La pluralidad de significados de la palabra Registro en el Derecho confirma también la naturaleza del mundo registral nada unívoco, que abarca desde el libro a manera de índice, donde se apuntan noticias y datos, rudimento de Registro, hasta su culminación en el modelo jurídico del Registro Inmobiliario.

Por otra parte, no todos los llamados Registros son tales y, en cambio, realizan cometidos registrales organismos con los nombres de sección, servicio, inventario; variedad de significados de una palabra y variedad de nombres con significado único. hacen patente, una vez más, la complejidad de la actividad registral.

No muy conocido es el significado etimológico. La palabra Registro es de etimología, sin duda, latina. QUINTILIANO señala que la voz deriva del latín bárbaro *registrum*, de *res gestus*, hecho memorable, porque

del hecho registrado se guarda memoria. En cambio, ROSAL nos dice que procede de los latinos modernos, de *regesto*, participio de *regere*, que significa poner por escrito y reducir a orden. Y LITRE opina que deriva del participio pasivo de *regere*, pero con el significado de copiar, trasladar (FUERO LANERI, *ob. cit.*, pág. 6).

Algunas de las muy variadas acepciones del vocablo Registro son:

a) Padrón, matrícula o cédula donde consta haberse anotado una cosa.

b) Equivalente a protocolo, Registro o protocolo notarial.

c) Acto de registrar.

d) Asiento que queda de lo que se registra.

e) Departamento especial —acepción netamente administrativa— en las diversa dependencias de la Administración pública donde se entrega, anota y registra la documentación referente a dicha dependencia. En este sentido, el artículo 65 de la Ley de Procedimiento Administrativo define el Registro como la oficina que tiene por objeto el correspondiente asiento de escritos, comunicaciones u oficios.

f) Catálogo jurídico o conjunto de libros en los que se relaciona lo que se inscribe. Forma el archivo o protocolo del Registrador. Mira esta acepción al aspecto tangible y material que compone el continente de lo inscrito, a ella se refiere el título IX de la Ley Hipotecaria.

g) Oficina, local o centro en el que se toma razón de algo. Es el lugar físico donde se inscribe y, al mismo tiempo, donde radican y custodian los libros registrales. De esta manera, en el tipo de Registro jurídico, el Registro es el despacho del Registrador, el bufete o lugar donde el Registrador ejerce su profesión.

h) Institución u organización de publicidad jurídica. Los Registros tienen por objeto dar publicidad a los actos inscribibles. Se afirma que el fin mínimo y común a todo Registro es la publicidad (en este sentido, el art. 605 CC y art. 1.º LH).

Inscribir equivale a exponer al público, dice MORELLI, por lo que el registro secreto viene a ser expresión contradictoria. El carácter privado o secreto es evidente que hace perder al Registro su finalidad. Sin embargo, existen algunas excepciones en la órbita administrativa, de Registros reservados.

Se pregunta FUEYO LANERI si la mera publicidad decide la noción de Registro, y se responde que no todo lo que tiene publicidad es registro; verbigracia, prensa, guías de publicidad... Para FUEYO LANERI el Registro persigue un interés público, y excluye los registros privados de interés particular, pertenecientes a entes de esta naturaleza: inventarios de comerciantes, registros de bancos relativos a informes o clientes.

Es el Registro Inmobiliario, por su naturaleza jurídica y desarrollo científico, el que responde más claramente a los fines de garantía de las noticias, a través de la publicidad jurídica.

El concepto de institución jurídica se ha aplicado por razones teleológicas al Registro Inmobiliario (ROCA SASTRE, GUASP, CHICO Y ORTIZ, LÓPEZ MEDEL, FRANCISCO MESA). Siguiendo a JEAN DABIN (*Theorie generale du droit*, Bruxelles, 1943, reed., París, Dalloz, 1969), lo que distingue a la institución es la nota sistemática, que no es solamente de orden lógico, sino esencialmente de orden orgánico. Aunque tiene múltiples usos y sentidos (véase a este respecto la obra de CALVO GONZÁLEZ *La institución jurídica*, Universidad de Málaga, 1986), institución jurídica es sinónimo de estatuto o régimen. El Registro como institución hace referencia al estatuto o conjunto de reglas sistemáticas relativas a la publicidad registral. En el sentido general que venimos analizando, el Registro como instrumento de publicidad tiene el valor de medio, no es fin en sí mismo. Los Registros aseguran siempre algo, hechos, situaciones o derechos.

ACTIVIDAD PUBLICA REGISTRAL

Desde antiguo (COLMEIRO: *Derecho administrativo español*, 1850) los tratadistas de Derecho administrativo consideran actividad del poder público asegurar la veracidad de determinados datos, aunque sólo sea como medio probatorio. Tiene por objeto, conforme a una concepción amplia, acreditar la veracidad: *a)* de las relaciones jurídicas individuales; *b)* de las relaciones jurídico-públicas, por razones de interés general. La seguridad jurídica es finalidad más intensa de los Registros jurídicos, y el interés general característico de los Registros administrativos.

Entendemos por poder público la Administración, si bien es conveniente subrayar la imprecisión conceptual de buena parte de los conceptos administrativos, siendo el de administración el primer concepto insuficiente. «El intento de aislar —escriben E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho administrativo*, tomo I, Madrid, 1980, pág. 23)— una abstracta función estatal de administrar ha sido uno de los esfuerzos más baldíos de nuestra ciencia... adopción final de fórmulas exclusivamente negativas: administrar sería toda actuación del Estado distinta de legislar o de enjuiciar». La doctrina alemana la define desde hace más de medio siglo por exclusión o residualmente, resultaría ser administrativa por no ser judicial o administrativa, zona del poder ejecutivo (GARRIDO FALLA). En sentido subjetivo es la persona

jurídica integrada en el poder ejecutivo. Junto a la imprecisión terminológica, el escaso valor científico de institución, función, servicio público, nos parece más adecuada la expresión actividad administrativa (registral). Así se pronuncia GARRIDO FALLA sobre la base de la noción de acto administrativo.

Como concepto amplio propongo el de Actividad pública registral, con el marcado carácter instrumental al servicio del interés general, de acuerdo con la Constitución (art. 103). Engloba la Actividad pública registral, la Actividad administrativa registral y la no administrativa. La naturaleza de las funciones administrativas, según la concepción de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, presenta caracteres coyunturales, en función del contexto socioeconómico, y no es función esencial del Estado que deba siempre asumirla; se trata de actividad susceptible de ser ejercida por los particulares. En cuanto a la Actividad registral no administrativa, formada por los actos jurídicos registrales de Derecho privado dictados por profesionales del Derecho, investidos de funciones públicas (Administración Pública de Derecho Privado), que es la propia de los Registros jurídicos, desempeñada por Registradores y Notarios, en virtud de CESION LEGAL, no como funcionarios, de forma similar al párroco o capitán del buque. La función registral, nos dice FRAGOLA en su famosa obra *Gli atti amministrativi non negoziali* (Milán, 1942), es estatal, pero el Estado puede, por concesión (ley), permitir su ejercicio a otros sujetos.

LA DISTINCION REGISTROS ADMINISTRATIVOS Y JURIDICOS

La actividad registral administrativa o actividad directa es la que realiza la Administración por Registros dependientes de ella; su objeto son las relaciones jurídico-públicas, ejerciendo la función de garantía por razones de interés general.

La tipología de Registros administrativos y Registros jurídicos o técnicos no es precisa. Los llamados administrativos forman un sinnúmero heterogéneo de organismos, cuyos principios, efectos, estructura y fines son diferentes. Sus caracteres, a veces, se entremezclan con los de los Registros jurídicos, lo que dificulta su distinción, y aun reconociendo el valor relativo o aproximativo de las diferencias, según el ejemplo concreto de Registro, debemos afirmar que es una distinción tan innegable como útil, por cuanto deslinda dos grandes sectores de la actividad pública registral.

Ciertamente, en todo Registro jurídico existe algo de actividad administrativa; también puede afirmarse que los Registros administrativos, en cuanto se rigen por disposiciones normativas y están subordinados

a la legalidad o Derecho positivo, en este sentido, son jurídicos. ¿Acaso el Derecho administrativo no es Derecho o la Administración obra fuera del orden jurídico?

Algunos autores siguen el método de la separación de materias (ROYO VILLANOVA, DE BUEN, RODRÍGUEZ MOLINA), distinguen el derecho material del formal o procedimental; éste sería materia administrativa. La declaración de títulos, inscripción, efectos, es materia civil. Método rechazable, pues nos llevaría a poner en duda la propia naturaleza del Código Civil.

Con frecuencia se acude —señala MENÉNDEZ, III Congreso Internacional de Derecho Registral— a fórmulas sencillas, como la de oponer los Registros jurídicos a los administrativos, por la ausencia en estos últimos de unos principios informadores y la escasez de garantías jurídicas. PAU PEDRÓN diferencia los Registros de seguridad jurídica de los de información administrativa. La característica fundamental de éstos es la de servir de archivo de datos para la actuación administrativa, no para la actividad de los particulares, con el fin de dotar de objetividad y eficacia la conducta de la Administración.

La innegable distinción, a mi parecer, de Registros jurídicos y Registros administrativos resulta de las siguientes consideraciones:

A) *Histórica*.—Su antigüedad data del siglo XIX. VICENTE VÁZQUEZ QUEIPO, en el *Diario de Sesiones del Senado* (del día 16-XII-1863), llama por contraposición a la Ley Hipotecaria, ley administrativa la que tiene por objeto la estadística de la propiedad. BIENVENIDO OLIVER (*Derecho Inmobiliario español*, pág. 429) escribe: «Han incurrido en grave error los que juzgando la institución del Registro de la Propiedad superficialmente y desconociendo el carácter que tiene, han creído que era una mera oficina administrativa».

B) *Reconocimiento constitucional y legal*.—El artículo 105, b), de la vigente Constitución hace referencia a los Registros administrativos, que equipara a los archivos; y el artículo 149, 1.º, 8, se ocupa de los Registros jurídicos. En la exposición de la Comisión de Códigos sobre los motivos y fundamentos de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 (Madrid, 6 de junio de 1860): «Sin negar que los Registros de la Propiedad y de las hipotecas pueden y deben venir al auxilio de la Administración... esto debe entenderse sin desnaturalizar los Registros... dar intervención directa en los Registros a la Administración conduce irremediablemente a desconocer su carácter civil y a sacrificar lo principal a lo accesorio». En la Real Orden del Ministerio de Justicia de 29 de mayo de 1925 se dice que: «Al instituir la Ley Hipotecaria los Registros de la Propiedad no tuvo por objeto, como decía la exposición del

Real Decreto de 3 de enero de 1876 crear unas meras oficinas cuyas operaciones estuviesen destinadas exclusivamente a tomar razón de una manera mecánica y rutinaria de los títulos..., guardar el orden numérico de las fincas... y tener una estadística más o menos aproximada de la propiedad territorial, sino que el fin principal de dicha Ley fue... dar certidumbre y firmeza a los derechos... por medio de la publicidad de los títulos de adquisición que tuvieran verdadero valor jurídico.»

El artículo 64 del Reglamento Hipotecario habla de Registro administrativo de aguas (inscripción obligatoria); los artículos 201, 2, y 203, 3, de la Ley Hipotecaria, que regulan el expediente de dominio, hacen referencia al Registro fiscal; los llamados Registros administrativos de matrícula de aeronaves (Subsecretaría de Aviación Civil) y el de buques en las Comandancias o Ayudantías de Marina.

El artículo 4 de la Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales, dice:

«A efectos administrativos se crea en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social... el Registro de Sociedades Anónimas Laborales...»; en el párrafo 2.º se lee: «inscrita en el Registro administrativo». Existen otras disposiciones que separan, con doble inscripción, la previa en el Registro administrativo competente y la posterior en el Registro jurídico inmobiliario o mercantil.

C) *Doctrinal.*—Los juristas elaboradores de la Ley Hipotecaria, la doctrina registral o hipotecaria, salvo excepciones de algún administrativista a ultranza o burócrata vocacional, admiten la existencia de un sector registral, llamado jurídico, jurídico técnico o jurídico de bienes, independiente y distinto a los demás sectores registrales. De esta manera, este criterio se ha plasmado en los acuerdos supranacionales de varios Congresos Internacionales de Derecho Registral, especialmente el II, que recoge las bases y principios de los Registros jurídicos (de bienes).

BIENVENIDO OLIVER (*ob. cit.*, pág. 10): «En la etapa de la primitiva Ley Hipotecaria, los oficios de hipotecas, el Registro de la Propiedad no está llamado a desempeñar otra función que la de ofrecer una 'simple estadística' de las fincas en España y de los gravámenes sobre ellos impuestos.»

El profesor DÍEZ PICAZO escribe: «En los Registros jurídicos los fines de información y estadística son puramente secundarios» (*Lecciones de Derecho civil*, III, Derecho de cosas, pág. 211).

Para el catedrático LACRUZ BERDEJO, el Registro administrativo es Registro de mera información, carente de efectos jurídicos, ni garantía de certeza. El Registro no pasa de ser una hemeroteca que no asegura

la exactitud de las noticias (*Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 15). Nos parece interesante la cita de LASO MARTÍNEZ: «desnaturalizar la profunda razón de ser de la institución (Registro de la Propiedad) para convertirla en mero Registro administrativo... («Inscripción de actos y contratos sujetos a previa autorización administrativa». Conferencia 50 aniversario de la fundación del ilustre Colegio Nacional de Registradores, 1986). Concluyen la serie de citas la muy valiosa del hipotecarista CHICO Y ORTIZ: «Creo que hoy día la cuestión —de la distinción de Registros jurídicos y administrativos— parece zanjada definitivamente, pues la Constitución ha sabido deslindar limpiamente los Registros o archivos administrativos (art. 105) de los Registros enmarcados en la legislación civil» (Administración Pública de Derecho privado).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha hecho eco de la distinción entre Registros administrativos y jurídicos; las Sentencias de 4 de noviembre de 1961 y 13 de abril de 1977 separan la definición del derecho de propiedad, de una parte, de los órganos administrativos registrales, de otra.

TIPOLOGIA DE LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS

I. DEPENDENCIA DIRECTA DE LA ADMINISTRACIÓN

El intento de diseño de un esquema teórico de los Registros administrativos, opuesto al modelo de Registro jurídico, aparecen las líneas básicas de los Registros administrativos, en primer lugar, como actividad administrativa registral que emana de un órgano de la Administración pública, que la ejerce directamente en nombre del Estado. El Registro administrativo es instrumento propio de la Administración; utiliza un órgano sujeto al Derecho administrativo, y difiere claramente de la actividad registral encomendada a profesionales del Derecho, por cesión legal, que debe ser tan sólo vigilada por las normas administrativas.

El profesor GARCÍA TREVIJANO afirma de la actividad registral administrativa, ser una función administrativa, y quien la ejerce actúa con el carácter de funcionario público, con los derechos y deberes propios del funcionario público, jerarquía, retribución a cargo del Estado, responsabilidad estatal..., etc. Aunque la definición de funcionario público no siempre es coherente, sino que varía según las distintas ramas del Derecho: desde el Derecho constitucional al Derecho penal, pasando por el Derecho administrativo y la noción de función pública tampoco es uniforme (el libro de CHARLES DEBBASCH *La Fonction Publique en*

Europe, Editions du CNRS, París, 1981, integra diversos ensayos sobre la materia en distintos países de la Europa occidental). En Francia la mayor parte de la doctrina reconoce que existen seis conceptos legales de funcionarios públicos (JUAN JUNQUERA GONZÁLEZ: *La función pública en la Europa de los Doce*, Ins. N. de Adm. P., 1986).

En los Registros administrativos la competencia registral no es exclusiva del Estado, puede estar atribuida a otros Entes públicos, locales o Comunidades Autónomas. Desde este punto de vista subjetivo, la función puede ejercerse por órganos con función específica registral o por órganos administrativos con otras funciones, pero que esporádicamente pueden garantizar los hechos o situaciones contenidos en los expedientes que tramitan. Existen, pues, Registros específicos y órganos no registrales con funciones secundarias de registro.

En los Registros administrativos prima el interés general o público. Por ser la actividad registral de los Registros administrativos desarrollada por entes públicos conforme a un régimen de Derecho público, con objeto de satisfacer una necesidad general o interés público, se pueden incluir dentro del concepto de servicio público (LÓPEZ MEDEL, ALVAREZ GENDÍN, GARCÍA OVIEDO, JORDANA DE POZAS, ZANOBINI, SAYAGUES...). Son órganos administrativos, bajo un régimen de Derecho público; prestan el servicio de dar notoriedad de la existencia de hechos o datos. A diferencia de los Registros jurídicos, creo que los Registros administrativos sí reúnen los criterios doctrinales propios de los servicios públicos.

2. EFECTOS

Siendo la eficacia débil o escasa en los Registros administrativos, a todas luces resulta inexacto afirmar que la certeza y seguridad sean fines de estos Registros. Los efectos ofrecen un panorama multicolor, que, para más confusión, a veces llegan a la publicidad con todas sus consecuencias de legitimación y fe pública, por plagio del Registro Inmobiliario, formando los híbridos de Registros administrativo y jurídico, de consecuencias nada positivas. En el extremo opuesto, los que carecen totalmente de efectos jurídicos, aquellos que desempeñan función de mero archivo para la constancia de hechos o presentación de documentos. En éstos lo inscrito carece de la presunción de veracidad y reviste escaso o nulo valor probatorio, que no asegura la exactitud de las noticias. Son Registros meramente informativos: los estadísticos, índice del coste de la vida; Registro de cementerios, Ley de 30 de enero de 1932; Registro municipal de subvenciones de futura creación; Registro de personal marítimo, Orden del Ministerio de Comercio de 16 de febrero

de 1976; Registro especial de arrendamientos rústicos en cada Comunidad Autónoma, Real Decreto 2235/1985, de 9 de octubre, que determina la no producción de efectos, la inscripción voluntaria y posible requisito previo para obtención de auxilios; Registro de actos de última voluntad, las manifestaciones del Registro nada prueba contra la realidad, el testamento, ya se sabe, aunque no conste registrado el otorgamiento.

Otras veces el Registro administrativo desempeña la función de medio probatorio, que acredita la veracidad de los datos inscritos, la buena conducta en el caso del Registro de penados, o el hecho de la existencia física de los inmuebles, naturaleza, extensión y linderos del Catastro.

Hay Registros cuya inscripción tiene efectos internos para la propia Administración: los Registros fiscales de contribuyentes, que forman el censo de contribuyentes; Registro del número de personal y títulos administrativos de Presidencia del Gobierno; Registro central de la Dirección General de Seguridad, Orden Ministerial de 26 de noviembre de 1974; Registros de Universidades adscritos al Ministerio de Educación y Ciencia, Decreto de 17 de agosto de 1975.

Registros que completan la prestación de servicios públicos. En educación, sanidad o transporte. Son los Registros de fundaciones, beneficencia, sociedades culturales y recreativas del Estado y Comunidades.

Generalmente la eficacia de los Registros administrativos es meramente acreditativa de hechos, los llamados «requisitos de idoneidad» para personas, actividades o productos, al servicio de la intervención administrativa en los diversos sectores. La inscripción es requisito previo para iniciar una actividad. Así, Registro de Mutuas Patronales de la Subsecretaría de la Seguridad Social. Una vez cumplido el requisito exigido por motivos de interés administrativo, puede inscribirse en el Registro jurídico.

Tenemos en el último grupo los Registros fiscales por los que se acredita el cumplimiento de requisitos determinados para gozar de un determinado régimen fiscal, exenciones o bonificaciones. En obras públicas, los Registros de Aguas. En Sanidad, el Registro de Especialidades Farmacéuticas, Decreto de 10 de agosto de 1963. En Información, el Registro de empresas periodísticas y editoriales o el Registro de empresas dedicadas a las encuestas de opinión. En Economía, el Registro de Bancos y banqueros para utilizar un nombre bancario. En Agricultura, el Registro de Variedades comerciales de semillas y plantas de viveros, Decreto de 23 de diciembre de 1975. En Trabajo, el Registro de convenios colectivos y Mutualidades.

La enumeración anterior es ejemplar e informativa de algunos Registros de la Administración central y Comunidades Autónomas, omi-

tiéndose los correspondientes a la Administración institucional y Administración local.

Existen algunos Registros administrativos productores de efectos jurídicos. Son Registros dotados de los principios o eficacia de los Registros jurídicos, copiados simplemente del arquetipo hipotecario. Registros dependientes de la Administración, con los rasgos peculiares de los administrativos, pero a los que el legislador, transcribiendo de la Ley Hipotecaria los artículos elegidos a su arbitrio, les insufla, de esta manera, espíritu jurídico. Nacen así criaturas registrales mestizas, jurídico-administrativas, cuya eficacia no es la deseable, ni la prevista, pues el mecanismo registral es incompleto y atípico, faltando la calificación, responsabilidad..., etc., del jurista especializado, lo que, en definitiva, les priva de las debidas garantías jurídicas. Pueden citarse: el Registro de la Propiedad Intelectual, el Civil, el de la Propiedad Industrial, el de Cooperativas. Algunos autores consideran el Registro de la Propiedad Intelectual y el de la Propiedad Industrial dentro del grupo de los Registros jurídicos.

En el Registro de la Propiedad Intelectual (Ley de 10 de enero de 1879) la inscripción es necesaria para que la obra se reconozca como propia y se puedan reclamar los derechos que genera. La falta de inscripción priva de protección a los derechos de autor. El reconocimiento legal de la condición de autor se manifiesta en varias facultades: derecho de inédito, patrimoniales, derechos a la pureza, corrección, retracción de la obra, etc.

La nueva Ley de Propiedad Intelectual 22/1987, de 11 de noviembre, tiene en consideración, conforme expresa la Exposición de Motivos, los estudios realizados en los países miembros de la Comunidad Europea, y respecto a la regulación jurídica de la publicación o difusión de las obras, la Ley sigue fundamentalmente los criterios marcados por la Convención de Roma de 1961 y el Convenio de Ginebra de 1971.

El Registro de la Propiedad Intelectual, en cuanto depende directamente del Ministerio de Cultura, pertenece a la actividad administrativa registral, a la especie de los Registros administrativos, y centralizada su organización con carácter único, extiende la competencia por todo el territorio nacional: pues el conocimiento nacional de los derechos demanda el principio de unidad registral.

Se configura la inscripción en la Ley del ochenta y siete como medida especial de protección y salvaguarda de los derechos. La inscripción es voluntaria y de eficacia puramente declarativa, de manera que no existe obligación de inscribir por parte del adquirente del titular registral, ni para las transmisiones posteriores a favor de otras personas.

A diferencia de la Ley derogada, no se estimula la inscripción y su falta no es sancionable.

La presunción legitimadora del Registro, en la forma determinada por el asiento respectivo, tiene valor *iuris tantum*. Quizá la diferencia más importante, desde el punto de vista registral, respecto a la legislación anterior, es que en la reciente Ley deja de ser necesaria —no digo constitutiva— la inscripción de la obra para su protección: el reconocimiento de los derechos no precisa de la inscripción en el Registro. Pero quien inscribe disfruta de la eficacia legitimadora del contenido del Registro, que se presume exacto e íntegro, mientras no se demuestre lo contrario en vía judicial.

Por lo que atañe a la calificación registral, aunque el Registrador debe calificar las solicitudes presentadas y pronunciarse sobre la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles, no garantiza la Ley su ejercicio por jurista especializado, ni en forma alguna regula el juicio calificador, procedimiento y recursos contra él.

En resumen, por lo dicho, cabe afirmar, que el Registro de la Propiedad Intelectual, en su actual normativa, es Registro administrativo, si bien presenta cierta mezcla o salpicadura de las características propias de los jurídicos, tales como la presunción legitimadora de la inscripción y la mera enunciación del principio de calificación jurídica.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ (artículo publicado hace pocos meses en *RCDI*, «Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual»), docto en la materia, examina con buenas y versadas letras, de manera especialmente deleitable, diversas facetas de la propiedad intelectual, valorando así la institución registral en la nueva Ley: «la falta de expertos en la última fase de redacción del proyecto de ley ha supuesto la mutilación de ciertos principios necesarios para que la institución tenga vida y sirva de protección al autor, pero veladamente se percibe una mayor inclinación del legislador por el sistema de 'Entidades de Gestión' que por la clásica y prestigiosa institución registral».

La Ley General de Cooperativas (Ley 3/1987, de 2 de abril), junto a las leyes de las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Andalucía y Comunidades valenciana y murciana, integran fundamentalmente el derecho que regula los Registros de Cooperativas, siendo las normas autonómicas de aplicación preferente a la estatal de naturaleza supletoria respecto al Derecho de las Comunidades, excepto los preceptos con valor de normas básicas, reseñados en la disposición final primera, 2, de la Ley General.

Los Registros de Cooperativas son Registros administrativos mixtos, en el sentido expuesto de mezcolanza y confusión de lo administrativo con los principios jurídicos hipotecarios procedentes del Registro Mer-

cantil. Su objeto es la publicidad frente a terceros de la vida jurídica de las cooperativas. Son órganos de la Administración sujetos al Derecho administrativo, que dependen de la Administración Central del Estado (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) y de la Administración de la correspondiente Comunidad Autónoma (Departamentos de Trabajo). Se estructuran en Sección Central y las correspondientes Secciones Provinciales.

No obstante, su naturaleza administrativa, los Registros de Cooperativas toman los principios hipotecarios por copia del Registro Mercantil, pero no siempre se exige la autenticidad o titulación pública, el Registrador no es jurista especializado, la inscripción, al igual que en los administrativos, es obligatoria y sujeta a plazo la presentación de documentos. De otro lado, en cuanto reflejo del Mercantil, son Registros de eficacia sustantiva, respecto a determinados actos constitutivos y, en general, producen los efectos de la publicidad material y formal, legalidad y legitimación (art. 18, 2, de la Ley General).

La conveniencia de inscribir las cooperativas en Registro jurídico, sin connotaciones administrativas, para la debida garantía de los cooperativistas y terceros, siguiendo la pauta de los países de la CEE, de inscripción de las cooperativas en los Registros comerciales, nos lleva a sustentar la deseable adaptación normativa y práctica con el fin de inscribir estas entidades en el Registro Mercantil. A este respecto, apuntamos las dificultades diferenciadoras en la ciencia económica de las nociones de beneficio, lucro, excedentes, finalidad económica, rentabilidad, que ponen en duda, la no mercantilidad de las cooperativas, es decir, si las cooperativas tienen ánimo de lucro, aunque reciba otro nombre, pues lo decisivo para atribuir naturaleza mercantil es la rentabilidad económica. En definitiva, como sostiene el profesor IGNACIO ARROYO, la cooperativa arriesga y realiza actividad empresarial, y las cooperativas como las demás sociedades mercantiles pueden suspender pagos y declararse en quiebra (art. 115 de la Ley General).

La eficacia del Registro de la Propiedad Industrial del Ministerio de Industria (Ley 17/1975, de 2 de mayo) se traduce en la necesidad de la inscripción para la protección de la propiedad industrial y propiedad privada sobre invenciones de aplicación utilitaria. Por lo demás, queda enmarcado dentro de las líneas generales de los Registros administrativos. En cuanto al Registro Civil, desempeña una actividad probatoria de los hechos allí declarados, creando una situación privilegiada y prioritaria respecto al aseguramiento del hecho, facilitando el ejercicio de acciones judiciales, aunque admite la prueba en contrario. El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos y, a tenor del

artículo 2 de la Ley, en los casos de falta de inscripción se admiten otros medios de prueba.

Hago más, por último, las palabras de MARTÍNEZ JIMÉNEZ (*La Función Certificante del Estado*, ob. cit.): «Concluyendo, puede establecerse que los Registros administrativos *no tienen efectos determinados* y que dentro de ese conjunto de posibles consecuencias de aseguramiento, desde el punto de vista del campo del desarrollo de éstos, puede ser de instrumentación de intervenciones específicas al completar la prestación de funciones o servicios públicos, y desde el ángulo del carácter de estos efectos, puede, en ocasiones, ser constitutivas de situaciones jurídicas y legitimadoras para el ejercicio de derechos o actividades, o un importante valor probatorio en procedimientos judiciales». Si los Registros administrativos, debemos preguntarnos, persiguen variados fines y cumplen los cometidos más dispares, ¿cómo puede afirmarse que todos ellos son instrumento al servicio de la seguridad jurídica? J. MENÉNDEZ (III Congreso Internacional de Derecho Registral, ob. cit.) corrobora el sentido de la pregunta y ofrece la respuesta adecuada con las siguientes palabras: «Fundamentalmente el cometido básico de muchos Registros administrativos es proporcionar al Gobierno la información necesaria para el ejercicio de su función de policía. Por ello, estos Registros no cumplen por sí mismos la misión de garantizar la estabilidad de las situaciones jurídicas consignadas en sus asientos».

3. COMPROBACIÓN REGISTRAL

En los Registros administrativos, a diferencia del juicio calificador de los jurídicos, se despliega una actividad tan sólo de comprobación del hecho o relación que se inscribe. El funcionario realiza un somero estudio, no califica la competencia, facultades de quien autoriza el documento, las formas extrínsecas y demás requisitos de validez. La Administración comprueba la existencia de los hechos o situaciones de que se trate, pero no emite juicio. Es la constatación de la existencia de datos con la finalidad de asegurar la veracidad objetiva de lo inscribible. Es actividad solamente de apreciación o constatación, no hay valoración basada en la técnica jurídica. La comprobación, según MARTÍNEZ JIMÉNEZ, es vinculada, no es discrecional. Así también se expresa J. MENÉNDEZ: «Las facultades verificadoras se mueven dentro de muy estrictos límites, reducidos a meras comprobaciones superficiales». Esta actividad de examen y aportación de datos requeridos convierte, a veces, la comprobación en labor indagadora, de pesquisa de datos y petición de prueba documental. Como consecuencia de la falta de calificación en los Registros administrativos, podemos señalar la del asesoramiento y

ejercicio consultivo. La persona encargada del Registro administrativo, en consecuencia, no precisa ser profesional del Derecho especializado, ni poseer una elevada y profunda instrucción jurídica. Así el quehacer registral se confía a funcionarios administrativos, que obran en nombre del Estado, siendo retribuidos y haciéndose responsable la Administración pública. Inherente a la ausencia de calificación es la escasa e imprecisa regulación de recursos contra la comprobación, motivos, efectos.

Trasciende, por fin, la falta de calificación a los asientos registrales, de manera que puedan realizarse mediante copias, transcripciones o archivo de los documentos presentados.

4. INEXISTENCIA O ESCASA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICO-REGISTRALES

Los principios básicos de los Registros jurídicos son desconocidos por la legislación reguladora de los Registros administrativos. No rige el principio de publicidad. La publicidad es mero anuncio, falta la presunción de exactitud y validez del contenido de los libros, ni los efectos conocidos por legitimación registral y fe pública registral. Ausencia del principio de prioridad o preferencia temporal del acceso de los títulos. El libro diario y el orden temporal de presentación de los títulos no suele determinar prelación de derechos o cierre del Registro. No suelen comportar los Registros administrativos la exigencia de titulación pública, falta, pues, la legalidad o autenticidad del título inscribible. Siguen, en este punto, un criterio flexible, menos riguroso, que habilita como título a la instancia, al impreso oficial y el documento privado tiene virtualidad registral. En general, puede decirse que cualquier documento puede ser título hábil para la toma de razón.

En lugar de la rogación y consentimiento nos encontramos con la normatividad, incluso coactividad. La inscripción suele ser obligatoria y se inicia muchas veces con la presentación de instancia, previa instrucción de expediente, conforme a modelo oficial, dentro del plazo preclusivo que las leyes determinen, bajo las sanciones previstas por falta de inscripción dentro del término. Y una vez iniciado el procedimiento su curso reglado seguirá conforme a los principios de impulso de oficio, jerarquía y demás pertenecientes al procedimiento administrativo.

Debe observarse que el carácter forzoso de la inscripción es coherente con la finalidad más común de los Registros administrativos: acreditar los requisitos de idoneidad o habilitación de personas, actividades o productos.

A este respecto, me parece de indudable valor la siguiente cita de

LÓPEZ MEDEL («Naturaleza de la función registral, *RCDI*, núm. 540, página 1026): «Quienes como juristas tengan experiencia de Registros administrativos concretos —y cita larga serie de ellos— podrán observar la sincronización con el aparato —sin peyorativos— departamental, el continuado proceso de autocontrol; los efectos jerárquicos o de subordinación; los sistemas de garantías y recursos; los factores en el 'acto administrativo' en cuanto a decisión —sin entrar en las colindancias con el acto político—, y la fiscalización que opera en escalones gubernativos continuados hasta llegar a lo jurisdiccional contencioso-administrativo que salta de la órbita gubernativa propia.»

5. LA INSCRIPCIÓN COMO ACTO ADMINISTRATIVO

La inscripción en los Registros administrativos, aun cuando sus efectos sean de mero anuncio o notificación, tiene la naturaleza de acto administrativo, dada la amplitud del concepto de éste, que pasamos a exponer. En los Registros jurídicos la inscripción no es, a mi entender, acto administrativo, sino acto jurídico.

Los elementos distintivos del acto administrativo son, de una parte, el carácter subjetivo de provenir de órgano de la Administración y, de otra, el objetivo de estar regulado por precepto especial del derecho (Sentencia de 26 de marzo de 1965). Al lado de un concepto estricto que se ciñe a las resoluciones y decisiones de las autoridades administrativas dentro de sus atribuciones (S. de 12 de junio de 1965). El concepto amplio comprende los actos de la Administración del Estado en cualquiera de sus actividades. GARCÍA DE ENTERRÍA (*Curso de Derecho Administrativo*) define el acto administrativo como el acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho administrativo. FERNÁNDEZ VELASCO (*El acto administrativo*, Madrid, 1929) menciona expresamente la inscripción entre los actos administrativos, al estudiar las relaciones con los Derechos privados. Existen determinados actos administrativos —dice el autor— en los que se acreditan capacidades de sujetos o idoneidad de las cosas para intervenir en una relación jurídica en base a la inscripción en un Registro. GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho Administrativo*) recoge también como concepto autónomo de acto las inscripciones. Y ENTRENA CUESTA incluye las inscripciones dentro de los meros actos administrativos (*Curso de Derecho Administrativo*). GARCÍA TREVÍJANO (*Derecho Administrativo*, Salamanca, Apuntes editados por el SEU, LXIV, pág. 7) y GARCÍA OVIEDO admiten el concepto de los actos registrales y los clasifican dentro de los actos administrativos no negociales. Los actos administrativos registrales son actos declarativos. Para VILLAR PALASÍ, acto administrativo consultivo, en

razón a la información que proporciona. Sólo excepcionalmente los actos registrales son constitutivos, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas. El efecto constitutivo es característico de los Registros jurídicos, no de los administrativos. La mayoría de los actos registrales administrativos producen efectos declarativos, de acreditación de los hechos o situaciones jurídicas, sin incidir en su contenido.

Debe tenerse en cuenta que la Administración puede rectificar y decretar por sí misma la cancelación de asientos, sin el consentimiento del administrado o resolución judicial, la inscripción, en este sentido, más que acto administrativo es acto de la Administración. La razón puede ser que la inscripción tiene en los Registros administrativos fines publicitarios, de simple valor informativo, en lugar de encontrarse al amparo de los Tribunales como en los Registros jurídicos, se encuentra en buena medida a disposición de la propia Administración.

No podemos omitir la referencia a la aplicación del concepto de negocio jurídico del Derecho privado al acto administrativo, que desembocaría en la caracterización de la inscripción como acto jurídico no negocial, que envuelve una declaración de conocimiento. Estudios que inició la doctrina alemana a partir de MAYER, desarrollada por la doctrina italiana, destacando FRAGOLA con su conocida monografía (*Gli atti Amministrativi non negoziali*, 1942). El acto administrativo registral produce sus efectos por determinación legal, *ex lege*, a diferencia del negocial que produce sus efectos porque son queridos, *ex voluntate*. En nuestro país son muchos los administrativistas que siguen esta teoría (GARRIDO FALLA, ENTRENA CUESTA, VALLINA VALVERDE). Frente a ellos, GARCÍA DE ENTERRÍA, en su Curso, rechaza, con razón, a mi parecer, el concepto de negocio jurídico aplicado al Derecho administrativo, basándose en el sometimiento de la Administración a la ley, a las previsiones legales, faltando la necesaria autonomía de la voluntad en el campo de la actividad administrativa. En la Ley de Procedimiento Administrativo rige el principio de tipicidad, en oposición al de autonomía de la voluntad.

6. OTROS RASGOS PECULIARES

La publicidad formal de los Registros administrativos o posibilidad de conocer los hechos inscritos presenta características extremas. Existen los Registros secretos, como los policiales; cuasi secretos, como los que están al servicio de la Administración; son de y para la Administración. Pero existen también los Registros públicos para cualquiera que solicite información, sin necesidad de acreditar interés o derecho legítimo alguno. Se explica este régimen de publicidad absoluta frente a la relativa de

los Registros jurídicos, porque el interés protegido por el Registro no es un interés individual. Así distingue la vigente Constitución española los Registros administrativos, estableciendo en el artículo 105, b), el acceso de los ciudadanos a los archivos y Registros administrativos. A consecuencia de ello, los datos inscritos, como no son de naturaleza privada, tampoco opera la protección a la reserva por razón de intimidad.

La extensión de las medidas de mecanización separa, una vez más, los Registros administrativos de los jurídicos. Toda la automatización e introducción de ordenadores puede llevarse a cabo en los administrativos en mayor grado que en los jurídicos, dada la atención insustituible del jurista.

Por último, es obvio el escaso valor científico del Derecho Registral administrativo.

Faltan los estudios especializados sobre la materia, y se presenta como un derecho asistemático y acientífico, incapaz de formular unos principios o bases comunes que abarquen la variadísima muchedumbre de Registros administrativos. Este hecho puede justificarse, en parte, porque la actividad registral administrativa no es propiamente jurídica, su estructura, fines y efectos, la eficacia simplemente informativa, hace innecesario el desarrollo científico del Derecho.

ADMINISTRACION PUBLICA DE DERECHO PRIVADO

A partir de la obra de ZANOBINI (*L'Amministrazione pubblica de Diritto privato*, 1918), precedido por la doctrina alemana, siguiendo la ruta jurídica tradicional, Alemania, Italia y, al fin, España (en 1969 RIVERO ISERN: *El Derecho administrativo y las relaciones entre los particulares*, Sevilla, y en 1959 GARCÍA TREVILIANO: *Curso de Derecho administrativo*), se designa con este nombre los actos de la Administración en la esfera privada de las relaciones individuales. Cita como ejemplo MARTÍNEZ JIMÉNEZ (*ob. cit.*, pág. 49) «los estudios del Registro de la Propiedad inmueble, típica parcela del Derecho individual». En la Administración pública de Derecho privado coexisten lo privado del Derecho con la investidura pública estatal. ZANOBINI estudia, dentro de ella, los derechos reales inmobiliarios, la función autenticadora de hechos y situaciones, que atendiendo a la titularidad de los derechos es jurídico-privada. ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, pág. 16) reconoce que el Registro constituye elemento de la Administración, en su aspecto orgánico, pero también señala que la actividad registral es estrictamente jurídica, puesta al servicio del Derecho privado.

Los tratadistas de Derecho administrativo destacan la acción adminis-

trativa encaminada a fines jurídicos, funciones del Estado relativas al Derecho, en orden a la garantía del Derecho, como los Registros y función notarial, llamadas también funciones de investidura de fe pública (VALENZUELA SOLER), siendo para algunos actividad específica e independiente la actividad administrativa de realización del derecho. Sin embargo, debemos subrayar que la publicidad de los derechos inmobiliarios (Registros jurídicos) no es actividad directamente estatal, sino de un orden distinto (LÓPEZ MEDEL: *Teoría del Registro...*, ob. cit). Según GARRIDO FALLA, el Estado realiza en este sector una forma de intervención que no es administrativa, sino auxiliar y se concreta en la creación de los Registros y en la institución del Notariado.

Llegamos siempre a la conclusión de que la actividad del Registrador es jurídico-profesional e investida de eficacia pública. Es actividad realizada por el Registrador *en nombre propio*. Y aunque el poder público confiere certeza y eficacia a los actos y contratos privados por medio de la autenticación registral, *la inscripción no convierte en administrativos los derechos privados*. Por lo demás, debe tenerse presente que esa certeza y eficacia derivan del poder legislativo, no del ejecutivo. Repetimos la advertencia de no confundir lo público con lo administrativo. A diferencia de la actividad registral que cristaliza en los Registros administrativos, actividad directa y dependiente de la Administración, cuyo objeto son relaciones de interés público o general, en las que el individuo actúa en calidad de administrado. En la Administración pública de Derecho privado la Administración opera de manera indirectamente, lo que se denomina control administrativo. El papel de la Administración es y debe ser de control que implica el necesario respeto de los intereses privados y, al mismo tiempo, de protección o fomento, porque el Estado debe proteger y reforzar la eficacia pública de la actividad. La Administración justifica su injerencia en la actividad registral sólo en la medida en que garantice la investidura pública legal. La actividad que venimos examinando, en evidente oposición a la registral administrativa, *no es un servicio público*, pues no responde a la noción de servicio público elaborada por la ciencia administrativa (ALVAREZ GENDÍN, GARCÍA OVIEDO, JORDANA DE POZAS, ZONOBINI, SAYAGUES). *Los Registros jurídicos no satisfacen directamente necesidades públicas o colectivas, ni tienen inmediatamente interés público, ni son desempeñados por órganos de la propia Administración*.

La prestación de servicios en el Registro jurídico satisface, si se prefiere, directamente el interés de los individuos, en plural, pero, de ningún modo, el colectivo, y siempre en régimen de Derecho privado controlado, como se ha dicho, por el Estado. Ello hace que sea un régimen especial y distinto del régimen jurídico del servicio público.

Por definición, el objeto de la Administración pública de Derecho privado es el Derecho privado. Es fin del Registro dotar a las relaciones jurídicas *entre particulares* de seguridad (PAU PEDRÓN). Y es incuestionable que en el Derecho privado el interés individual es valor preeminente de su contenido normativo, independientemente de que la necesidad individual generalizada forme una necesidad general —los individuos componen la sociedad—, seguirá siendo privada. El matrimonio, la tutela o el Derecho sucesorio, aunque afectan a la colectividad, son materias de Derecho privado. Por la misma razón, la actividad registral de los Registros jurídicos forma parte del Derecho privado, y no es un servicio público. La necesidad social o pública evidentemente que no es característica relevante o definitoria de los Registros jurídicos, que inciden en la esfera individual de los derechos. Por ello nos parece inaceptable el criterio de ZANOBINI que la autenticación pública sea función administrativa y envuelva necesidad pública. Afirmación que nos parece acertada si se circunscribe al ámbito de los Registros administrativos.

He aquí la explicación de por qué el Estado no realiza directamente la publicidad registral, precisamente porque no satisface necesidades públicas inmediatas. La intervención o control administrativo no desnaturaliza, ni debe hacerlo, el carácter profesional privado, revestido de eficacia pública por ministerio de la ley. Interpretar el Registro de la Propiedad como servicio público retribuido por tasas provocaría antinomia. La lógica jurídica rechaza por incoherente regular una situación de dos maneras incompatibles. En este supuesto el Derecho fiscal se inserta en el sistema jurídico registral. Los principios hipotecarios inoponentes; faltaría el control de legalidad. En pocas palabras, conduce la radical negación del carácter jurídico del Registro.

Conforme a la argumentación expuesta, los Registros jurídicos, técnicos o de seguridad jurídica, no son servicios públicos: resumidamente: a) La actividad registral no la realiza el Estado o una entidad de Derecho público. Es actividad realizada por el Registrador en nombre propio, bajo su personal y única responsabilidad. Falta, por tanto, una de las características esenciales de las tasas o prestaciones por la realización de servicios públicos, pues de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, reguladora de las tasas y exacciones parafiscales, la prestación del servicio (hecho imponible) ha de realizarse por una entidad de Derecho público. El Registrador es obvio que no ostenta tal naturaleza. El Registrador, por lo demás, tampoco es órgano de la Administración. A lo largo de este trabajo insisto en estas ideas. b) El Registro jurídico (léase, el arquetipo de la Propiedad) no satisface directamente necesidades públicas, necesidades de carácter general, ni atiende inmediatamente al interés público. Naturalmente todo lo que tiene rele-

vancia social afecta a los individuos, y la suma de los intereses particulares forman pluralidad, sin salir de la órbita de lo privado, del Derecho privado innegable, como se ha dicho, que no es necesidad colectiva, ni general. Falta, en consecuencia, la prestación de un servicio público. Lo que hace inaplicable tanto el artículo 1 citado de la Ley de Tasas como el artículo 26, 1, a), de la Ley General Tributaria. No hay prestación de un servicio público, y la actividad a que se refiere la tasa no es realizada por la Administración o por una Entidad de Derecho público. Es decir, no concurre *ninguno* de los requisitos de la noción legal de tasa en nuestro derecho positivo.

La retribución a un jurista profesional del Derecho mediante un ingreso tributario *desnaturalizaría tanto la profesión registral como el concepto de tasa*, aun teniendo en cuenta la oscuridad del concepto de tasa; su distinción de los precios políticos y de otros tributos (GIANNINI afirma el carácter tributario de las tasas, seguido por GARCÍA DE ENTERRÍA y SAINZ DE BUJANDA, acorde con el artículo 21 de la Ley General Tributaria); analogía respecto al concepto jurídico de carga o de *obligatio propter rem*; su asimilación a los impuestos (COCIVERA) o distinción (artículo 21 LGT); el nacimiento de la deuda por tasa aun no solicitando el contribuyente la actividad del Estado, e incluso siéndole desventajosa, afirma GIANNINI. En nuestro Derecho la obligación de pagar la tasa de riego, verbigracia, de una finca, independientemente del hecho de que se riegue o no.

REGISTROS JURIDICOS

Establecida la salvedad de que todos los Registros son jurídicos, pero sólo en el sentido de que jurídico es lo que atañe o se ajusta a derecho, después de estudiar el *fundamentum dividendi* de los Registros administrativos y jurídicos, así como las características diferenciales de los primeros. Vamos a exponer aquí la doctrina común a los Registros jurídicos, también llamados Registros técnicos, técnico-jurídicos o Registro de bienes. Esta doctrina básica viene a ser la formada por los llamados principios hipotecarios, si bien contemplados desde una perspectiva inconcreta. Aplicando los principios del Registro Inmobiliario a otros Registros de características análogas, se pretende formar el grupo de los Registros jurídicos de bienes, sin acuerdo sobre cuáles lo son. Además de los inmuebles, se incluyen los muebles corporales identificables y no consumibles, como: Registro de buques, automóviles, aeronaves. Pueden formar parte también los Registros de derechos incorporales, el de la Propiedad Intelectual y los Mercantiles, aunque éstos no sean de bienes,

sino de personas, su naturaleza eminentemente jurídica justifica la clasificación. Nace así el Derecho registral de los Registros jurídicos al servicio de la seguridad jurídica, referido al Registro de la Propiedad, Mercantil, Hipoteca Mobiliaria y Ventas a Plazos.

Si tuviéramos que señalar una sola característica definitoria de los Registros jurídicos, diríamos que es la eficacia. Opinión que viene sustentando inteligentemente el hipotecarista CHICO Y ORTIZ. Sin duda es en el Registro Inmobiliario en el que predomina la eficacia y las soluciones de estricto Derecho. B. OLIVER nos dice que «el Registro de la Propiedad es institución de carácter eminentemente jurídico, especialmente por los extraordinarios efectos de la inscripción». Y ARAGONÉS (*Compendio de Legislación hipotecaria*) escribe: «El Estado, es decir, la sociedad, mediante el Registro reconoce la validez del hecho jurídico inscrito, su fuerza obligatoria, la necesidad de acatamiento tanto por él como por los particulares por representar la veracidad y realidad de su existencia.»

La proyectada uniformidad normativa de los Registros jurídicos de bienes ha sido aprobada por diversos Congresos Internacionales de Derecho Registral: Buenos Aires, 1972; Madrid, 1974, y San Juan de Puerto Rico, 1977.

Esta unificación no deja de ser la tentativa de aplicar el modelo de Registro Inmobiliario a otros Registros. Hecho que la ciencia registral ha observado, entendiendo que el Registro Inmobiliario es, sin duda, el arquetipo de los demás Registros jurídicos o técnicos, pues reúne, en suma, los caracteres que definen la tipología jurídica. Entiendo que la «juridicidad» del Registro Inmobiliario designa el conjunto objetivo de normas que organizan y reglamentan la realidad social registral, es decir, todo lo que se puede llamar «orden jurídico registral».

Las características más sobresalientes del Registro Inmobiliario: efectos de la inscripción, elevado nivel científico y antigua especialización de sus estudios, seguridad jurídica del sistema, formulación doctrinal de los principios hipotecarios, el Registrador como jurista, organización, llevanza de libros; han sido motivos de celebridad y prestigio, convirtiéndose en horizonte permanente de la vida registral. El Ente registral superior, al que pretenden emular los otros Registros, y da lugar a lo podríamos llamar el síndrome de Registro de la Propiedad. El querer ser como se aprecia no sólo en los Registros jurídicos de bienes. La unificación total del Derecho Registral es un caso también del mencionado síndrome. Los Registros de la Administración quien copiar, a veces, al prototipo, unificándose. Así, el Registro Inmobiliario, como final de la carrera registral o punto donde culmina la idea de Registro. podría representarse piramidalmente, pues hoy se dice que la geometría

sustituye a la filosofía. La pirámide registral tiene por vértice el Registro Inmobiliario, más abajo ocupan el volumen inmediato los llamados Registros jurídicos, y forman la base, ancha base, pluricelular, heterogénea, los numerosos Registros administrativos. La unidad registral defendida por FUEYO LANERI no es obstáculo para el reconocimiento de «aquellos Registros públicos del más alto nivel, Registros, por antonomasia, clásicos, quedarán jerárquicamente en el lugar que les corresponda. Mediante la comparación se realizará su mérito e importancia» (*ob. cit.*, página 4).

TIPOLOGIA DE LOS REGISTROS JURIDICOS

1. AUTONOMÍA Y UNIDAD

Se ha planteado por la doctrina la posible unidad del Derecho Registral únicamente respecto a los Registros jurídicos o jurídicos de bienes, y su autonomía como Derecho especial separado del Derecho civil (véase MANUEL AMORÓS GUARDIOLA: *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1967). Se observan características comunes e independientes: legislación separada, relación jurídica registral, principios básicos comunes de protección del tráfico de bienes, jurisdicción separada (*Anales del II Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1974). Unidad y autonomía que han merecido el reconocimiento en el II Congreso Internacional de Derecho Registral, y en las declaraciones 1.^a y 2.^a de la «Carta de México», aprobada en 1980 por 25 países, que establece la plena autonomía funcional de los Registros jurídicos de bienes, indispensable para satisfacer la publicidad, la seguridad del tráfico y la garantía del crédito.

PAU PEDRÓN contempla la unidad de los Registros de seguridad jurídica y propone la elaboración de una teoría general de ellos asentada en sus rasgos comunes, a saber: calificación o control de la materia inscribible, documentación pública del asiento registral y oponibilidad del contenido del Registro.

Desde el punto de vista científico y docente se puede afirmar que existe una ciencia del Derecho Hipotecario, basada en la especialización de sus estudios y en los numerosos trabajos: Tratados, Monografías, Revistas dedicadas a este Derecho. En el aspecto docente, las ideas de unidad y autonomía del Derecho Registral como Derecho especial, justifican fundadamente el deseo del Ilustre Colegio Nacional de Registrado-

res de incluir esta disciplina en los planes de estudio de las Facultades de Derecho.

El panorama real de la unidad registral, es decir, de la unificación del régimen jurídico registral de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria es de separación, contrario al principio de unidad. El Derecho positivo español e igualmente el Derecho comparado nos ofrecen importantes ejemplos de lejanía. No obstante, debemos recalcar que aun no existiendo unidad de ordenamientos de los Registros jurídicos de bienes, lo que se ha llamado unidad institucional, se ha logrado en nuestro Derecho otra unidad parcial, pero fundamental, la del Registrador o profesional encargado del Registro, que permite la eficacia jurídica plena de los Registros encomendados al Cuerpo Nacional de Registradores de la Propiedad.

En el Derecho comparado vemos cómo en Francia el *Droit immobilier, Hypothécaire, Bureau des Hypothèques* o *Publicité Foncière*, homólogo de nuestro Derecho Registral Inmobiliario, no es un derecho autónomo, es un derecho que forma parte del *Droit Civil*, así lo estudian J. CARBONNIER, P. DUPONT, DELESTRAINT, C. LARROUMET, M. PLANIOL, G. RIPERT. Del mismo modo, en Inglaterra la propiedad inmobiliaria, que se conoce con varios nombres: *Property, Law of Real Property, Registration, Land Registration*; se estudia y regula con independencia de los demás Registros jurídicos, sin que se haya logrado unificar el régimen jurídico mobiliario e inmobiliario.

2. INTERÉS PRIVADO

En la *summa divisio* del Derecho en público y privado, el Derecho Registral, sólo el de los Registros jurídicos pertenece al Derecho civil, salvando alusiones autonómicas, al Derecho privado, que es el derecho que regula las relaciones entre particulares, según el concepto de P. RAMBAUD (*Le Code de Napoleon par questions et par reponses*, 2.^a ed., París, 1869). Lejos de intentar definir el Derecho privado como noción urgente, el Derecho civil es, de esta manera, el concerniente a los intereses particulares.

El Derecho civil se dice que es el Derecho del individuo como medida y fin del Derecho. DE CASTRO escribe que el Derecho civil está animado por el principio de personalidad. Para el abogado y publicista francés JEAN MARC VARANT es el Derecho de una sociedad horizontal, frente a la sociedad vertical, en la que todo viene del Estado: sociedad estatalizada, y que ha contribuido al *declin du droit* (*Le Droit au Droit*, París, 1986). La sociedad civil es la sociedad del principio de autonomía de la voluntad, de la libertad contractual, como fuente y medida de lo

jurídico frente a la socialización del Derecho. Aquí se inspira la célebre frase de FOUILLE: *Qui dit contractuel, dit juste*. Y KANT describe admirablemente la libertad: «Cuando alguien decide una cosa en lugar de otro, es siempre posible que cometa alguna injusticia, pero toda injusticia es imposible en lo que cada uno decide por sí mismo». Es innegable que los Registros jurídicos no pertenecen al Derecho administrativo, y siempre ha sido así. El interés privado aparece en los orígenes de la legislación registral. Aparece el carácter civil del Registro jurídico en la Exposición de la Comisión de Códigos de la Ley Hipotecaria de 1861: aseguramiento de las relaciones individuales. Versa sobre los negocios jurídicos de los particulares, incluso el Estado como sujeto de derechos privados. En el *Diario de Sesiones del Senado* de 16 de diciembre de 1863, palabras de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA sobre la Ley Hipotecaria: «Indole esencialmente civil o de Derecho privado». Y el Real Decreto 1030/1980, de 3 de mayo, señala como objeto del Derecho Inmobiliario la protección de las relaciones jurídicas privadas. Discurso del Senado de presentación del Proyecto de Ley Hipotecaria de 1861 por el excelentísimo señor Ministro de Justicia figuran las palabras: «seguridad que tendrán los que presten sobre los inmuebles...».

En la doctrina, ROCA SASTRE considera la registral «actividad estrictamente jurídica, puesta al servicio del Derecho privado». El Registro es, para Díez PICAZO, «defensor y protector de los acreedores hipotecarios». El Derecho Hipotecario, según LACRUZ BERDEJO, está destinado a publicar derechos civiles... con eficacia civil especial. El profesor GUASP define el Derecho Registral: «forma de organización del Derecho privado por razón de su objeto» («La organización del Derecho privado», *RCDI*, enero-febrero 1961). Díez PICAZO habla en sus *Lecciones de Derecho Civil* de «hechos que producen mutaciones jurídico privadas».

Pretender llevar la regulación de los Registros jurídicos al Derecho administrativo implica, a mi juicio, desconocer su evidente carácter privado. El Registro es despacho abierto al público, pero no es un servicio público. La injerencia administrativa, de que hemos hecho mención, en forma de control o actividad auxiliar, tiene por objeto en el Derecho Registral la ordenación del Derecho privado, como parte del Derecho civil, dentro del Derecho de cosas —así en los Códigos civiles y enseñanza universitaria— o como derecho independiente.

B. OLIVER reitera la naturaleza civil del Derecho Registral: «El Registro Inmobiliario es una institución de Derecho civil... Todos cuantos juristas tomaron parte en la preparación y redacción de la Ley Hipotecaria, todos han opinado que toda la ley forma parte integrante del

Derecho civil, incluso los preceptos que tratan de la organización del Registro» (*ob. cit.*, pág. 373).

Escribe AMORÓS GUARDIOLA: «La protección que el Registro otorga al titular que inscribe es predominantemente privada, se organiza en atención a un interés individual, a la eficacia de un derecho subjetivo privado». Autonomía de la voluntad que destaca DE LA RICA, cuando afirma que el postulado de «voluntariedad» en la inscripción obedece al sacrosanto respeto de la libertad individual. Encontramos así en el Derecho Registral el elemento psicológico volitivo, que fundamenta el *ius dominativum*, característico del Derecho privado.

Es Derecho privado el registral, a pesar de la coexistencia de normas heterogéneas: civiles, procesales, mercantiles, administrativas. Debemos reconocer el predominio del interés privado aun cuando existan zonas en el Derecho Registral de interés público o características administrativas. Comparto la convicción expresada por LACRUZ BERDEJO: «Al lado de otros intereses públicos y sociales, que nos parecen indirectos o secundarios, la protección de los Registros jurídicos predominantemente privada, se organiza en atención a un interés individual, a la eficacia de un derecho subjetivo privado, protección de puro Derecho civil».

En cuanto a la distinción de Derecho Hipotecario material y formal, debemos señalar que es distinción abandonada hace tiempo y carece de interés científico. Por lo demás, como se sabe, hasta el Código Civil contiene normas de Derecho público, sin que ello ponga en duda su verdadera naturaleza. Refuerzan la argumentación, los conceptos jurídicos que le integran y la formación especializada del Registrador iusprivatista.

También encontramos apoyo del lado de la relación jurídica registral. SANTORO PASSARELLI define la relación jurídica privada como la constituida para tutelar un interés privado. La relación jurídica registral no satisface precisamente intereses supra individuales, aunque en el ámbito del Derecho civil existan —derechos de la personalidad, derechos familiares—, satisface pura o predominantemente intereses individuales, y el poder conferido al titular registral le permite disponer plenamente de su interés. Yo tengo muy claro que el destinatario del Registro es el particular que acude a él, no es destinataria la sociedad entera.

La tesis iusprivatista del Derecho Registral resulta palmaria desde una perspectiva sociológica. GRASSERIE elocuentemente expone: «La enajenación de un inmueble, los derechos reales sobre las cosas, interesan en grado sumo a los contratantes, a sus familiares y a los terceros a quienes dichos actos benefician o perjudican; en cambio, las condiciones en que determinados trabajos se realicen, el salario, la jornada, el trabajo de la mujer y de los niños, la dignidad de unos y otros, no

pueden quedar sometidos a la libertad de estipulaciones, son de interés general» (*Principios Sociológicos del Derecho Civil*).

3. SEGURIDAD JURÍDICA Y SEGURIDAD JURÍDICA REGISTRAL

Tradicionalmente se viene afirmando que el fin de los Registros jurídicos es la seguridad jurídica, con expresión de ROCA SASTRE, robustecer la seguridad jurídica. A manera de lema académico, formula CÁRDENAS (*Memoria Histórica de la Comisión de Codificación*) el objeto fundamental de los Registros Hipotecarios, con la expresión trinómica: «Firmeza, Seguridad y Estabilidad».

¿Qué seguridad jurídica realiza el Registro? ¿Existe únicamente la seguridad general del Derecho, o puede hablarse también de otras seguridades específicas junto al fin o exigencia ineludible de la seguridad del Derecho? Los tratadistas de Derecho Hipotecario cometen el error de no distinguir. Creo que es preciso diferenciar la seguridad jurídica valor del derecho de la seguridad jurídica registral, autenticadora de derechos.

Fue el impulso de seguridad lo que movió a los hombres a constituir una sociedad y un derecho. Es la seguridad, afirma LEGAZ LACAMBRA, dimensión ontológica del derecho. Seguridad jurídica, añade el filósofo del derecho, significa certeza del derecho. El conocimiento de la norma por el individuo es seguridad, porque sabe a qué atenerse. Para COING la seguridad se basa en la inviolabilidad del derecho (F. LÓPEZ DE OÑATE: *La Certeza del Diritto*, Roma, 1950).

Para BALDO la seguridad forma parte del contenido del derecho, es valor final, fin del Estado que debía defender los derechos.

La seguridad es una exigencia ineludible del Derecho y, al mismo tiempo, de la justicia. Así habla KANT de la justicia protectora (*iustitia tutatrix*). Igualmente RADBRUCH afirma que «la seguridad jurídica es una exigencia de la justicia... hemos de procurar realizar la justicia con la menor merma posible de seguridad». PÉREZ LUÑO matiza (*Derecho Natural*, Barcelona, 1950): «la seguridad no es la justicia, es sólo un valor al servicio de la justicia».

Todo orden jurídico conlleva una situación general de seguridad. La inviolabilidad que deriva de la seguridad obliga al mantenimiento y acatamiento del derecho. Por ello crean inseguridad: la arbitrariedad, revisión de la cosa juzgada.

El destinatario de la seguridad es la persona. Uno de los grandes fines del Estado de Derecho es la protección al individuo que la seguridad jurídica trata de realizar. La seguridad forma parte de la personalidad. En este sentido de extensión de la personalidad manifiesta JOHN

LOCKE (en el Tratado político *Du Gouvernement Civil*, chap. XII, página 286): «El término propiedad (*property*) designa no solamente los bienes o cosas poseídas, sino, más fundamentalmente, la vida, la salud, la integridad de la persona, la libertad patrimonial.»

Por otra parte, también la noción del derecho subjetivo, en cuanto protectora de los individuos, encarna la idea de seguridad, que aparece en el siglo XIV con GUILLERMO D'OCCAM (*subjectum iuris*) y en el XVI con FRANCISCO DE VITORIA (*Lecciones sobre los Indios*, 1538), consagrándose en el siglo XIX.

Seguridad jurídica y seguridad jurídica registral tienen finalidad común: la protección del individuo. El fin de la seguridad registral es el individuo. La seguridad aparece como exigencia del Derecho Registral, como valor final que debe cumplir inexorablemente. La Ley Hipotecaria nace para dar certidumbre al dominio y demás derechos en la cosa. Es Ley de seguridad de los derechos (*Diario de Sesiones del Senado* de 24 de noviembre de 1860). B OLIVER utiliza el término «aseguración».

El Real Decreto 1030/1980, de 5 de mayo, considera el Registro como institución dirigida a la publicidad y protección de las relaciones jurídicas privadas. El Estado, mediante la autenticación de los derechos, realiza una función de garantía jurídica, a través del Registro y del Notariado. Resalta el fin esencialmente jurídico del Registro inmobiliario, dirigido al mantenimiento del orden jurídico, a diferencia de los Registros administrativos.

Importa destacar de la seguridad registral otra característica, cual es su eficacia cautelar anticipada o anteprocésal. MEZQUITA DEL CACHO (y otros autores bajo el título *La Seguridad Jurídica y el Notariado*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1986) observa que el sistema registral y notarial forman parte de los que puede denominarse derecho preventivo, que evita la actuación ante la autoridad judicial. En igual sentido se expresa LÓPEZ MEDEL, en el ámbito registral y notarial, la seguridad jurídica queda cualificada por las notas de preventiva, cautelar y anticipativa, según este autor, quien pone de relieve la valoración constitucional del principio de seguridad jurídica.

Escribe CHICO Y ORTIZ (*Administración Pública de Derecho Privado*): «Para que el Registro sea jurídico, además de público, es preciso que de archivo se convierta en institución destinada a provocar una publicidad que produzca efectos; efectos que aseguren lo que no puede lograr ni la escritura pública, ni el documento judicial, ni el público o administrativo, pues sólo mediante la inscripción el documento se hace fuerte y puede producir efectos *erga omnes*.

Podemos concluir diciendo que la seguridad, valor final del Derecho y exigencia ineludible de la justicia, en orden a la protección del

individuo, tiene como categoría específica la seguridad registral. Tienen en común el fin, pero la seguridad registral es de naturaleza instrumental o medio de garantía de los derechos. El Derecho en sí es seguridad; el Registro es seguridad de algo, no de sí mismo. La seguridad registral es un valor, por tanto, referencial, relativo a los hechos o derechos inscritos. Uno contiene su propia seguridad, el otro asegura a otros. El Derecho Registral no se protege a sí mismo, defiende y garantiza lo inscrito. Es por ello derecho tuitivo de las noticias que publica. Vemos, pues, que la seguridad registral es diferente de la certeza del derecho como fin esencial del mismo. La seguridad registral lo es de los derechos inscritos, cuya eficacia se caracteriza por ser preventiva y *erga omnes*.

4. ROGACIÓN Y CONSENTIMIENTO

La actividad registral en los Registros jurídicos es rogada, a instancia de parte. Las operaciones registrales no pueden realizarse sin que los interesados lo soliciten.

Rogación es la petición de inscripción, que constituye principio registral. La rogación puede ser expresa, la que se pide mediante solicitud; tácita, por presentación del título, y presunta, la que resulta del hecho de pedir certificación, que se entiende solicitada la cancelación de asientos.

El fundamento de la rogación es el principio de autonomía de la voluntad que inspira los Registros jurídicos, al servicio de los particulares. Destaca LÓPEZ MEDEL la diferencia de la rogación de la instancia administrativa, porque lo que se pide en aquélla no está afectado por la frialdad y rigidez de la instancia.

El particular inscribe libre y voluntariamente; la inscripción se deja a su arbitrio. A esto se opone la inscripción de oficio, por imposición de la norma.

Quien inscribe lo hace con el fin de obtener el amparo de la inscripción. La petición de inscripción está motivada teniendo en cuenta los beneficios que reporta, de aquí que se llame inscripción estimulada, pues los efectos que la ley atribuye a los asientos sirven de estímulo o resorte a los particulares para pedir la inscripción. La rogación guarda relación y coherencia con la inscripción voluntaria, por una parte, y, por otra, con el principio del consentimiento, en cuanto son distintas expresiones concretas de la autonomía de la voluntad de los interesados en el campo de los Registros jurídicos.

La inscripción voluntaria es principio básico común de los Registros jurídicos. La inscripción necesaria, llamada también obligatoria o forzosa, es la que se impone coactivamente al interesado, a veces, bajo

sanción, incluso señalando plazo preclusivo para realizarla. La inscripción obligatoria es característica de los Registros administrativos, como ya se dijo al tratar de ellos, e incompatible con la vigencia del principio de autonomía de la voluntad. El ámbito de la rogación comprende no sólo la petición de inscripción, también se extiende a la solicitud por el interesado de un asiento concreto; si se practica en forma diversa deberá obtener previamente la conformidad de los interesados (Resolución de 19 de junio de 1975).

El consentimiento de los interesados, rasgo peculiar de los Registros jurídicos, el consentimiento de quienes tienen interés en asegurar el derecho que se inscribe, se manifiesta bajo múltiples formas en relación con los asientos registrales: contenido del asiento respecto al título, modificación o rectificación de asientos, cancelación, alteración del rango registral, renuncia del derecho o del asiento.

La voluntariedad, el juego del principio de autonomía de la voluntad inspirador en gran medida de los Registros jurídicos, hace que sus procedimientos registrales sean procedimientos dispositivos o *ex voluntate*, como ordenadores al servicio del particular, carentes de la tipicidad e impulso de oficio de los administrativos.

5. AUTENTICIDAD

La autenticidad, así la llama ARAGONÉS, es una de las condiciones que debe reunir todo Registro jurídico, implica que el derecho que se inscribe conste de manera indubitable. La autenticidad hace referencia a las exigencias de certeza y validez del derecho materia de inscripción. Es control de legalidad para permitir el acceso sólo a los hechos jurídicos que revisten caracteres de validez. Precede al control de legalidad de la calificación registral. Viene a ser una calificación cautelar presuntiva *ex lege*.

La restricción legislativa del documento inscribible al documento público, al igual que los demás principios registrales, es garantía de la seguridad jurídica final que la inscripción debe brindar. Y se funda en las citadas exigencias de certeza y validez del derecho, el derecho debe existir y ser válido, pues el legislador piensa que únicamente los títulos formalizados por juristas competentes, es decir, los llamados títulos auténticos, deben tener virtualidad registral, habida cuenta de la probabilidad de que reúnan los requisitos legales. El Notario realiza una función adecuada (J. DE PRADA), no es un documentador.

6. CALIFICACIÓN JURÍDICA

Una de las diferencias más trascendentales que separan los Registros administrativos de los jurídicos es, que en éstos el Registrador valora y juzga el título, decidiendo si el acto es o no inscribible, y señala, en su caso, el camino a seguir para que los interesados subsanen los defectos observados.

El Registrador de los Registros jurídicos no es órgano pasivo, no es autómatas copiadore o archivador de documentos, ni su labor es de mera comprobación o investigación como el funcionario encargado del Registro administrativo.

La calificación o control de la materia inscribible, señala PAU PEDRÓN, es característica común de los Registros de seguridad jurídica que los distingue de los Registros de información administrativa.

La calificación se considera cuestión clave de la profesión registral. Sólo el *status* independiente y de responsabilidad personal y directa del Registrador garantiza el principio de legalidad o control calificador. Su fundamento en el derecho positivo se encuentra en la investidura pública de la profesión registral. El poder legislativo confiere al Registrador la potestad o facultad calificadora para exigir la observancia del principio de legalidad, en aras de la seguridad jurídica final que el Registro debe realizar, y a la que el principio de legalidad y los demás principios deben servir. Destaca el orden lógico y sistemático del Registro formado por una cadena de garantías, autenticidad, calificación, para lograr la garantía final del Registro, que es la seguridad registral.

No tiene sentido exponer aquí el tema de la calificación jurídica en toda su extensión y profundidad, que ha sido objeto de numerosos y magníficos estudios por la doctrina hipotecaria. Muy recientemente CHICO Y ORTIZ añade otra importante obra dedicada a esta materia (*Calificación jurídica. Conceptos básicos y Formularios registrales*, Pons, 1987).

En cambio, me parece oportuno dar cuenta resumida de lo más esencial, a mi parecer, del juicio valorativo registral:

a) Que la facultad calificadora es un juicio unipersonal, técnico y profesional de naturaleza puramente jurídica, bajo los principios de independencia, responsabilidad directa y personal. Sobre el Registrador, el profesor DÍEZ PICAZO, tras subrayar la necesaria independencia, hace justa y precisa descripción: «quien debe tener una severa preparación especializada, y mantiene a sus expensas las oficinas, cobra por arancel y está sometido a dura responsabilidad. Y son calificantes, ya que ejercen sobre los títulos inscribibles un examen previo y eminentemente jurídico con objeto de que sólo tengan acceso al Registro los títulos

realmente válidos y eficaces, evitando que se desencadenen los efectos protectores del Registro en casos indignos de protección (*Lecciones de Derecho Civil III, Derecho de Cosas, Madrid, 1967, pág. 211*).

b) Que la calificación implica la necesaria tarea hermenéutica de las normas previa al juicio calificador. El Registrador ejerce relevante actividad jurídica de interpretación y aplicación del derecho, utiliza sus conocimientos de lógica jurídica, argumentación y razonamiento jurídico, cuando la interpretación, mejor aplicación, literal, es insuficiente.

c) Que la calificación, en sentido estricto, es decir, el fallo o decisión de inscribibilidad, puede ir precedido de informe del Registrador, certificación con información continuada, sobre la situación jurídica registral de la finca o derecho. Todo ello hace referencia a una parte de la actividad de información y asesoramiento. Siguen al juicio calificador dos proyecciones: una de construcción jurídica, por la que se fija la estructura y redacción del asiento, selectiva de lo que puede y debe ser objeto de publicidad, pues el Registrador, repito, no transcribe; y la otra, también de consejo, asesoramiento y actividad colaboradora del Registrador para la devolución del documento, subsanación de faltas en orden a facilitar la ulterior inscripción y defensa de los derechos de los particulares por la vía de recursos.

d) Que, en toda su extensión, proyecciones y efectos, la calificación al mismo tiempo que control de legalidad-homologación purificadora, con expresión de LÓPEZ MEDEL —constituye actividad científico-doctrinal de creación jurídica—. Sin duda, hay un Derecho de juristas precisamente registral, parangonable, como alguna vez se ha dicho, a la jurisprudencia cautelar romana.

La doctrina calificadora proporciona el material jurídico sobre el que se construyen las Resoluciones de la Dirección General, contribuye así decisivamente a la formación de la jurisprudencia registral. La Resolución de 26 de octubre de 1973 declara: «La calificación del Registrador puede contribuir eficazmente al desarrollo del derecho.» (Sobre el papel creador de la calificación, CHICO Y ORTIZ: *La inscripción registral y el documento notarial como fuente de construcciones jurídicas*, III Congreso Internacional de Derecho Registral.)

Como acto preparatorio de la inscripción y sus efectos, se le atribuye también a la calificación por GALLARDO RUEDA eficacia autenticadora y declarativa de los derechos que se inscriben, pues la calificación —precisa LÓPEZ MEDEL— es el «primer eslabón de una serie de efectos jurídicos».

7. LA INSCRIPCIÓN COMO ACTO JURÍDICO

La inscripción, ya quedó expuesto, en los Registros administrativos es un acto administrativo, pero no lo es en los Registros jurídicos, aunque de éste tomemos la concepción más amplia, por no ser acto dictado por la Administración. Falta siempre, al menos, el requisito subjetivo de la persona agente que dicta el acto, pues los Registros jurídicos no son órganos de la Administración. El Registro no tiene personalidad jurídica —fuera de la del Registrador—, ni es órgano de la Administración, es decir, no representa orgánicamente a la Administración. Por su parte, el Registrador no representa a nadie, actúa en nombre propio. El acta de inscripción en los asientos así lo refleja con estas palabras: «En su virtud, inscribo.» En los Registros jurídicos es el Registrador quien inscribe; en los administrativos es la Administración quien inscribe. Inscribire el Registrador personalmente como profesional del Derecho investido por el Poder público (legislativo) para dotar de eficacia jurídica los asientos registrales. La fe pública de que el Registrador está investido dimana del poder legislativo. Cuando el Registrador inscribe (supuesto de hecho) aplica la norma y, en consecuencia, se producen los efectos previstos por la norma jurídica.

La inscripción en cuanto acontecimiento que se produce a virtud de la voluntad de los particulares y al que el ordenamiento jurídico otorga determinados efectos es, sin duda, un acto jurídico (ver SANTORO PASSARELLI: *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Madrid, 1964). Acto jurídico, pero no acto administrativo. LÓPEZ MEDEL señala que la inscripción difiere del acto administrativo: aplicación del principio de autonomía de la voluntad, normativa particular sobre la nulidad de inscripciones, rectificaciones y cancelaciones, falta la revisión de oficio, calificación, contenido del asiento, salvaguarda de la inscripción por los Tribunales, etc.

Como la inscripción registral es presupuesto de efectos predispuestos por la ley, pertenece a la categoría de actos jurídicos en sentido estricto. Llamados también «actos de Derecho» por URSICINO ALVAREZ (*El Negocio Jurídico*), porque el efecto se determina por la ley con carácter forzoso. Es un acto de la voluntad, porque de la voluntad del particular depende la inscripción, en cuanto el particular decide la presentación del título. El principio de autonomía de la voluntad en el Derecho Registral permite argumentar la naturaleza negocial (negocio jurídico). Voluntad que está presente en la rogación y se presume en los negocios formales, pero el contenido de la inscripción y efectos —afirma GONZÁLEZ PÉREZ— son, en cierto modo, fijados por la ley. Llegamos a la conclusión, al parecer más exacta, que la inscripción es negocio jurídico

normado, por derivar sus efectos de la ley. Dentro de los actos o negocios jurídicos pertenece a la clase de los positivos. Y formales, sujeto a forma especial, típico, en razón a los requisitos y efectos predeterminados, y es también acto jurídico complementario del negocio jurídico que se inscribe. La naturaleza complementaria de la inscripción no se opone a la inscripción constitutiva, ni a la autonomía de la relación jurídica registral, que completa el negocio civil, por vía constitutiva. En este caso, modifica el contenido de la relación jurídica, la inscripción es, más bien, modificativa, de efectos jurídicos, en parte, normados por ministerio de la ley (sobre naturaleza jurídica de la inscripción pueden consultarse los trabajos de RAFAEL CHINCHILLA RUEDA en *RCDI*, página 608, 1945, y J. LÓPEZ MEDEL en la misma revista, año 1958, página 463).

8. SUSTANTIVIDAD

Los Registros convierten en público lo que es privado; pero, frente a la publicidad de los Registros administrativos, meramente informativa, publicidad de anuncio, contrasta la publicidad sustantiva de los Registros jurídicos. Sustantividad equivale a eficacia jurídica, y es nota esencial de los Registros jurídicos. La inscripción da vida legal a lo inscrito, convierte las inscripciones en declaraciones de derechos privados. El valor jurídico de lo inscrito marca los derechos y obligaciones de los terceros, con efectos declarativos o constitutivos de las relaciones jurídicas.

La publicidad, por tanto, de los Registros jurídicos y administrativos, es diferente; la primera sustantiva, la segunda informativa. CHICO Y ORTIZ (*Calificación jurídica...*, ob. cit.) se expresa en los siguientes términos: «No es lo mismo publicidad noticia, propia de los Registros administrativos, que publicidad efecto, peculiar de los Registros jurídicos, que protegen el principio de la seguridad del tráfico». A la eficacia aseguradora de las noticias que publican los Registros jurídicos se llama publicidad material, que es el efecto protector de los derechos inscritos. Habiendo sido proclamado principio básico común de los Registros Inmobiliarios y de los jurídicos, en la Carta de Buenos Aires de 1972 y II Congreso Internacional de Derecho Registral de Madrid, 1974. Se desdobra la publicidad material en: *a)* afirmación de integridad, lo no inscrito no perjudica al titular registral; *b)* presunción *iuris tantum* de exactitud o principio de legitimación, los derechos existen y pertenecen a su titular en la forma que determina el asiento respectivo, mientras por sentencia firme no se declare lo contrario. Y la apariencia creada por el Registro logra posición inatacable, *iuris et de iure*, cuando

juega el conocido como principio de fe pública registral en beneficio de tercero de buena fe.

9. EL REGISTRADOR, JURISTA INVESTIDO DE FUNCIONES PÚBLICAS

El Registrador del Registro Inmobiliario —debe extenderse a los demás Registros jurídicos— no es funcionario administrativo, ni público, ni siquiera público especial o *sui generis*. Cuando la ley llama funcionario público al Registrador o Notario utiliza una denominación inadecuada a su verdadera naturaleza, y deja indefinido lo que son. Es sabido que la expresión funcionario público —a ello se ha hecho referencia— adolece de suma imprecisión por el carácter político coyuntural y contenido heterogéneo de personas y actividades que comprende, diversas funciones, cualificación, sistemas de ingreso..., lo que determina en este supuesto el error nominal de llamar funcionario a quien no lo es, consecuencia de un proceso de generalización ilógica.

Si tenemos en cuenta los rasgos fundamentales de la profesión registral, que veremos a continuación, actuación en nombre propio, responsabilidad personal, independencia, remuneración arancelaria, asesoramiento y actividad jurídica creadora..., etc., resulta evidente que el Registrador no es funcionario, sino más bien profesional liberal, pero investido de funciones públicas, lo que la ley viene llamando profesiones oficiales. A semejanza de las profesiones liberales, el aspecto privado es esencial y prioritario, asimismo la relación con el cliente, que no es administrado y, en suma, todo el aspecto jurídico privado estudiado en páginas anteriores. GARCÍA TREVIANO y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, autores de Derecho administrativo, afirman que no son funcionarios públicos quienes cobran sus honorarios por arancel y asumen el riesgo de su actividad.

En forma sintetizada, me parecen caracteres relevantes de la profesión registral los siguientes:

a) Independencia. En los Registros jurídicos, ausente en la Administración pública, como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA (*La Administración Española*, pág. 138) se da el *leadership* o liderazgo empresarial que ejerce el Registrador como dueño de la empresa privada, fruto del interés incentivado que tiene depositado en ella. El Registro, como oficina, tiene organización autónoma. El Registrador actúa en nombre propio, no representa a la Administración: el personal al servicio del Registro depende directamente del Registrador, elegido e instruido por éste; todos los gastos de la oficina son asumidos por el Registrador; gastos de funcionamiento y conservación de la oficina, remuneración del personal,

alquiler del local, libros, mobiliario... El Registro es una empresa privada. El sistema de privatización adoptado se considera el más adecuado y eficaz, recomendado expresamente en las conclusiones aprobadas por los veintinueve países representados en el III Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Puerto Rico en 1976, frente a la inserción (burocratización) de la función registral en el orden administrativo.

b) El ejercicio profesional jurídico del Registrador tiene su mejor expresión en la calificación registral; asesoramiento, consultas y actividad creadora del Derecho de juristas, de lo que ya hemos hablado. El Registrador es libre. «Nadie puede imponer una calificación determinada al Registrador» (ROCA SASTRE). Discrecionalidad que se aprecia también en la identificación de fincas, inmatriculación, interés legítimo a efectos de la publicidad formal... El Registrador, en definitiva, se ha dicho, decide por sí y ante sí, bajo su exclusiva responsabilidad. Ningún Juez o Tribunal puede apremiar al Registrador para que practique cualquier asiento improcedente a juicio del Registrador.

El control de la calificación o recurso gubernativo es procedimiento especial. El recurso gubernativo no es recurso administrativo, ni contencioso-administrativo, porque no puede hablarse de apurar la vía gubernativa, tampoco tiene el carácter de alza (ROCA SASTRE). Los procedimientos hipotecarios son dispositivos, ajenos a la tipicidad de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Y la intervención administrativa en la profesión registral, como ya he dicho, al tratar de los Registros administrativos, debe ser tan sólo de control y fomento.

c) El Registrador está sujeto al sistema general de remuneración de los fedatarios y profesiones oficiales, que es la retribución por arancel. La Exposición de Motivos de la Ley de 1861 dice: «Lo más justo es que la obligación de pago de los honorarios recaiga en aquellos a cuyo favor se inscribe o anota el derecho». Arancel satisfecho directamente por los interesados o clientes. Más justo, eficaz e independiente que la retribución con cargo a los Presupuestos del Estado, pues, con independencia de toda la problemática negativa de la estatificación, ajena a este estudio, el Registrador no trabaja para el Estado.

En España todos los Gobiernos de diversas ideologías han expresado su reconocimiento al sistema de arancel. Y asimismo el Derecho comparado muestra sus mejores ejemplos de organización registral en los países donde el Registrador percibe sus honorarios por arancel.

d) Responsabilidad directa y personal del Registrador, que se funda en la actuación en nombre propio, *casum sentit dominus*. El Registrador soporta el riesgo de su empresa con sus propios bienes. No existe en el

Registro responsabilidad de la Administración, ni del Estado. De aquí la fianza como garantía de la responsabilidad civil, que asegura los intereses de los clientes. La responsabilidad personal del Registrador obliga a la atención profesional, lo que redundará en incremento de eficacia.

f) El nombramiento y selección del Registrador se verifica por oposición especializada, lejos de los sistemas que permiten valoraciones subjetivas, incluso arbitrarias. La oposición garantiza la instrucción jurídica inicial del Registrador como profesional del Derecho.

g) Descentralización de los Registros por todo el territorio, con el fin de aproximar el Registro a los particulares. Inicialmente la demarcación de distritos hipotecarios fijada a semejanza de la judicial por cabezas de partido, ha sufrido importante atomización en los últimos años, especialmente en las ciudades, por obra de las segregaciones, divisiones y subdivisiones de los Registros. En el caso de los Registros Mercantiles la competencia es territorial provincial.

Las anteriores características distinguen al Registrador del funcionario, aproximándole al profesional liberal, aunque tampoco pueda identificarse con éste, por la eficacia pública profesional. Si el Registrador y otros profesionales públicos guardan más semejanza con los profesionales que con los funcionarios habrá que concluir que son profesionales que, al faltar la identidad, serán profesionales especiales, en lugar de funcionarios especiales. El Registrador ocupa una posición peculiar (tesis de RODRÍGUEZ ADRADOS) entre los juristas del Estado y los juristas libres, cuyo prototipo son los abogados. Posición, repetimos, más próxima al profesional liberal.

La concepción del Registrador como jurista se recoge en el Real Decreto 3503/1983, de 21 de diciembre, en la Exposición de Motivos. Numerosas Resoluciones de la Dirección General de los Registros subrayan el carácter de profesional del Derecho que tiene el Registrador. La Ley Hipotecaria —escribe CHICO Y ORTIZ— no hacía falta que lo plasmara, ya que la actividad calificadora que al Registrador se le encomendaba era imposible de realizar sin el carácter de profesional del Derecho.

Consciente el legislador, precisamente en ley fiscal, de la analogía con la profesión liberal, pero sabedor del carácter público de la actividad registral, acuña y toma carta de naturaleza en nuestro Derecho, la expresión, guste o no, clarificadora y, por tanto, útil, de profesionales oficiales, que aparece en la Ley 10/1985, de 26 de abril, de modificación parcial de la Ley General Tributaria (BOE de 27 de abril).

Considera la Ley de 26 de abril de 1985 (arts. 81, 86 y 111) profesiones oficiales las desempeñadas... por los Registradores de la

Propiedad. La Ley habla de profesionales oficiales para hacer referencia a la investidura pública, al *status* público de la actividad, que las separa de la pura profesión liberal. Obsérvese que no dice la Ley funcionarios especiales, ni funcionarios profesionales, porque lo relevante es la naturaleza profesional, que se matiza con la palabra oficial, alusiva al matiz público de la profesión. Pero, a diferencia de los Agentes y Corredores, que son comerciantes e intervienen en los negocios (arts. 88 y 100 del CC), el Registrador, como el Notario, son profesionales que no toman parte en los negocios.

El Tribunal Constitucional se pronuncia a favor de esta tesis respecto a los Colegios Profesionales, en Sentencia de 24 de mayo de 1985, reiterada por la de 15 de julio del corriente año, dice que los Colegios Profesionales son Corporaciones de base privada, como sostiene algún importante sector doctrinal, aunque tengan atribuidas por la Ley o delegadas algunas funciones públicas. Y considera que el Estado puede, siempre que sea necesario para la consecución de fines públicos, organizar su intervención en los diversos sectores de la vida social a través de la regulación de corporaciones que realizan una actividad que, en gran parte, es privada, de configuración legal, a las que se confiere el ejercicio de funciones públicas. Se une al reconocimiento legal y judicial de la naturaleza profesional pública, la proclamación supranacional contenida en las declaraciones aprobadas por los Congresos Internacionales de Derecho Registral, Buenos Aires en 1972, Madrid del año 1974, San Juan de Puerto Rico en 1977 y México en el año 1980, en los que se tipifica la figura del Registrador encargado de los Registros jurídicos de bienes como jurista con título universitario especializado e independiente en su calificación, tanto frente a la actividad judicial como a la administrativa.

En la doctrina el carácter profesional del Registrador es posición plenamente consolidada. CHICO Y ORTIZ: «Somos profesionales del Derecho (*La función calificadora. sus analogías y diferencias con otras.* IV Congreso Internacional de Derecho Registral, México, 1980), la función que ejerce el Registrador español es autónoma, *sui generis*, supone una actuación especial». LÓPEZ MEDEL destaca la proximidad del Registrador al interesado o cliente que acude al Registro, al que orienta y asesora, notas que le separan de las tareas puramente administrativas, características del funcionario público. Asesoramiento de clientes, Letrados y Notarios. DIE LAMANA, en su intervención en la Delegación Regional (Barcelona, 4 de julio de 1979), pronuncia las siguientes palabras: «Se hacen ver las singularidades de la función registral, impropias del funcionario público.»

El Centro de Estudios Hipotecarios hace suya la tesis profesional del

Registrador en artículo publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* número 546, septiembre-octubre de 1981, «Sobre la conveniencia de incluir el Derecho Registral como disciplina objeto de enseñanza en la Universidad». LACRUZ BERDEJO, en su importante dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador (*RCDI*, enero-febrero 1979), después de examinar las concepciones privatistas de la doctrina italiana (MARIANI, BONIS), el Registrador como «profesional vinculado» que ejerce funciones públicas, y las doctrinas mixtas que contemplan al Registrador mezcla de caracteres del funcionario y del particular. Basándose en la autonomía o responsabilidad exclusiva, actuación en nombre propio, retribución directa por los interesados y responsabilidad personal, concluye el dictamen: «el concepto de funcionario público administrativo no es aplicable a la figura del Registrador».

10. OTROS CARACTERES RELEVANTES

a) *Publicidad formal relativa*

La publicidad formal es la posibilidad de conocer los derechos inscritos, trata de los medios de conocimiento del contenido del Registro: manifestación y certificaciones.

Los Registros jurídicos son públicos para quien tenga interés conocido o interés legítimo. La publicidad tiene este límite subjetivo, queda restringida a determinadas personas, se dice que es relativa. Así como la publicidad en los Registros administrativos es absoluta, que permite a cualquiera llegar a conocer lo registrado, o es secreta, publicidad de registros policiales, publicidad de efectos internos, a efectos de organización administrativa, que legitima al ente de quien depende el Registro, según hemos visto al analizar la tipología de los registros administrativos. Y encuentra fundamento en la naturaleza de los datos que contienen los Registros administrativos, de interés general o público predominante.

En cambio, los Registros jurídicos aseguran los derechos de los particulares derechos de naturaleza privada opuestos a un sistema de publicidad absoluta. Es, pues, la zona privada del individuo, a mi juicio, el fundamento de la legitimación restrictiva de la publicidad en los Registros jurídicos. El Registro, como fuente de noticias, tiene el derecho que sólo a él compete emitir información. De otro lado, el derecho a recibir información legítima únicamente a quien tenga interés. Es el Registrador quien debe apreciar libremente la existencia de interés por parte del solicitante de publicidad. En consecuencia, las normas de la Dirección General deben respetar la indispensable independencia del

Registrador en esta materia. Por lo demás, me parece sumamente acertado el criterio restrictivo respecto a la publicidad, evitando la divulgación infundada de los datos registrales, lo que viene a ser otra medida protectora del titular inscrito.

El amparo de la información registral por la vía de la protección a la persona encuentra varios obstáculos:

1. La previsión legal o excepción a la reserva que se basa en el carácter público del Registro. La Exposición de Motivos de la vigente Ley orgánica de 1982: «Por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad». Sería en el caso del Registro una entrada legítima en el ámbito de la intimidad, dispensada por ley especial, con fines de seguridad jurídica.

2. Cabría alegar la excepción del «consentimiento del interesado», pues quien inscribe lo hace en un Registro público, luego tácitamente autoriza la publicación, así el aforismo *volenti non fit iniuria*.

3. Los datos registrales son datos patrimoniales, es decir, datos similares a los económicos. El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 26 de noviembre de 1984, declara que el derecho a la intimidad —el supuesto de hecho eran las cuentas bancarias— no se extiende, *prima facie*, a los aspectos económicos, porque lo relativo al patrimonio y a la vida económica no pertenece de suyo a la vida privada. Es la problemática del secreto bancario, tributario, rentas. Sin embargo, algunos autores incorporan los datos económicos a la vida privada. LINDON, NERSON, MANTOVANI consideran que siendo el patrimonio prolongación o, con otro matiz, proyección de la personalidad, el titular debe ser protegido, tiene derecho a la reserva porque forma parte de su vida privada.

Pero debe advertirse que junto al derecho de información de todo Registro público, que por las razones expuestas podría quedar excluido del derecho a la intimidad, los datos de los Registros jurídicos pertenecen indudablemente al Derecho privado, a la esfera reservada de la vida que debe ser respetada: existe un interés privado y personal de los titulares registrales que plantea la necesaria protección. Es evidente que divulgar las fincas y viviendas que poseemos, los embargos e hipotecas que pesan sobre nuestro patrimonio puede acarrearlos importantes daños. Igualmente la utilización indebida de la información de los Registros jurídicos, incluso de los datos obrantes en los Registros administrativos puede lesionar nuestro derecho a la intimidad, en cuanto significa intromisión ilegítima en nuestra vida privada, conforme a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, modificada el 29 de mayo de 1985.

Todo ello plantea el conflicto entre dos derechos, el derecho a la información registral, a conocer lo que el Registro debe publicar, y el

derecho a la vida privada que impide revelar los datos íntimos de la persona.

La información, en todo caso, debe respetar el derecho a la vida privada. Pero también podemos afirmar que incurre en ilicitud civil (responsabilidad extracontractual del art. 1.902 del CC) quien intentare mediante la información registral contra las noticias patrimoniales ajenas. De aquí el *habeas data* o *habeas scriptum* que debiera permitir al Registrador negarse a proporcionar los datos registrales cuando la información pueda transgredir el derecho a la intimidad.

b) *Confines informáticos*

La informática en los Registros jurídicos se ha señalado por distintos autores (J. L. BENIVIDES DEL REY, *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 1981, pág. 895) que debe aplicarse, pero cuidado, sin merma de la fuerza y eficacia jurídica del Registro. MARTÍNEZ DE BEDOYA y MUÑOZ CARIÑANOS informaron que la mecanización del Registro en los sistemas registrales de gran desenvolvimiento técnico-jurídico no puede ser, en el estado actual de desarrollo científico, susceptible de mecanización de grado superior.

Los ordenadores, las máquinas inventadas por el hombre auxilian a éste y le sustituyen en determinadas tareas, pero no en todo le pueden reemplazar, por otra parte, su utilización puede volverse contra su inventor. Desde el primer aspecto, sostenemos que en los Registros jurídicos la máquina que califica documentos, el robot jurídico no puede sustituir la actividad calificadora, la creación científica del Registrador, pues existen factores que el robot ignora, improvisación, creatividad del hombre no automatizables.

La informática no debe convertirse en monstruo que ataca a su inventor, los ordenadores no deben oprimir al hombre. Los ordenadores representan una amenaza preocupante de transgresión del derecho a la intimidad. Toda la completa y clasificada información de las computadoras hace necesario que esos datos de bancos sean objeto de regulación. La Constitución española de 1978 establece que la ley limitará el uso de la informática para garantizar la intimidad personal. Materia que ya ha sido objeto de regulación en otros países. En Suecia, por Ley de 11 de mayo de 1973, sobre la utilización pública y privada de computadoras destinadas a registrar datos personas, y en Francia, la Ley de 6 de enero de 1978, de protección de la vida privada y uso abusivo de computadoras.

En España, además de la reserva de ley que proclama el citado artículo 18, 4, de nuestra Constitución, pendiente aún de promulgación

la ley delimitadora del uso informático, la protección de las personas frente al peligro de la informática para la intimidad, trata de garantizarse por el Convenio de Estrasburgo de 28 de enero de 1981, ratificado por España el 27 de enero de 1984, regulador del derecho a la vida privada respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Este Convenio, mediante el control de informaciones personales, pretende evitar la unificación de datos correspondientes a cada persona en torno a un número social identificador.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ GENDÍN: *Tratado General de Derecho Administrativo*. Barcelona, cuatro tomos, 1958 a 1977.
- ALVAREZ ROMERO: *Significado de la publicación en el Derecho de la Propiedad Intelectual*. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1969.
- AMORÓS GUARDIOLA: *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*. Madrid, 1967.
- ARROYO, I.: *Legislación sobre cooperativas*. Madrid, 1987.
- BOQUERA OLIVER: *Estudios sobre el acto administrativo*. 4.ª edición, 1986.
- CAMACHO EVANGELISTA, F.: *Curso de cooperativismo. Teoría y práctica de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas*. Granada, 1987.
- CAZORLA PRIETO: *Temas de Derecho Administrativo*. 2.ª edición, 1979.
- COLMEIRO: *Derecho Administrativo Español*. Madrid, 1850.
- CHICO Y ORTIZ, J. M.ª: «Proyecciones de la seguridad jurídica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1984.
- *Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales*. Madrid, 1987.
- «Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 584, Madrid, 1988.
- DESANTES: *La información como derecho*. E. N., Madrid, 1974.
- DÍEZ PICAZO: *Lecciones de Derecho Civil. III. Derecho de cosas*. Madrid, 1967.
- DROMI ROBERTO: *El acto administrativo*, 1986.
- ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, vol. 2, Organización Administrativa, 7.ª edición, Madrid, 1981.
- FRAGOLA: *Gli atti amministrativi non negoziali*. Milano, 1942.
- FUEYO LANERI, F.: *Teoría general de los Registros*. Buenos Aires, 1982.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*. 3.ª edición, tomo I, 1980, y 2.ª edición, tomo II, Madrid, 1981.
- GARCÍA COMI: *Derecho Registral Aplicado*. La Plata, 1972.
- GARCÍA TREVIANO FOS: *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, 1973.
- GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I, parte general, 10.ª edición, Madrid, 1987.
- GIANNINI: *Instituzioni di Diritto Amministrativo*. Milano, 1981.
- GONZÁLEZ PÉREZ: «La impugnación de actos registrales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Madrid, 1955.
- *Los derechos reales administrativos*, 1984.
- «Registro de especialidades farmacéuticas», en *RAP*.
- GORDILLO: *Teoría general del Derecho Administrativo*, 1984.
- GUASP: «Derecho privado: su organización», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961.
- JORDANA DE POZAS: «El problema de los fines de la actividad administrativa», en *Revista de Administración Pública*. núm. 4.
- LACRUZ BERDEJO: «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1979.

- LÓPEZ MEDEL: *El Registro como servicio público*. Madrid, 1959.
- «Naturaleza de la función registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1980.
- *El principio de seguridad jurídica en la Constitución y su aplicación en el Derecho Privado Español*. Jornadas de Estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1987.
- LUCES GIL: *Derecho Registral Civil*. Bosch, Barcelona, 1975.
- MARÍN PÉREZ: *Introducción al Derecho Registral*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- MOLINA CABRERA, J., y FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, E.: *Legislación sobre cooperativas y sociedades laborales*. Madrid, 1987.
- MONTORO PUERTO: *Apuntes para una administración registral*. Estudios homenaje a López Rodó, Madrid, 1972.
- *Teoría de la forma de los actos jurídicos en Derecho público*, 1976.
- NÚÑEZ LAGOS: «El Registro de la Propiedad español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949.
- PAU PEDRÓN, A.: *Curso de práctica registral*. ICAI, Universidad Pontificia de Comillas, 1986.
- PELÁEZ ROSAL: *Profesiones judiciales y jurídicas*, 1987.
- PÉREZ LUÑO, A.: *Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho*. Madrid, 1987.
- DE LA RICA Y ARENAL: «El valor de la inscripción», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1948.
- RIVERO ISERN: *El Derecho Administrativo y las relaciones entre los particulares*. Sevilla, 1969.
- RODRÍGUEZ ADRADOS: «El Notario, función privada y función pública. Su inescindibilidad», en *Revista de Derecho Notarial*, 1980.
- SALAS: *Registro de empresas periodísticas y editoriales*. Sevilla, 1975.
- SANTAMARÍA DE PAREDES: *Curso de Derecho Administrativo*, 1885.
- DEL VALLE FUENTES: «Derecho Inmobiliario: en torno a su concepto», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1943.
- VILLAR PALASÍ: *Apuntes de Derecho Administrativo*. Madrid, 1965.
- ZANOBINI: *L'amministrazione pubblica del Diritto privato*, 1918.
- UNIVERSIDAD DE SEVILLA: *Coloquio marzo de 1986: problemas actuales de la documentación y la informática*. Madrid.

JUAN ANTONIO LEYVA DE LEYVA
 Registrador de la Propiedad

Derecho de opción: Cancelación de cargas ulteriores y breve apunte sobre su naturaleza real

SUMARIO: INTRODUCCION Y JUSTIFICACIONES: A) JUSTIFICACIÓN DEL TEMA. B) OBSERVACIONES PRELIMINARES: 1. *Fijación del tema*. 2. *Evolución del derecho de opción: del precontrato al derecho real*. 3. *Derecho de opción y Registro de la Propiedad*. C) JUSTIFICACIÓN DEL PLAN DE EXPOSICIÓN.—PRIMERA PARTE.—DICTAMEN: SUPUESTO DE HECHO: A) EFECTOS DEL EJERCICIO DE LA OPCIÓN DE COMPRA RESPECTO DE LOS DERECHOS REALES, CARGAS Y GRAVÁMENES INSCRITOS CON POSTERIORIDAD A LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN. B) ¿TIENEN LOS TITULARES DE TALES DERECHOS REALES, CARGAS O GRAVÁMENES NO PREFERENTES ALGÚN DERECHO SOBRE EL PRECIO SATISFECHO POR EL OPTANTE?, Y ¿TIENEN ALGUNA GARANTÍA REGISTRAL PARA SU COBRO? C) ¿CUÁLES SON LOS DOCUMENTOS NECESARIOS PARA CANCELAR LAS ANOTACIONES DE EMBARGO ORDENADAS POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y QUE HAN QUEDADO EXTINGUIDAS POR CIRCUNSTANCIAS QUE CONSTAN EN EL PROPIO REGISTRO? D) ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN JURÍDICA RESULTANTE DE LA INSCRIPCIÓN DEL EJERCICIO DE LA OPCIÓN DE COMPRA SIN CORRELATIVA CANCELACIÓN DE LAS ANOTACIONES DE EMBARGO NO PREFERENTES?—CONCLUSIONES.—SEGUNDA PARTE: I. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 10 DE ABRIL DE 1987 (BOE DE 5 DE MAYO): A) SUPUESTO DE HECHO. B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL.—II. EL PROBLEMA DE LA CONSIGNACION EN FAVOR DE LOS TITULARES DE GRAVAMENES NO PREFERENTES: A) LA SOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL: LA REGLA DE LA NECESIDAD DE LA CONSIGNACIÓN Y SUS LÍMITES NATURALES. B) MI PLANTEAMIENTO: 1. *Naturaleza personal o real del derecho de opción*. 2. *Diversidad de régimen jurídico según la naturaleza de los derechos ulteriores: dominio, derechos de goce y derechos de garantía y otras cargas*: Primero. Supuesto en que el titular posterior sea un adquirente del dominio. Segundo. El problema del ejercicio unilateral del derecho de opción. Tercero. Supuesto en que el titular posterior sea un adquirente de un derecho real limitado de goce. Cuarto. Supuesto en que existan titulares posteriores de derechos de garantía u otras cargas. 3. *Sistema de subsistencia y sistema de liquidación: hacia una superación de este planteamiento*. 4. *Sistema de extinción con garantía y sistema de extinción sin garantía*. 5. *El requisito de la notificación al titular del derecho de opción*. 6. *Ámbito de la autonomía de la voluntad*. C) CONCLUSIONES Y PROPUESTAS: 1. *Propuesta de «lege data»*. 2. *Propuesta de política legislativa*.—III. EL PROBLEMA DEL MANDAMIENTO JUDICIAL PARA LA CANCELACION DE LOS ASIENTOS ORDENADOS

POR AUTORIDAD JUDICIAL: A) LA SOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL: COMENTARIO. B) ¿TIENE SENTIDO EL MANDAMIENTO CANCELATORIO O ES UN TRÁMITE INÚTIL? C) EN CONCRETO, EL PROBLEMA DE LA NOTIFICACIÓN AL JUEZ O TRIBUNAL QUE CONOZCA DEL PROCEDIMIENTO.

INTRODUCCION Y JUSTIFICACIONES

A) JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

El problema de la cancelación de las cargas y gravámenes no preferentes a un derecho de opción de compra inscrito, fue el objeto de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982 y, últimamente, de 10 de abril de 1987. En síntesis, estas resoluciones (las primeras, cuya doctrina, como veremos, confirma la tercera), establecen la necesidad de consignar el todo o parte del precio de opción en favor de los titulares de cargas ulteriores, como requisito para la cancelación de sus asientos. Solución valiente y progresista que ha sido mayoritariamente aceptada por la doctrina y la práctica registral con pocas dudas. Así, AMORÓS GUARDIOLA (1), PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS (2), RUANO BORRELLA (3), TORRES LANA (4), entre otros. El propio ROCA SASTRE había defendido esta solución señalando que nuestro Derecho se aviene mejor al sistema liquidatorio de cargas «a fin de poder adquirir lo optado libre de toda carga o gravamen posteriormente constituido, procediéndose, en consecuencia, a la cancelación registral de las mismas, con aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 175, 6.º, del Reglamento Hipotecario (5). Su opinión es recogida y aceptada por PUIG BRUTAU (6).

(1) AMORÓS GUARDIOLA, M.: Comentario a la RDGRN de 7 de diciembre de 1978. *RCDI*, núm. 541, 1980, pág. 1516. Recogido en el tomo «Comentarios a las Resoluciones de la DGRN publicados en la *RCDI* durante los años 1969 a 1982», Madrid, 1987, págs. 1165 y sigs.

(2) PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*. 1.ª edición, Madrid, 1982, pág. 349, y 2.ª edición, Madrid, 1986, pág. 344.

(3) RUANO BORRELLA, J. P.: «Inscripción del derecho de opción. Aspecto sustantivo y aspecto registral», *RCDI*, núm. 576, 1986, pág. 1483.

(4) TORRES LANA, J. A.: *Contrato y derecho de opción*. 2.ª edición, Madrid, septiembre 1987, pág. 232. No obstante, este autor considera que las partes pueden pactar la sustitución de este sistema de liquidación con consignación por el de subsistencia.

(5) Así puede verse en su *Derecho Hipotecario*, tomo III, Barcelona, 1968. 6.ª edición, pág. 509. También en la 7.ª edición, 1979, pág. 569. Además, sobre esta materia, ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de Derecho privado*, 1948, I, págs. 350 y sigs.

(6) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo III, vol. III, 2.ª edición, Barcelona, 1974, pág. 512.

Llama la atención la casi total ausencia de la más mínima actitud crítica ante esta doctrina de la Dirección General, si exceptuamos la postura mantenida por CHICO Y ORTIZ, radicalmente contraria, aunque sin argumentar suficientemente su opinión (7).

No vamos a defender aquí una postura diametralmente opuesta a la de las citadas resoluciones, una postura de no necesidad de consignar para cancelar las cargas no preferentes, pero sí considero que en la doctrina de la Dirección *han quedado importantes cabos sueltos y que la cuestión dista mucho de estar resuelta*. En mi opinión, la doctrina de la Dirección, tal como aparece formulada, y por las razones que expondré, no es aceptable.

B) OBSERVACIONES PRELIMINARES

El derecho de opción de compra es aquel que faculta a su titular para optar, durante un plazo, por la adquisición de un derecho determinado. Con respecto a este peculiar derecho, conviene hacer unas observaciones preliminares que nos ayudarán a precisar y comprender con mayor claridad el tema objeto de nuestro estudio.

1. Fijación del tema

Modernamente, el contrato de opción es una figura jurídica de indudable éxito y frecuente utilización, sobre todo en el ámbito mercantil. Lo que ocurre es que se emplea la opción como instrumento polivalente para conseguir los más variados e incluso siniestros propósitos y formando parte de los contratos complejos más insospechados (8). Por ello conviene precisar el tema de nuestro estudio a través de la distinción de una serie de figuras, para las que se reivindica el nombre de opción, pero que tienen regímenes jurídicos diferentes, si no radicalmente distintos:

a) *Opción de compra y de venta*.—Basta decir que tratamos aquí de la opción de compra.

b) *Opción propia. falsas opciones y opciones ilícitas*.—Llamo opción propia a aquella que cumple la función específica de asegurar al concesionario de la opción, durante un plazo y a su elección, la cele-

(7) CHICO Y ORTIZ, J. M.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Tomo II, Madrid, 1982, pág. 87. Dice este autor: «Yo entiendo que si la decisión del ejercicio de la opción es unilateral, cabe la exigencia del depósito; pero en otro caso, pagado el precio al concedente de la opción (CHICO, por error, dice 'al optante'), será él el responsable frente a los titulares de derechos reales posteriores que aceptaron la situación afectante de la opción».

(8) Sobre este tema, puede verse TORRES LANA, *ob. cit.*

bración o ejecución de un contrato traslativo (9) que, por el momento, no se desea realizar. Son figuras diferentes, opciones falsas (sin entrar ahora en el problema de su validez), la opción en garantía, o la opción que se integra en un contrato de *leasing*. Las opciones falsas suelen ser ilícitas (generalmente por vulnerar la prohibición del pacto comisorio) (10). También la opción propia puede tener una causa subjetiva ilícita, pero es mucho más raro. Aquí nos referiremos primordialmente a la opción propia.

c) *Diversidad de regímenes por razón del objeto.*—Del mismo modo que se ha dicho que no es el mismo el régimen jurídico de una finca que el de un zapato, podemos decir que todo derecho real o personal suele tener un régimen sustancialmente diverso según cuál sea el objeto sobre el que recaiga. Así, existen grandes diferencias entre la opción de compra de un inmueble, y la opción para la adquisición de un canal de televisión en un satélite de comunicaciones o la opción ínsita en una emisión de obligaciones convertibles en acciones de la propia sociedad emitente.

Circunscribimos nuestro estudio a la opción, propia, de compra de bienes inmuebles.

2. *Evolución del derecho de opción: del precontrato al derecho real*

A la concepción actual del derecho de opción se ha llegado tras una particular evolución que ha ido perfilando sus contornos y dotándolo de una mayor perfección técnica. Evolución que, a mi juicio, no ha terminado todavía y *debe concluir con el pleno reconocimiento del derecho de opción (al menos el de compra sobre inmuebles) como un verdadero derecho subjetivo, independiente del contrato originario, y, aún más, como un verdadero derecho real* (si es que en la actualidad significa algo la clásica distinción entre derechos reales y derechos personales).

La opción es un precontrato evolucionado. Inicialmente el precontrato o promesa de venta suponía la asunción por parte del promitente de la obligación de celebrar un contrato determinado, en un momento futuro y por petición del beneficiario de la promesa, mediante la emisión de una nueva declaración de voluntad. De modo que si el obligado por la promesa se negaba a cumplir la obligación asumida y a celebrar el contrato proyectado, su voluntad no podía ser suplida y la cuestión

(9) De este modo excluyo de nuestro estudio las opciones que no se refieran a contratos traslativos.

(10) *Vid.* RDGRN de 10 de junio de 1986.

se resolvía en una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. Y así fue confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero es obvio que una figura jurídica así tenía una muy escasa utilidad práctica y, desde luego, no respondía al propósito práctico perseguido por las partes. Era un contrato imperfecto, tosco, rudimentario. Pero dadas las dificultades habidas para romper la inercia y considerar al precontrato como una vinculación definitiva, el paso siguiente se dio a través de un cambio de nombre: junto al precontrato surgió el contrato de opción. Fue el profesor DE CASTRO (11) el que puso de relieve que se trataba de la misma figura jurídica y que el precontrato, para ser eficaz, no puede quedar pendiente de la voluntad del promitente, sino que su esencia radica en la concesión a una de las partes de la facultad de determinar, mediante una declaración unilateral de voluntad, la vigencia inmediata de un contrato previamente determinado en su contenido (o determinable sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes) (12).

Posteriormente, el derecho de opción ha ido ganando independencia con respecto al contrato que le da origen, sobre todo con la regulación de su acceso al Registro de la Propiedad por el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. En la actualidad, el derecho de opción ha alcanzado un *nomen iuris*, el reconocimiento de su eficacia real a través de la inscripción, y es una figura a caballo entre el derecho de obligaciones y el derecho de bienes. Pero, con ser importantes tales logros, creo que la mayor edad del derecho de opción sólo se alcanzará con su definitiva incorporación al régimen de los derechos reales y la ruptura de los cordones umbilicales que le atan a su contrato genético (por supuesto, hasta el límite en que todo derecho real puede quedar desligado de su causa).

3. Derecho de opción y Registro de la Propiedad

Al igual que ocurre con los demás gravámenes y derechos reales ocultos, que no publican su existencia mediante la posesión, existe una *intima relación entre el derecho de opción de compra de bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad*. Así se ha dicho (13) que el recono-

(11) En esta materia puede verse su fundamental trabajo: «La promesa de contrato: algunas notas para su estudio», en *ADC*, III-4, 1950, págs. 1133 y sigs. También, recientemente, ROMÁN GARCÍA: *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Madrid, 1982.

(12) Quedaba fuera de juego la infructífera tesis de ROCA SASTRE, según la que el precontrato se limita a fijar las líneas esenciales del contrato futuro, obligándose las partes a proceder a su definitiva determinación.

(13) Sobre este punto puede verse el escueto, pero personal y jugoso, *Curso de derechos reales*. Tomo II. 1.ª edición, 1987, de J. A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, páginas 91 y sigs.

cimiento de eficacia real al pacto de retroventa parece ligado a la reforma hipotecaria de 1866, y que la categoría de los llamados derechos reales de adquisición preferente, que ni la historia ni el Derecho comparado conocen como dogmática unitaria, adquiere consenso con la introducción del actual artículo 14 del Reglamento Hipotecario de 1947 y en base a la elaboración hipotecarista, en especial de ROCA SASTRE (14).

La importancia del Registro de la Propiedad y su íntima conexión con el derecho de opción de compra de inmuebles se manifiestan en tres tipos de cuestiones:

a) En que sólo a través de la inscripción puede alcanzarse el derecho de opción su *plena efectividad* «*erga omnes*».

b) En que sólo a través del Registro pueden ser tenidos en cuenta y protegidos los *derechos de todos los posibles titulares* de derechos o cargas recayentes sobre el inmueble objeto de la opción.

c) En que sólo la intervención del Registrador permite *depurar, hasta cierto punto, los abusos* que tradicionalmente pretenden ocultarse tras la figura de la opción (préstamos usurarios y vulneración del pacto comisorio). Se consigue con ello atenuar el recelo que desde siempre ha despertado la figura y prevenir y evitar litigios inútiles.

C) JUSTIFICACIÓN DEL PLAN DE EXPOSICIÓN

El presente trabajo tiene su pequeña historia. La cosa arranca de la reforma del Reglamento Hipotecario por Real Decreto de 21 de diciembre de 1983, que dio nueva redacción al artículo 355, cuyo párrafo primero dice así: «Mediante petición expresa y por escrito en la solicitud de certificación o a continuación de la ya expedida, podrá solicitarse que el Registrador emita un breve informe no vinculante, explicativo de la situación jurídico-registral de la finca o derecho o del modo más conveniente de actualizar el contenido registral de conformidad con los datos aportados por el solicitante, o bien sobre el alcance de una determinada calificación registral.» La introducción de esta norma la justifica el preámbulo del citado Real Decreto diciendo que «parece conveniente potenciar la función del Registrador... aprovechando el carácter de profesional del Derecho del Registrador para la emisión de informes explicativos de la situación registral de las fincas o derechos inscritos».

(14) Aparte de la obra de ROCA, se publicaron por aquellas fechas, sólo en la RCDI, los trabajos de URIARTE BERASATEGUI: *El derecho real de opción y el Registro de la Propiedad*, 1950, pág. 461; MEZQUITA DEL CACHO: *El derecho de opción y el pacto que lo origina*, 1951, págs. 73, 161 y 258; TIRSO CARRETERO: *Opción de compra del arrendatario y el Registro*, 1958, pág. 862. También NAVARRO AZPEITIA: *El derecho de opción en el Registro de la Propiedad*, Colegio Notarial de Valencia, 1951, págs. 165 y sigs., etc.

De esta forma, y a través de un precepto paralelo al artículo 1.º del Reglamento Notarial, se regula la posibilidad de que los interesados puedan solicitar y obtener por escrito un consejo o asesoramiento jurídico cualificado que, de hecho, se ha venido prestando en la práctica desde siempre de forma verbal (15). De acuerdo con este artículo, me fue solicitado un dictamen o informe por una Entidad local preocupada por la dificultad de obtener la cancelación de determinadas cargas ulteriores a un derecho de opción inscrito y ejercitado por dicha Entidad, si nos ateníamos a los criterios sentados por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978 y 28 de septiembre de 1982. El informe fue emitido y entregado el 12 de mayo de 1987, pero inmediatamente después llegó a mi poder la Resolución de 10 de abril de 1987 que vuelve a incidir en el tema examinado. Por ello, el estudio que sigue está dividido en dos partes:

1. En la primera parte se recoge literalmente el informe o dictamen emitido en mayo del ochenta y siete, sin más retoque que la ocultación de nombres y datos impuesta por la discreción.

2. En la segunda parte comentaré la Resolución de 10 de abril de 1987, y aprovecharé para exponer mi opinión sobre el tema en los puntos no tratados suficientemente en el dictamen.

PRIMERA PARTE

DICTAMEN

sobre la situación registral y procedimiento para la cancelación de las anotaciones de embargo A y B que gravan la finca registral 0000, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario.

SUPUESTO DE HECHO.—La situación registral de la finca 0000 en lo que ahora nos interesa es, resumidamente, la siguiente

1. Inscripción 11.^a de *propiedad* a favor de la Sociedad «Clínica V.. S. A.», por título de aportación a la sociedad.

2. Inscripción 13.^a de *hipoteca* constituida por la Sociedad «Clínica V.. S. A.», a favor de la Caja de Ahorros Provincial de T.. para garantizar la cantidad de 15.000.000 de pesetas de principal, 8 550.000

(15) AVILA ALVAREZ, P., en su comentario al citado artículo 355 del Reglamento Hipotecario, incluido en su libro *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-1984*.

pesetas de intereses de tres años, 3.000.000 de pesetas para costas y gastos y 427.500 pesetas del Impuesto de Tráfico de Empresas.

3. Inscripción 15.^a de derecho de *opción de compra* constituido por la Sociedad «Clínica V., S. A.», a favor de la Sociedad «R., S. A.» El precio de compra se fija en 15.200.000 pesetas, de las cuales 200.000 pesetas se confiesan recibidas como precio de concesión de la opción, y los restantes 15.000.000 de pesetas serán satisfechos mediante la asunción del pago del crédito garantizado por la hipoteca reseñada o, si dicho crédito hipotecario estuviese total o parcialmente pagado, mediante la asunción del pago de la cantidad pendiente y el pago directo del resto.

4. Anotación A de *embargo* en favor del Estado sobre la titularidad de «Clínica V., S. A.», para garantizar 3.736.346 pesetas por principal, recargos y costas, por el concepto de Sociedad y Tráfico de Empresas.

5. Anotación B de *embargo* en favor de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre la titularidad de la Sociedad «Clínica V., S. A.», para garantizar las responsabilidades del deudor dicha «Clínica V., S. A.», por el concepto de Cuota patronal y por un importe de 2.206.373 pesetas por principal, recargos y costas.

6. Inscripción 17.^a de *transmisión del derecho de opción de compra* por parte de su titular a favor del Ayuntamiento de T., que se subroga en la posición de su transmitente. Como es sabido, el nuevo titular goza de la misma prioridad sustantiva y registral que su causante, teniendo preferencia sobre las anotaciones de embargo reseñadas.

7. Inscripción 18.^a de *propiedad* a favor del Ayuntamiento de T. por título de ejercicio de su derecho de opción de compra. El pago del precio se realiza mediante la asunción por la parte compradora del pago del crédito hipotecario de que es titular la Caja de Ahorros Provincial de T. hasta la cantidad de los 15.000.000 de pesetas pactadas.

Con estos antecedentes, nos toca determinar cuál es el régimen jurídico aplicable para la cancelación de las anotaciones de embargo no preferentes a un derecho de opción de compra inscrito, tras el ejercicio de este derecho. Resolver este problema, huérfano de regulación positiva, exige examinar las siguientes cuestiones:

A) EFECTOS DEL EJERCICIO DE LA OPCIÓN DE COMPRA RESPECTO DE LOS DERECHOS REALES, CARGAS Y GRAVÁMENES INSCRITOS CON POSTERIORIDAD A LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN

La Ley calla sobre este punto y ello nos obliga a decidirnos por uno de los dos sistemas posibles: Primero, el sistema de *subsistencia* de tales derechos, cargas o gravámenes, de modo que el ejercicio de la opción no les afecta, si bien su valor o importe debe ser deducido del precio de la compra a satisfacer por el optante. Segundo, el sistema de *liquidación* de dichos derechos, cargas o gravámenes, que quedan automáticamente extinguidos con el ejercicio de la opción. Este es el sistema que mejor se aviene a las características de nuestro Derecho y el mayoritariamente seguido por la doctrina jurídica, científica y jurisprudencial, de nuestro país.

La elección de este segundo sistema liquidatorio implica que *el optante recibe la finca adquirida en la misma situación jurídica en que se encontraba* al tiempo de inscribir su derecho de opción o, como dice el artículo 1.520 del Código Civil, que regula un supuesto de gran analogía con el que nos ocupa, prestando apoyo legal suficiente para justificar la elección de este sistema extintivo, el optante recibirá la finca libre de toda carga e hipoteca impuesta por el concedente de la opción o su causahabiente. Podrá, por tanto, desconocer las cargas impuestas sobre la finca después de inscrito su derecho.

Presupuesto que el ejercicio de la opción extingue los derechos reales, cargas y gravámenes no preferentes, procede la cancelación registral de sus asientos, pero previamente debe darse respuesta a un segundo interrogante.

B) ¿TIENEN LOS TITULARES DE TALES DERECHOS REALES, CARGAS O GRAVÁMENES NO PREFERENTES ALGÚN DERECHO SOBRE EL PRECIO SATISFECHO POR EL OPTANTE?
Y ¿TIENEN ALGUNA GARANTÍA REGISTRAL PARA SU COBRO?

La doctrina mayoritaria y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978 y 28 de septiembre de 1982 parecen responder afirmativamente a ambas cuestiones en base, entre otros, a los siguientes argumentos fundamentales:

Primero.—Aplicación analógica de las normas que regulan los derechos reales de garantía y concretamente su ejecución. De entre éstas se citan los artículos 131, regla 17.^a, de la Ley Hipotecaria, 1.518 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil y 235, regla 9.ª, del Reglamento Hipotecario, que vienen a establecer que, después de pagado el crédito del actor ejecutante, el sobrante, si lo hubiere, del valor obtenido por la venta forzosa de la finca, no se entregará al propietario que haya soportado la ejecución, sino que se consignará en un establecimiento público a disposición de los acreedores no preferentes o, en general, de los titulares que pudieran tener derecho a él.

Segundo.—Aplicación analógica del artículo 175, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario, interpretado en el sentido de que para cancelar derechos reales, cargas o gravámenes constituidos por el titular de un derecho resoluble o, en general, que gravan un derecho resoluble sobre un bien inmueble, es requisito necesario acreditar que el titular del derecho de resolución no ha entregado el importe que proceda devolver al titular de aquel derecho, sino que lo ha consignado en un establecimiento bancario o Caja Oficial a disposición de aquellos titulares de derechos reales, cargas o gravámenes extinguidos.

Frente a estas opiniones cabe alegar lo siguiente:

1. *Falta de disposición sustantiva*

Desde el punto de vista civil sustantivo, haciendo abstracción de las normas registrales, *no existe ninguna disposición que otorgue a los titulares de derechos reales, cargas o gravámenes sobre derechos resolubles una preferencia o garantía sobre el precio o valor del derecho que gravan* para el caso de que éste quede resuelto y sus derechos extinguidos, ni que imponga al titular resolvente ninguna obligación de consignar el precio o valor que deba entregar para obtener la resolución. Lo que sí se establece, en cambio, y es importante subrayarlo, es que la resolución, por cualquier causa, del contrato *obliga a las partes a restituirse* lo que hubieran recibido, a salvo lo particularmente convenido al efecto (artículos 1.123, 1.295 y 1.303 del CC), de modo que esta recíproca restitución debe hacerse simultáneamente (art. 1.308 del CC). La idea de una preferencia o garantía de los titulares de derechos reales, cargas o gravámenes sobre el importe a restituir *surge en el ámbito registral* sobre la base de la publicidad que da el Registro a tales derechos y cargas y a la existencia de un Registrador que puede controlar el cumplimiento de esa supuesta obligación de consignar. El apoyo legal se encuentra en el artículo 175, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario, al que conviene referirse someramente.

2. *Oscuridad de la disposición reglamentaria y principio de legalidad*

Dice el artículo 175, regla 6.^a, del Reglamento Hipotecario: «Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto. Si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubieren constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación.»

La importancia de esta norma corre pareja con lo desafortunado de su redacción. Así, no queda suficientemente claro cuál es el supuesto de hecho que pretende regular, ni cuál es la consecuencia jurídica que debe seguir a la realización de aquél. En relación con el supuesto de hecho, la interpretación habitual sostiene, como hemos visto, que el párrafo 1.º de esta norma se refiere a las segundas o posteriores transmisiones del dominio previamente gravado de resolución. Y la consecuencia jurídica es la de que para garantizar los intereses de los titulares que ven extinguidos sus derechos, no cabe cancelar sus inscripciones si no se acredita que la cantidad a pagar por la resolución ha sido consignada a su favor. Esta interpretación es posiblemente exacta y acorde con lo que quiso establecer el legislador. Sin embargo, son muchas las objeciones que pueden oponérsele, y, entre ellas, que un precepto reglamentario y procedimental no es el lugar adecuado para establecer unas obligaciones y garantías que no resultan de previos preceptos sustantivos.

En este sentido, sin forzar demasiado la norma, cabe hacer otra interpretación más respetuosa con el principio de legalidad. Hay que partir de la base que el artículo 175 del Reglamento Hipotecario regula el procedimiento que debe seguirse para, sin el consentimiento del titular registral respectivo, practicar la cancelación de aquellas inscripciones o anotaciones cuyos derechos publicados estén previamente extinguidos, desarrollando así, como dice el propio artículo, el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Y en concreto, el párrafo 1.º de la regla 6.^a cabe pensar que se refiere a la cancelación de las inscripciones de transmisión de inmuebles sujetas, tales propias transmisiones, a condición o causa de resolución. Y no a las transmisiones ulteriores del derecho resoluble. Así se observa que el artículo dice literalmente que «las ins-

cripciones de venta... podrán cancelarse... presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta...». La Ley, en los dos casos que emplea (por cierto, con expresión excesivamente reduccionista) la palabra «venta», se refiere a la misma venta. Y específicamente a la venta *que se anula o rescinde* y no a las ventas o transmisiones posteriores alcanzadas y afectadas por esta nulidad o rescisión. Se observa además que dice «y que se ha consignado... el valor... o el importe... que... haya de ser devuelto». La Ley no dice lo más importante, lo que despejaría toda duda sobre la intención del legislador: en favor de quién se han de consignar tales cantidades. Importa destacar que no se emplean aquí expresiones equivalentes a las utilizadas por el artículo 235, regla 9.^a, del propio Reglamento Hipotecario o 131, regla 17.^a, de la Ley Hipotecaria, sino que, por el contrario, se utiliza la palabra *devuelto*, que nos pone sobre la pista de que *la consignación ha de hacerse en favor de quien haya pagado o entregado dichas cantidades*. Según esta interpretación, la consecuencia jurídica es perfectamente lógica: se trata de que para dar cumplimiento al principio básico de restitución simultánea de las prestaciones que se deduce de los artículos 1.123, 1.295, 1303 y 1.308 del Código Civil, el titular del derecho de resolución no puede obtener la inscripción de dicha resolución, sin el consentimiento del titular del derecho resoluble, a menos que acredite haber consignado a su disposición aquello que, por su parte, esté obligado a devolver.

En realidad, y sin entrar en esta cuestión, que nos llevaría muy lejos, la devolución deberá hacerse en la práctica en muchas ocasiones al titular actual, aunque sea un adquirente posterior del bien sujeto a resolución. Así, en el supuesto típico de venta con condición resolutoria en garantía del precio aplazado, la devolución corresponderá al adquirente posterior si, como es lógico, ha asumido la deuda con consentimiento del acreedor; e incluso, según creo, si lo ha hecho tan sólo con su conocimiento. Pero no parece que le sea exigible al acreedor la diligencia de averiguar por sí mismo que ha surgido un nuevo titular que nada le ha comunicado y que, además, incumple su obligación de pago con igual silencio. Y quizá el párrafo 1.^o de la regla 6.^a del artículo 175 del Reglamento Hipotecario está pensando en estos supuestos en que la devolución ha de hacerse al propietario actual. Pero todo esto no cambia el sentido de la consignación que acabamos de exponer; simplemente pone de relieve que la situación de los adquirentes del dominio sujeto a resolución es muy diferente a la de los titulares de derechos reales limitados, al menos si no se adoptan las precauciones a que luego nos referiremos.

Esta conclusión tiene una influencia decisiva en la interpretación del párrafo 2.^o de la regla 6.^a del artículo 175 del Reglamento Hipote-

cario, por cuanto supone que para practicar la cancelación de los derechos reales, cargas o gravámenes que recaigan sobre derechos resolubles bastará acreditar que se ha consignado el importe que deba ser restituido a disposición del titular del derecho resoluble gravado (no de los titulares de los gravámenes) o bien bastará que concurra el consentimiento de este titular para la cancelación de su derecho conforme al artículo 82, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria, pudiendo entonces ser cancelados los gravámenes sin consentimiento de sus titulares y sin necesidad de cumplir ningún otro requisito especial.

3. *Falta de analogía con la purga de gravámenes resultante de la ejecución de una garantía real preferente*

Existen más argumentos en favor de esta solución de no necesidad de consignar para cancelar cargas no preferentes. Porque *no existe verdadera analogía* entre la situación de las cargas y gravámenes extinguidos por la resolución del derecho gravado y las cargas y gravámenes purgados por la ejecución de una garantía real preferente (art. 131, regla 17.ª, de la Ley Hipotecaria; 235, regla 9.ª, del Reglamento Hipotecario, y 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La analogía quiebra fundamentalmente por la *diferencia esencial que existe entre el procedimiento para ejercitar el derecho de resolución, que tiene lugar sin la intervención judicial o de funcionario público alguno, y los procedimientos de ejecución de las garantías reales, que tienen lugar con intervención judicial o notarial*. En este último caso, la obligación de consignar las cantidades sobrantes no parece perjudicar, prácticamente no afecta, al adjudicatario de la finca, puesto que éste se limita a entregar el precio convenido, siendo advertido por el Juez o Notario interviniente de la necesidad de dicha consignación. Mientras que en el primer caso se impone al titular del derecho de resolución, titular registral preferente, la carga de diligencia no sólo de conocer la norma jurídica, y en este caso de su aplicación analógica, sino de consultar el Registro para comprobar si existe alguna carga o gravamen no preferente y consignar lo que proceda a su disposición. Hay que tener en cuenta que cuando el documento llega al Registro, la resolución y consiguiente extinción de gravámenes no preferentes ya se ha producido y, posiblemente, devueltas las cantidades que debían ser restituidas al que las entregó. ¿Qué solución le queda al que actuó de buena fe aunque ignorante de sutiles analogías jurídicas, para adecuar el contenido del Registro a la realidad extraregstral? ¿Soporta algún tipo de responsabilidad subsidiaria en favor de los titulares de gravámenes no preferentes? Evidentemente, no. Parece lógico concluir que sería deseable establecer para estos casos una

regulación similar a la establecida para la ejecución de las garantías reales en justa defensa de los intereses de los titulares de gravámenes no preferentes, pero para que esta protección fuera exigible son necesarias unas normas claras y, sobre todo, un procedimiento de *notificación* de la obligación de consignar a quien corresponda. Sobre esta cuestión volveremos en seguida al tratar en concreto de la extinción de cargas por el ejercicio de una opción de compra inscrita.

4. *Falta de analogía con el supuesto de derechos resolubles y analogía con el retracto convencional*

En el caso concreto de ejercicio de un derecho de opción existen algunas características diferenciales que hacen inaplicable el artículo 175, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario, aun interpretado conforme a la tesis mayoritaria. En primer lugar porque no existe una clara analogía entre el supuesto de bienes sujetos a causa de resolución y bienes sujetos a opción, por cuanto en el primer caso *la resolución efectiva tiene carácter excepcional* y opera normalmente como garantía de un hipotético incumplimiento contractual, de modo que la situación de los titulares de gravámenes sobre el derecho resoluble es más firme y sus expectativas son más fuertes en el sentido de que la resolución probablemente no se producirá. La resolución es un resultado que no es querido ni buscado por el que la insta, y éste puede fácilmente imaginar que con su actuación puede perjudicar aquellas claras expectativas que pudieran haberse creado. Por el contrario, en el caso de bienes sujetos a opción, ésta es un valor que ingresa en el patrimonio del optante y al que no es probable que renuncie, de modo que lo normal es que la opción se ejercite o se ceda a un tercero para que sea éste el que la ejercite. Es obvio que las expectativas de los titulares de gravámenes sobre bienes cuya venta está casi podríamos decir que comprometida son más débiles y que al optante le es más difícil imaginar que con el ejercicio de su derecho puede perjudicar el interés de nadie. Ahora bien, la cuestión *cambia radicalmente cuando, como es relativamente frecuente, la opción de compra es una simulación que esconde un fin de garantía* y, muchas veces, una vulneración del principio prohibitivo del pacto comisorio. No obstante, tal operación no puede presumirse si no resulta de la escritura y, en todo caso, sus efectos más perniciosos (el fraude de Ley) pueden evitarse exigiendo el consentimiento del concedente de la opción en el momento de su ejercicio (a pesar de alguna Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que admite el ejercicio unilateral con consignación del precio).

En segundo lugar, la opción de compra *guarda auténtica analogía con el llamado retracto convencional*, que es aquel derecho que se reserva el vendedor para readquirir la cosa vendida, hasta el punto que puede decirse que este derecho de retracto no es más que una modalidad de opción de compra específicamente regulada. Y respecto a este derecho sí que existen unas normas nítidas que son íntegramente aplicables a la opción de compra, como son el artículo 1.518 del Código Civil, que viene a justificar la exigencia de la consignación del precio *en favor del concedente de la opción* para cancelar unilateralmente su derecho (si es que admitimos esta cancelación unilateral); el artículo 1.520 del propio Código Civil, según el cual «el vendedor que recobre la cosa vendida la recibirá libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador...», siendo importante constatar que este artículo no impone al retrayente ningún tipo de obligación para con los titulares de cargas, de forma paralela a como lo hace el artículo 1.518 para con el propietario. Y no cabe duda de que si el legislador hubiera querido establecer algún derecho sobre el precio del retracto en favor de los titulares de cargas, este era el lugar adecuado. Y el artículo 175, regla 6.ª, hubiera sido su traducción al campo registral. Pero el silencio del legislador deja al artículo 175, regla 6.ª, en el vacío y se alinea con la tesis de que el retrayente (o el optante) puede desconocer limpiamente las cargas no preferentes.

Finalmente, sobre todo, en lo que aquí nos interesa, está el artículo 107, párrafo 7.º, de la Ley Hipotecaria que viene a establecer que no cabe constituir hipoteca sobre bienes sujetos a retracto si no se da conocimiento de la misma al vendedor a fin de que si se retrajeren los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial. Quizá también es posible hipotecar bienes sujetos a retracto sin cumplir estos requisitos, pero entonces la hipoteca *se extinguirá si el retracto llega a ejercitarse, sin que pueda exigirse al retrayente ningún tipo de consignación* y sin que el acreedor hipotecario ostente ningún derecho sobre el precio pagado para retraer. Ni el acreedor hipotecario ni, por supuesto, posibles titulares posteriores de gravámenes. Así pues, parece que para que los titulares de anotaciones de embargo u otros gravámenes sobre bienes sujetos a opción pudieran exigir al optante algún tipo de responsabilidad sería preciso *que le hubieran dado conocimiento* de la constitución de sus derechos a fin de que no entregue el precio de la opción al concedente de la misma, sino que lo consigne a su favor. La notificación es requisito imprescindible para que surja la obligación de consignar. Este es, además, el principio general que se deduce del artículo 1.165 del Código Civil según el cual «no será válido el pago hecho al acreedor

por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda».

Obsérvese además la distinta redacción del artículo 107, párrafo 10, de la Ley Hipotecaria, que dice simplemente que podrán también hipotecarse «los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante». Esta diferente regulación de los números 7.º y 10 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria parece que sólo es explicable por el carácter excepcional de la resolución frente al carácter frecuente de ejercicio de la opción e incluso del retracto a que antes nos hemos referido: la Ley ni se plantea que puede hipotecarse un bien sujeto a retracto sin asegurar una garantía subsidiaria sobre el precio. Y la exigencia de dar conocimiento de la hipoteca al vendedor tiene una lógica explicación que también antes hemos señalado: la no intervención de funcionario judicial o notarial alguno en el momento del ejercicio del retracto o de la opción.

5. *Falta de sobrante*

Finalmente, en el caso concreto que nos ocupa concurre una *circunstancia añadida* que por sí sola es suficiente para justificar la no necesidad de consignar el precio de la opción a disposición de los titulares de anotaciones u otros gravámenes sobre los bienes sujetos a opción para la cancelación de sus derechos. Y es que en este caso el precio de compra de la finca por ejercicio de la opción, quince millones de pesetas, no se entrega al concedente de la misma, sino que se destina íntegramente al pago de un crédito hipotecario *preferente* a las anotaciones de embargo cuya cancelación se pretende, de modo que *no hay nada que consignar y, de hecho, tampoco hay el sobrante o exceso* de que hablan los artículos 131, regla 17.ª, de la Ley Hipotecaria; 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 235, regla 9.ª, del Reglamento Hipotecario.

COMO CONCLUSION de todo lo anterior podemos decir que las anotaciones de embargo A y B de la finca 0000 han quedado extinguidas por el ejercicio de la opción de compra por parte del Ayuntamiento y que no existe ningún obstáculo que se oponga a la inscripción de dicha adquisición por opción, ya practicada, ni a la cancelación de las referidas anotaciones. Pero esta cancelación nos plantea una nueva cuestión que pasamos a examinar.

C) ¿CUÁLES SON LOS DOCUMENTOS NECESARIOS PARA CANCELAR LAS ANOTACIONES DE EMBARGO ORDENADAS POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y QUE HAN QUEDADO EXTINGUIDAS POR CIRCUNSTANCIAS QUE CONSTAN EN EL PROPIO REGISTRO?

La cuestión consiste en determinar si estas anotaciones sólo pueden cancelarse por nuevo mandamiento administrativo dictado a instancia de persona interesada o si, por el contrario, el mandamiento cancelatorio es innecesario, bastando la simple solicitud del interesado que normalmente se producirá al tiempo de solicitar la inscripción de su derecho, presentando el documento correspondiente, conforme al artículo 175, regla 6.^a, del Reglamento Hipotecario (y previa consignación en los casos en que sea necesaria). En este sentido, ya hemos dicho que el artículo 175, regla 6.^a, del Reglamento Hipotecario es desarrollo reglamentario del artículo 82, párrafo 2.^o, de la Ley Hipotecaria, y este artículo se refiere a la cancelación de inscripciones o anotaciones hechas en virtud de escritura pública. La cancelación de las hechas en virtud de mandamiento judicial, que a estos efectos se equiparan a las hechas en virtud de mandamiento administrativo (art. 132 de la LGT), se regula en el artículo siguiente, 83, que establece en su párrafo 1.^o: «Las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria», es decir, por resolución firme seguida del correspondiente mandamiento dirigido al Registrador.

No obstante, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de junio de 1961 entendió que cuando las anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial (o administrativo podríamos añadir) quedasen extinguidas por circunstancias que consten en el mismo Registro, como ocurre en el presente caso, en el que se practicaron dos anotaciones de embargo sobre finca sujeta a opción de compra, «la providencia ejecutoria que para la cancelación impone como regla general el artículo 83 de la Ley Hipotecaria es innecesaria, dado el contenido especial del artículo 175, regla 6.^a, del Reglamento Hipotecario, sin duda fundado en que su obtención sería superflua y dilatoria». Pero el que suscribe no puede estar de acuerdo con esta solución ni con los argumentos en que se funda. En primer lugar, porque no existe suficiente base legal que la sustente, ya que la Ley es clara y terminante, y el Reglamento, que no podría ir contra aquélla, tampoco lo pretende. pues dice claramente la frase inicial del artículo 175 que «en consecuencia de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley. .». No se refiere, por tanto, ni especifica para nada el supuesto distinto regulado en el artículo 83 de la Ley Hipotecaria. Y en segundo lugar,

porque lo que sería superfluo y dilatorio, además de contrario a toda lógica, es que se cancelen las anotaciones de embargo decretadas en el curso de procedimientos ejecutivos sin que se enteren las autoridades que las ordenaron, que, por tanto, podrían continuar con unas actuaciones y realizar unas subastas que no van a tener ninguna validez.

Así pues, sería deseable que se regulara la posibilidad de cancelar las anotaciones judiciales y administrativas extinguidas por virtud de causas que constan en el mismo Registro por la simple solicitud de inscripción del documento que produce su extinción, *siempre que se acreditara que se ha dado conocimiento de esta circunstancia a la autoridad que las decretó*. Pero mientras no exista esta previsión legal, parece preferible exigir el mandamiento para la cancelación a fin de forzar al particular interesado a solicitarlo para liberar su titularidad de esa apariencia de gravamen. Porque aunque el optante sepa que la inscripción de una hipotética adjudicación consecuencia de la ejecución de los embargos anotados no va a prosperar, no cabe duda que las anotaciones no canceladas «ensucian» su propiedad y pueden perjudicar su crédito o su confianza respecto de terceros. Lo cual nos lleva a la última de las cuestiones que interesa examinar.

D) ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN JURÍDICA RESULTANTE DE LA INSCRIPCIÓN DEL EJERCICIO DE LA OPCIÓN DE COMPRA SIN CORRELATIVA CANCELACIÓN DE LAS ANOTACIONES DE EMBARGO NO PREFERENTES?

En realidad, esta situación, aunque no demasiado ortodoxa, no es excepcional. Así, por ejemplo, es muy similar, si no idéntica, a la que puede producirse, y de hecho se produce con relativa frecuencia, en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, del que resultan dos títulos diferentes: para practicar la inscripción a favor del adjudicatario basta presentar el *testimonio* del auto judicial correspondiente, mientras que para cancelar las inscripciones y anotaciones¹ no preferentes, e incluso la inscripción de la propia hipoteca ejecutada, se requiere el oportuno *mandamiento* judicial (art. 131, regla 17.ª, de la LH). Nada impide practicar aquella inscripción sin estas correlativas cancelaciones (por ejemplo, porque sólo se presenta el testimonio del auto, o porque el mandamiento simultáneamente presentado adolece de algún defecto).

En estos supuestos hay que entender que las anotaciones de embargo, no obstante no estar formalmente canceladas, han quedado extinguidas por obra de la inscripción derivada del asiento preferente y carecen de toda virtualidad, de modo que *si se presenta al Registro el docu-*

mento de adjudicación de la finca embargada será calificado negativamente.

CONCLUSIONES

1. El problema objeto del presente dictamen no se encuentra regulado ni por la Ley Hipotecaria, ni por su Reglamento, ni por otra norma positiva alguna y constituye una de las cuestiones más controvertidas que exigen una inmediata solución legislativa, como ya pusieron de relieve las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978 y 28 de septiembre de 1982.

2. Las anotaciones de embargo A y B han quedado extinguidas por el ejercicio de la opción. La posible adjudicación resultante del procedimiento ejecutivo en que se ordenó su práctica es ineficaz y no puede tener acceso al Registro de la Propiedad.

3. Para cancelar dichas anotaciones A y B se requiere el oportuno mandamiento administrativo, no siendo aplicables los preceptos hipotecarios que regulan la llamada «cancelación automática».

4. Para decretar y practicar, respectivamente, la cancelación, ni la autoridad administrativa ni el Registrador deben exigir al optante que acredite haber realizado la consignación a que se refiere el artículo 175, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario.

Tortosa, 12 de mayo de 1987.

SEGUNDA PARTE

I. LA RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 10 DE ABRIL DE 1987 (BOE DE 5 DE MAYO DE 1987)

Probablemente el problema fundamental a que se enfrenta la Resolución de 10 de abril de 1987 sea la determinación de la cuestión jurídica a resolver, cosa que suele hacer la Dirección en los primeros párrafos o considerandos. Más que en la declaración de la consecuencia jurídica, el problema consiste en la fijación del supuesto de hecho a través de la difícil interpretación del negocio jurídico cuya inscripción se solicita y del previo negocio inscrito en que se basa. Sin embargo, a nosotros no nos interesa tanto examinar el acierto o desacierto con que la Dirección resuelve esta ardua tarea, cuanto juzgar las soluciones

jurídicas que da a la cuestión una vez fijada. Además, lo cierto es que con los solos datos que resultan de la Resolución, no es posible pretender realizar un análisis serio de los citados negocios. Por ello, me limitaré a exponer a continuación el supuesto de hecho tal como creo que queda fijado por la Dirección, según se deduce del conjunto de la Resolución (hechos y fundamentos de Derecho). Después expondré la doctrina de la Dirección, que es a la que ceñiré mi comentario.

A) SUPUESTO DE HECHO

Tal como lo interpreta la Dirección, sería el siguiente:

1. Por escritura de fecha 16 de enero de 1981, «Hierros y Aceros de Santander, S. A.», *vendió* dos solares por un *precio X*, cuya exigibilidad queda aplazada a un momento posterior al previsto para ultimar la edificación de sendos edificios que el comprador se obliga a construir sobre dichos solares.

2. A su vez, el comprador concedió a la entidad vendedora un derecho de *opción de compra* sobre una serie de departamentos (cuatro viviendas, cuatro garajes y un local) de uno de los edificios.

3. Y todo ello de tal modo entramado que se produce una especie de negocio complejo de cambio de obra por solar con garantía, de especiales características, que la Dirección interpreta entendiendo que la *contraprestación* asumida por el comprador por la adquisición de los solares consiste *alternativamente*, a elección de la Entidad enajenante: *a)* o bien en una cantidad que se fija como precio de uno y otro solar; *b)* o bien en los locales y viviendas sujetos al derecho de opción e individualmente valorados, de modo que el importe de todos ellos equivale al precio total de los solares; *c)* o bien, en una combinación de las prestaciones anteriores, es decir, en alguno o algunos de los locales o viviendas construidos, valorados por el valor que a cada uno se le asigna en la escritura, completando en efectivo el pago del valor o precio restante. De todo ello resulta que el negocio escriturado puede consumarse, a elección de la entidad vendedora de los solares, como una simple venta, si no se ejercita ninguna opción de compra, un cambio de obra por solar, si se ejercitan la totalidad de las opciones, o un cambio con pago del sobreprecio de los solares en efectivo, si sólo se ejercitan algunas de las opciones.

4. Con posterioridad a la inscripción en el Registro de la referida escritura de 16 de enero de 1981 se practicaron diversas anotaciones de embargo sobre la titularidad registral del comprador-constructor y, en concreto, sobre los locales sujetos al derecho de opción de compra.

5. Finalmente, «Hierros y Aceros de Santander, S. A.», ejerció las opciones correspondientes a algunos departamentos que le fueron vendidos por escritura de 25 de octubre de 1984. En esta escritura se venía a decir, de forma impropia según la interpretación de la Dirección que acabamos de pergeñar, que nada debía abonar el optante, sino que, conforme a lo pactado en la anterior escritura de 16 de enero de 1981, el precio se hace efectivo mediante *compensación* con el precio aplazado de la compraventa del solar. Y se solicita del Registrador la cancelación de todas las cargas inscritas o anotadas con posterioridad a la inscripción de la opción que se ejercita.

6. Presentada la mencionada escritura en el Registro se deniega la práctica de los asientos solicitados, señalándose, entre otras cosas y en lo que aquí nos interesa, que: «No procede la práctica de las cancelaciones solicitadas, por cuanto: A) No se acredita la consignación en favor de los titulares de derechos cuya cancelación se solicita, del precio de los pisos sobre los que se ejercita la opción (arts. 175, 6, y 180 del Reglamento Hipotecario). B) Y no cabe la cancelación de asientos ordenados por la autoridad judicial, sino en base a los correspondientes mandamientos judiciales, expedidos por Juez competente (arts. 83 y 84 de la LH y 174 y 180 de su Reglamento).

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

La Dirección, tras realizar la difícil interpretación referida, estableciendo las conclusiones arriba reseñadas, señala, con razón, que no puede hablarse en sentido técnico de que exista una verdadera compensación como modo de extinguirse las obligaciones (cuestión esta que era una de las claves sobre las que había versado la discusión). Sobre esta base sienta la siguiente doctrina:

1. No existe el primer defecto que se acusa en la nota de calificación (no acreditarse la consignación, en favor de los titulares de derechos cuya cancelación se solicita, del precio de los departamentos sobre los que se ejercita la opción), ya que de la inscripción del derecho de opción resulta que la entidad que lo ejercita nada había de pagar porque, con la entrega de los solares, *su prestación estaba agotada*.

«El presente supuesto», añade, «de resolución de gravámenes ulteriores sin necesidad de consignación de cantidad alguna, es uno más entre los muchos que son posibles conforme a nuestro ordenamiento. Así ocurre cuando extinguido el plazo del derecho temporal de superficie, el propietario del suelo hace suya la edificación, llevada a cabo en cumplimiento de lo pactado (cfr., por ejemplo, art. 173 de la Ley

del Suelo). Y así ocurre en otros muchos casos: Donación con reserva de la facultad de disponer (cfr. Resolución de 23 de octubre de 1980), reversión de donaciones, revocación de donación por incumplimiento de cargas inscritas (cfr. arts. 647 del CC y 37, 2.º, de la LH), ejercicio de la condición resolutoria explícita por impago del precio totalmente aplazado, ejecución, judicial o extrajudicial, de hipoteca preferente cuando no queda efectivo sobrante, etc.»

2. No existe tampoco el segundo de los defectos denunciados en la nota de calificación (falta del correspondiente mandamiento judicial, imprescindible para la cancelación de asientos ordenados por autoridad judicial), ya que «*no hay que olvidar cuál es el derecho embargado, que es sólo el que sobre los pisos o locales tiene el constructor, quedando a salvo, expresamente, en cada anotación, el derecho que sobre ellos tiene la entidad transmitente, es decir, el derecho de adquisición inscrito con anterioridad a los embargos. Cuando el artículo 83 de la Ley Hipotecaria dispone que las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria, y que si los interesados no convinieren en la cancelación, acudirán al Juez, se está refiriendo exclusivamente al derecho embargado y a los titulares de este derecho y de la anotación, y estas cautelas legales en nada afectan al desenvolvimiento sustantivo y registral de los derechos de terceros dejados a salvo en el embargo (...), de modo que la cancelación del embargo es sólo una inevitable consecuencia de la extinción del derecho embargado y que lógicamente puede practicarse, aun cuando no se presente el mandamiento judicial ordenando la cancelación. Así se resuelve, expresamente, para las anotaciones, por el artículo 210 del Reglamento Hipotecario y, para diferentes supuestos, por los artículos 175, 1.º y 6.º; 206, 10, y 235, 10, del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 3 de junio de 1961 (ejercicio de la acción resolutoria en caso de condición resolutoria explícita) y 28 de septiembre de 1982 (ejercicio del derecho de opción)*».

A continuación examinaremos separadamente los dos problemas abordados por la Dirección: el problema de la consignación en favor de los titulares de gravámenes no preferentes y el problema de la necesidad de mandamiento judicial para cancelar los asientos ordenados por la autoridad judicial.

II. EL PROBLEMA DE LA CONSIGNACION EN FAVOR DE LOS TITULARES DE GRAVAMENES NO PREFERENTES

A) LA SOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL: LA REGLA DE LA NECESIDAD DE LA CONSIGNACIÓN Y SUS LÍMITES NATURALES

De acuerdo con los datos que resultan de la Resolución, la interpretación que hace la Dirección General del negocio escriturado, de venta con precio aplazado más opción y demás disposiciones relativas a la forma de pago del precio de los solares, como un *negocio único complejo y global que incluye una contraprestación alternativa*, entiendo que es la correcta. Y, sobre esta base, la doctrina que sienta de no precisarse ningún tipo de consignación para practicar las cancelaciones solicitadas es igualmente acertada y la única posible.

Efectivamente, los titulares de las anotaciones de embargo sobre los derechos del constructor no pueden tener derecho a consignación alguna, puesto que su deudor tiene ya *recibido* e inscrito a su nombre aquello que, conforme al artículo 175, 6, del Reglamento Hipotecario hubiera debido ser consignado: la prestación correspondiente al «optante». El titular registral gravado por los embargos tiene ya inscritos todos aquellos inmuebles (viviendas, locales y garajes y su correspondiente cuota sobre el solar) que no son objeto de las opciones de compra ejercitadas y que *continúan anotados de embargo y afectos a la satisfacción de los derechos de los titulares de gravámenes ulteriores*. Exigir la consignación de un supuesto precio supondría extender el embargo a la titularidad registral de la entidad vendedora de los solares, sin respetar la preferencia de su derecho. Sería tan absurdo como si, en el supuesto normal de resolución de una venta con precio aplazado garantizado con condición resolutoria expresa, se exigiera, para la cancelación de cargas no preferentes, la consignación por parte del titular actuante de la resolución, del precio correspondiente a plazos *no satisfechos* por el comprador. Evidentemente no es esto lo que establece el artículo 175, 6, del Reglamento Hipotecario que, lógicamente, sólo pretende que se consigne el importe de los plazos efectivamente recibidos por el vendedor resolvente.

Ello nos permite concluir que la Dirección General no establece aquí una doctrina distinta de la sentada en las Resoluciones de 7 de diciembre de 1978 y 28 de septiembre de 1982 y que, en realidad, *no reconoce ninguna verdadera excepción*, a la necesidad de consignar el precio fijado para el ejercicio de la opción, en favor de los titulares de cargas y gra-

vámenes no preferentes al propio derecho de opción inscrito, para practicar la cancelación de las citadas cargas. Así, en el caso concreto de la opción de compra, la Dirección sólo excepciona de la necesidad de consignar cantidad alguna para la cancelación de gravámenes ulteriores, los supuestos en que la prestación a consignar *ya está «consignada»*, es decir, entregada y afecta a la satisfacción de los derechos de los titulares de tales gravámenes. No hay excepción, sino confirmación de la regla establecida en las anteriores Resoluciones de 1978 y 1982.

Pero además la Dirección, para apoyar su doctrina, hace una enumeración de otros supuestos distintos del ejercicio de un derecho de opción inscrito, de cancelación de gravámenes ulteriores sin necesidad de consignación de cantidad alguna: cuando extinguido el plazo del derecho temporal de superficie el propietario del suelo hace suya la edificación, llevada a cabo en cumplimiento de lo pactado; donación con reserva de la facultad de disponer; reversión de donaciones; revocación de donación por incumplimiento de cargas inscritas; ejercicio de la condición resolutoria explícita por impago del precio totalmente aplazado; ejecución, judicial o extrajudicial, de hipoteca preferente cuando no queda efectivo sobrante. Pero me parece que la Dirección no es consciente de que existe una importante diferencia entre el supuesto resuelto por la Resolución y los demás supuestos enumerados. Diferencia importante que, no obstante, no debe alterar la consecuencia jurídica de no necesidad de consignar. Y es que en estos casos no es que los titulares de gravámenes ulteriores tengan ya afecta a su derecho la prestación del resolvente, sino que la consignación no es necesaria porque *no hay nada que deba ser consignado*, porque nada debe ser entregado al gravado con la carga de cuya cancelación se trate. Esto se hace especialmente evidente en los supuestos en que el acto de cuya resolución se trate produjo un enriquecimiento neto del adquirente y, por tanto, un aumento del patrimonio afecto a sus acreedores. Así ocurre en el supuesto de la donación con reserva de la facultad de disponer: si el donante dispone, tanto el donatario como sus anotantes ven extinguidos sus derechos sin derecho a ningún tipo de compensación. Igual sucede en el caso de ejercicio de la condición resolutoria explícita por impago del precio totalmente aplazado, cuando el impago es además total: ni se ha dado entrada ni se ha satisfecho plazo alguno.

Pero, en cualquier caso, lo fundamental es que tampoco estos supuestos constituyen una verdadera excepción a la regla de la necesidad de consignar. La Dirección, por tanto, a través de esta Resolución, no hace más que confirmar su anterior doctrina. No obstante, ello no debe inducirnos a minusvalorar la importancia de la Resolución. La Resolución es importante porque viene a precisar los justos términos de la

necesidad de consignar en favor de los titulares de gravámenes ulteriores: *la regla no tiene excepciones, pero ello no significa que siempre y en todo caso exista una cantidad cuya consignación deba ser exigida*. Hay supuestos en que, por decir así, la consignación ya está hecha, y hay otros en los que no hay nada que consignar. Más que establecer limitaciones a la regla, lo que hace la Dirección es delimitarla, fijar sus límites naturales.

Lo que no ha resuelto todavía la Dirección General, y es tema que dejamos para otra ocasión, es la cuestión de la *determinación de la cantidad exacta que ha de ser consignada* en los casos en que esta consignación sea necesaria. Por ejemplo, en una venta con precio aplazado garantizado con condición resolutoria expresa, ¿qué debe consignar exactamente el vendedor resolvente?: ¿Las cantidades que, según el Registro, debían haber sido entregadas por el comprador en el momento en que se produce la resolución? ¿O los plazos efectivamente entregados? ¿Cabe deducir alguna cantidad en concepto de indemnización o cláusula penal pactadas (16)? Estas y otras cuestiones plantean grandes dudas y, al parecer, sólo tienen una respuesta libre de incertidumbres: hay que atender exclusivamente a lo que resulte del Registro y dar la espalda a la realidad extrarregistral. Dura conclusión que puede llegar a atentar, si no lo hace de hecho, al carácter preferente del derecho del vendedor que insta la resolución por incumplimiento de su co-contratante.

B) MI PLANTEAMIENTO

El planteamiento adecuado de la cuestión de la situación de los derechos reales, cargas y gravámenes ulteriores a un derecho de opción de compra inscrito, exige examinar las siguientes cuestiones:

1. *Naturaleza personal o real del derecho de opción*

El tema de la naturaleza del derecho de opción de compra, así como, en general, de los demás llamados derechos de adquisición preferente, es uno de los temas más controvertidos del Derecho civil patrimonial. Las opiniones son muy variadas. Unos le atribuyen una naturaleza alter-

(16) Puede verse, sobre este punto, las Resoluciones de la DGRN de 3 de junio de 1961 y, sobre todo, 29 de diciembre de 1982, que entiende debe consignarse el total importe del precio que haya de ser devuelto, sin deducir nada por cláusula penal. También MIQUEL CALATAYUD, J. A.: «Consideraciones sobre el impago del precio en la compraventa», en *RCDJ*, 1985, págs. 1517-18 y 1539, y GARCÍA HERGUEDAS, M. P.: «Contrato condicional...», etc., comunicación presentada al VII Congreso Internacional de Derecho Registral, sobre todo pág. 224 del libro editado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

nativa, personal o real, dependiendo de cuál haya sido la voluntad de las partes al constituir el derecho y de su inscripción o falta de inscripción, o bien dependiendo exclusivamente de esta última circunstancia. Otros, quizá más coherentes, le atribuyen en todo caso una naturaleza personal, sin perjuicio de la eficacia *erga omnes* de la opción inscrita.

Yo entiendo que el derecho de opción de compra de bienes inmuebles tiene *carácter real*, y que este carácter deriva necesariamente de la *causa* del contrato. Por el contrato de opción una de las partes se reserva la facultad de adquirir, dentro de un plazo y en las condiciones establecidas, un inmueble perteneciente a la otra parte contratante. Ello significa dos cosas fundamentales:

Primero que la causa del contrato o propósito práctico perseguido por las partes es la concesión al optante de la facultad de adquirir un inmueble en el futuro, dentro de un plazo, en las mismas condiciones en que lo adquiriría ahora, si la venta se celebrara en el momento en que se realiza el contrato de opción. Se persigue, por tanto, entre otras cosas, que el optante, en el momento en que ejercite su opción, si decide ejercitarla, *pueda desconocer los derechos reales, cargas y gravámenes que acaso se hubieran constituido con posterioridad (o con carácter no preferente) sobre el inmueble objeto del contrato de opción, e incluso imponerse al nuevo propietario del mismo*. Es decir, que el optante pueda, conforme al principio de prioridad, imponerse sobre cualquier otro derecho posterior que recaiga sobre el mismo inmueble y que sea incompatible. Se persigue, por tanto, el *elemento externo* de todo derecho real, *la eficacia real o «erga omnes»*.

En segundo lugar significa que el optante persigue adquirir y adquiera con el contrato de opción una *facultad real sobre el inmueble en cuestión: la facultad de disponer del mismo, adquiriéndolo* (17). Concorre, por consiguiente, también, el llamado *elemento sustantivo o interno* de la realidad: el *contenido real*. Y es precisamente el carácter peculiar

(17) Así, el derecho de opción pasa por dos fases: Durante la primera fase de pendencia, el derecho de opción sujeta directamente el inmueble sobre el que recae, aprovecha sus aumentos de valor (lo que posibilita una finalidad especulativa en el derecho de opción, no muy digna de alabanzas, pero que no desnaturaliza el carácter de opción propia), etc. La segunda fase de ejercicio de la opción (o de caducidad) también se produce directamente sobre la cosa, sin precisar ningún tipo de consentimiento por parte del concedente de la opción o titular dominical, sino tan sólo una mínima colaboración en el recibo del precio y entrega material del inmueble. Colaboración no muy diferente de la que se precisa en otras relaciones reales entre el titular del dominio y los titulares de derechos reales limitados de goce (piénsese, por ejemplo, en las obligaciones iniciales del usufructuario *ex art. 491* del Código Civil; la extinción del usufructo por término del plazo, cumplimiento de la condición resolutoria o renuncia del usufructuario; el abono, por parte del titular del predio dominante, de los gastos de conservación de la servidumbre, etc.).

de este contenido real (bien distinto del paradigma de las facultades reales: el goce) el que impone que deban ser adoptadas una serie de *cautelas y limitaciones a la admisión y ejercicio del derecho de opción*. Una de ellas es la necesidad de fijar un plazo de duración del derecho relativamente corto pasado el cual caduca. Y ello porque la libertad del comercio inmobiliario es uno de los principios inspiradores de nuestro ordenamiento civil patrimonial y el derecho de opción incide sobre la facultad de disposición del propietario, restringiéndola y dificultando el tráfico del bien. Otra de las cautelas referidas podría ser la necesidad de consignar el precio en favor de los titulares de gravámenes ulteriores. Se trataría de conjugar, del mejor modo posible, los derechos del optante con los derechos de los titulares no preferentes.

De hecho, este específico elemento interno del derecho de opción, que lo distingue y caracteriza frente a los demás derechos reales, es el que puede plantear alguna dificultad para su admisión. No es este el momento para tratar de resolver esta cuestión, pero entiendo que el derecho de opción cumple una finalidad práctica digna de reconocimiento legal y es más un problema de fijar las limitaciones adecuadas que de negar toda validez al pacto de opción. Y me refiero a su admisión como tal derecho real. La construcción de un derecho de opción sobre un inmueble que no sujete al bien, sino tan sólo personalmente a su titular, no parece lógica ni parece responder al propósito del optante. ¿Cabría pactar una opción de compra inmobiliaria meramente personal? Quizá sí, al amparo de la libertad de pactos, pero parece que ello tendría tan poco sentido como excluir el carácter real del usufructo. Además, ya no estaríamos ante un derecho de opción, que es naturalmente real, sino ante otra cosa: un contrato cuya finalidad me resulta difícil imaginar (y al que algunos denominan, para distinguirlo del contrato que genera un derecho de opción, promesa de venta) (18).

Ahora bien, la sujeción real del inmueble *se traduce en un obstáculo para su comercio, pero no en una prohibición absoluta de disponer*. El concedente de la opción puede disponer de su derecho y gravarlo (de modo parecido a lo que ocurre con los derechos condicionales). Por su

(18) Una promesa de venta u opción personal sería un contrato por el cual el promitente se obliga a vender un inmueble determinado por un precio fijado, pero se reserva la facultad de incumplir su obligación pagando una indemnización. En realidad, la prestación del promitente quedaría configurada como una obligación alternativa: u otorga la venta pactada o paga una cantidad previamente fijada como indemnización. No concibo como promesa de venta aquélla en que la venta futura no está totalmente determinada en su contenido (o es determinable sin necesidad de nuevo acuerdo), porque si se requiere un nuevo consentimiento de las partes y éstas no se ponen de acuerdo, ni siquiera habrá nada que indemnizar. Nos hemos quedado en la fase de los tratos preliminares (de los que puede derivar otra distinta y contingente indemnización).

parte, el Registro de la Propiedad no queda cerrado a tales actos ni a las anotaciones de embargo que puedan obtener los acreedores del titular registral.

¿Qué ocurre con los derechos reales, cargas y gravámenes ulteriores cuando se ejercita el derecho de opción? La respuesta es sencilla: conforme al principio de prioridad, en el plano civil, los derechos ulteriores incompatibles *se extinguirán* y, en el plano registral, si están inscritos, *deberá procederse a su cancelación*.

Queda una última e importantísima cuestión. Se dice habitualmente que, dada la naturaleza clandestina del derecho de opción (por no implicar la posesión del inmueble sujeto), estos efectos extintivos y cancelatorios sólo se producirán cuando el derecho de opción esté inscrito: que el derecho de opción sólo adquiere eficacia real con la inscripción; y que, aun reconociendo el carácter real del derecho de opción, su inscripción debería ser constitutiva (19) (con lo que la opción no inscrita quedaría relegada al plano de las relaciones personales).

En mi opinión, no cabe duda de que la inscripción del derecho de opción es fundamental, como lo es la de todos aquellos derechos reales que no gocen de la publicidad posesoria. Pero ello no significa que sólo con la inscripción adquiera el carácter de derecho real y eficacia *erga omnes*, ni que dicha inscripción deba ser constitutiva, al estilo en que se entiende que lo es la inscripción de hipoteca. La opción, como ya he explicado, tiene carácter real por su propia naturaleza (20), y la posible inoperancia de su eficacia real deriva de los principios generales del Derecho civil e inmobiliario registral que afectan a todo derecho real. Así, en primer lugar, la opción no inscrita, como todo derecho real, afectará a todo tercero no preferente cuyo derecho igualmente no figure inscrito. Y, en segundo lugar, también como todo derecho real, la opción no inscrita no afectará a los terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (tercero hipotecario), siendo de destacar que el carácter clandestino de la opción hace muy difícil que el tercero pueda resultar desprotegido por falta de buena fe. Esto significa que la opción no inscrita sería oponible incluso a titulares inscritos (los que lo sean a título gratuito o hayan adquirido de mala fe (21) y a los ano-

(19) En este sentido se manifiesta AMORÓS GUARDIOLA en su comentario a la RDGRN de 7 de diciembre de 1978, citado.

(20) La Compilación navarra admite que la voluntad determine el carácter personal o real del derecho de opción, pero si se constituye con carácter real, su eficacia real no depende de su inscripción. *Vid.* TORRES LANA, *ob. cit.*, págs. 300 y sigs.

(21) En este punto del juego del principio de la fe pública registral es interesante traer a colación el tema de las servidumbres aparentes. Según reiterada jurisprudencia, la servidumbre aparente goza de una publicidad fáctica que la hace oponible a los terceros sin necesidad de estar inscrita, constituyendo una excepción a la protección de la fe pública registral. Pero, como se ha señalado (*vid.*, por

tantes de embargo, que sólo adquieren preferencia respecto a créditos posteriores, siempre que se pruebe la fecha anterior de la concesión de la opción (por ejemplo, por constar en escritura pública), y siempre que no se postule una concepción que otorgue a la anotación de embargo preferencia incluso sobre los actos dispositivos anteriores, aunque inscritos con posterioridad (22). Finalmente, en tercer lugar, resta decir que la opción no inscrita, como todo derecho real, tampoco afectará a los terceros protegidos por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria según lo interpreta la tesis dualista del tercero hipotecario, entendiendo que el tercero protegido por el artículo 32 no necesita reunir ninguno [tesis dualista pura, recientemente defendida por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (23)] o alguno de los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, salvo la inscripción de su propio derecho.

No es este el momento para tratar la cuestión de cuál es el tercero protegido por la legislación registral, bastando observar que, aparte de que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, incluso interpretado por la tesis dualista pura, también tiene su límite de protección (según GARCÍA GARCÍA la nulidad del acto y la mala fe-fraude), lo importante es que estas limitaciones que soportan los titulares de los derechos en favor de los terceros adquirentes operan con relación a todo derecho real. *Constituyen el régimen jurídico general y normal de los derechos reales*, inspirado en la protección de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. Es cierto que el carácter oculto del derecho de opción lo hace más vulnerable a verse inefectivo por la aparición de un tercero de buena fe, pero esto en nada se diferencia de otros derechos reales como el

cjemplo, PEÑA, *ob. cit.*), lo que aquí ocurre es que falta en rigor uno de los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para la protección de los terceros adquirentes: la buena fe (quizá la buena fe diligente del art. 36 de la Ley Hipotecaria). El caso de la opción se asimila más bien a las servidumbres no aparentes y, por tanto, sería más difícil que no estando inscrita, afectara a los terceros hipotecarios por causa de falta de buena fe.

(22) Sobre esta tendencia, puede verse: REY PORTOLÉS, J. M., en su comentario a la RDGRN de 12 de septiembre de 1983, en *RCDI*, núm. 570, 1985; ALVAREZ CAPERCHIPÍ, J. A.: *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, págs. 145 y sigs. y 155 y sigs.; FRANCO ARIAS, J.: *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987, páginas 226 y sigs y 360 y sigs., y, sobre todo, GARCÍA GARCÍA, J. M.: «El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo. Hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español», estudio presentado al VII Congreso Internacional de Derecho Registral de Río de Janeiro, 1987, en el que su autor da por superada su anterior posición crítica respecto de la STS de 10 de marzo de 1973, que había mantenido en su libro *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo. Derechos Reales e Hipotecario*, Madrid, 1982. También pueden verse los pioneros, aunque ya lejanos en el tiempo, trabajos de RAMOS FOLOUÉS citados, por ejemplo, por REY PORTOLÉS, lugar cit., pág. 1381, nota 65.

(23) *Vid.* GARCÍA GARCÍA, J. M., en su monumental tratado *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, 1.ª edición, Madrid, 1988, págs. 588 y sigs.

dominio directo, la nuda propiedad o las servidumbres discontinuas y no aparentes, cuyo carácter real es generalmente admitido.

Así pues, la eficacia real limitada de los derechos reales no inscritos no es más que el resultado de nuestro sistema inmobiliario registral: la inscripción no es simplemente declarativa, sino siempre constitutiva con relación a los terceros hipotecarios (24). Finalmente, todo lo anterior no obsta para que, de *lege ferenda*, quizá fuera interesante plantear la instauración de la inscripción constitutiva para todos los derechos y gravámenes ocultos. Pero este es otro tema.

Resta destacar que el reconocimiento del carácter real del derecho de opción, con independencia de que esté o no inscrito, tiene importantes consecuencias que exceden a la comentada trascendencia real. Basta observar que, cuando el titular registral del pleno dominio transmite el derecho de usufructo sin que esta transmisión acceda al Registro, si posteriormente dispone del pleno dominio en favor de un tercero, está disponiendo de un derecho ajeno. Igualmente, el concedente del derecho de opción que dispone de su dominio inscrito, sin respetar el derecho de opción que no ha accedido al Registro, no solamente está incumpliendo una obligación, sino que está disponiendo de un derecho ajeno.

2. *Diversidad de régimen jurídico según la naturaleza de los derechos ulteriores de dominio, derechos de goce y derechos de garantía y otras cargas*

Antes de continuar con la exposición de mi planteamiento en el tema concreto que nos ocupa, es preciso hacer una breve referencia a la diversa naturaleza que pueden tener los derechos ulteriores a cancelar, porque entiendo que los efectos y consecuencias del ejercicio de un derecho de opción inscrito, son diferentes según cuál sea la naturaleza de tales derechos ulteriores. Con relación a esta cuestión, señala AMORÓS GUARDIOLA (25) que los terceros adquirentes de derechos posteriores deben soportar el ejercicio del derecho del optante en las mismas condiciones que si lo ejercitara frente al (26) concedente de la opción en el momento en que fue concedido, y añade (en un caso en que se había pactado el ejercicio unilateral de la opción) que «si el derecho posterior es un nuevo dominio, resultante de transmisión realizada por el dueño anterior que concedió la opción, su resolución automática pa-

(24) En este punto vuelve a plantearse la cuestión de qué se entiende por tercero hipotecario. Sobre el tema, GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.* en nota anterior, págs. 561 y sigs. y 583 y sigs.

(25) Comentario a la RDGRN de 7 de diciembre de 1978, cit., págs. 1515 y 1516.

(26) AMORÓS, creo que por error, dice «él». Parece que debe decir «frente al».

rece clara de acuerdo con lo dicho. El optante adquirirá la finca en las mismas condiciones en que estaba al adquirir la opción. Frente a él, los dueños posteriores son inexistentes. Estos a su vez ya conocían (o podían conocer) el posible ejercicio de aquel derecho anterior, y las consecuencias extintivas que podía producir respecto a su titularidad posterior. La extinción se producirá automáticamente y no hará falta para ello contar con el consentimiento de estos dueños posteriores que resultan perjudicados por el ejercicio de la opción. Lo mismo cabría decir cuando la colisión se produce con derechos posteriores de goce o de disfrute. Ya que el optante adquiere la finca libre de tales derechos constituidos con posterioridad, y los titulares de éstos ya saben el riesgo que corren al estar subordinados a aquel derecho preferente y anterior».

En mi opinión la cuestión es más compleja. Sin pretensión de entrar a fondo en el tema, intento ahora solamente esbozar algunos de los problemas que se plantean y fijar alguna directriz para su solución. Para ello nos limitaremos a examinar tres grandes tipos de derechos reales que conviene distinguir:

Primero. *Supuesto en que el titular posterior sea un adquirente del dominio.*—En este caso el primer problema que se plantea es el de si el optante debe ejercitar su derecho frente a su contratante, el concedente de la opción, o frente al nuevo titular registral del dominio. En Derecho alemán (27), que tiene una concepción del derecho de opción bastante diferente de la nuestra (es un derecho personal por imperativo del *numerus clausus*, accede al Registro por anotación, etc.), el optante no ha de dirigirse contra el tercer adquirente. Por el contrario, en nuestro Derecho es rotunda la doctrina que entiende que el optante *debe ejercitar la opción frente al que sea dueño de la finca en ese momento*. Así señala ROCA SASTRE (28), desde una concepción del derecho de opción como derecho personal, que el nuevo propietario del inmueble queda obligado, no contractualmente, como el concedente de la opción, sino *ob rem*, como subadquirente.

En realidad, desde la concepción del derecho de opción como derecho real, me atrevería a decir que nadie queda *obligado* a transmitir nada al optante (lo que nos retrotraería a la antigua concepción del pre-contrato) ni, menos aún, a permitir que el optante se haga dueño del inmueble (que es tanto como decir que debe soportar el ejercicio del derecho real), ni siquiera se puede decir, en la forma en que se hace, que hay un *obligado* a otorgar un título traditorio puro (porque la entre-

(27) Cito de PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 511.

(28) *Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 566. Se refiere aquí al juego de la opción como derecho personal.

ga es la lógica consecuencia del ejercicio del derecho real). La decisión del optante, como titular real, produce un efecto fulminante *sobre el titular dominical, cualquiera que sea éste*. La situación es similar a la que se produce cuando el donante, que se ha reservado la facultad de disponer, dispone del inmueble donado. El tema ha entrado de lleno en el derecho de bienes, rompiendo casi todos sus lazos con el derecho de obligaciones, del que hace tiempo que se emancipó. El verdadero problema que ahora se presenta, tras la adquisición del inmueble por el optante, es garantizar los derechos de los titulares pasivos que han sufrido el ejercicio de la opción, y, en su caso, los derechos del concedente de la opción.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el derecho de opción, como derecho real limitado, *grava el dominio* y, por tanto, el titular dominical actual, sea o no el concedente de la opción, es el sujeto gravado por el derecho de opción y el que sufrirá su ejercicio. Hay que tener en cuenta, además, que el titular dominical está sujeto al derecho de opción *en la forma y condiciones* que resultan de su negocio constitutivo, sin que deba soportar un ejercicio del derecho que no se ajuste estrictamente a su configuración pactada. De todo lo anterior se deduce: *a)* Que el precio de la compra deberá ser pagado o entregado al titular dominical actual frente al que se ejercita el derecho de opción; *b)* que la satisfacción (o, en su caso, consignación) de este precio es requisito previo para la inscripción del ejercicio de la opción y simultánea cancelación del asiento del titular dominical que lo sufre, y *c)* que el precio debe ser satisfecho precisamente en la forma y momento pactados en el negocio constituyente del derecho de opción, porque tales pactos configuran el contenido del derecho que se consuma.

De esta manera, llevando el carácter real del derecho de opción a sus naturales consecuencias, se clarifican los problemas de si existe o no necesidad de consignación del precio de opción en favor del titular del dominio (parece obvio que éste no puede ser peor tratado que los titulares de cargas, cuyo derecho a consignación examinaremos después), y de si el precio de opción puede ser satisfecho en un momento distinto del previsto.

Ahora bien, si el titular dominical actual *no es el concedente de la opción* hay que preguntarse: ¿Asiste a éste alguna garantía real o registral? En primer lugar, ésta no será necesaria porque lo lógico será que el concedente de la opción que transmite su dominio sin esperar a que transcurra el plazo del derecho concedido, haya recibido el precio de su venta —ya que el adquirente no tiene por qué tener ningún miedo en pagarlo— o no tenga nada que reclamar si la transmisión fue gratuita. Pero en caso de no ser así (por ejemplo, porque el pago se aplazó),

parece claro que el concedente de la opción *ha perdido toda relación real con el inmueble* en cuestión y no goza de ninguna garantía real ni registral, a menos que en el contrato dispositivo se hubiera reservado e inscrito alguna garantía especial (por ejemplo, una condición resolutoria por falta de pago: ¿Le daría derecho a consignación?). La situación del concedente no titular y no garantizado especialmente queda relegada al derecho de obligaciones.

Segundo. *El problema del ejercicio unilateral del derecho de opción.*—Finalmente, en relación con la situación del titular dominical (sea o no el mismo concedente de la opción) gravado con un derecho de opción inscrito, se plantea el problema del *ejercicio unilateral del derecho de opción por parte de su titular* (29). En este punto, la concepción actual es la de que, a falta de pacto al respecto, cuando el concesionario de la opción decide ejercitarla debe procederse por ambas partes (optante y propietario) al otorgamiento de la correspondiente escritura de venta, de modo que si el titular dominical se niega a otorgarla, no quedará otro remedio que acudir al Juez para que lo haga en su nombre. Y ello será posible porque no se requiere en realidad el consentimiento del propietario, sino que el contrato de opción contiene ya todos los consentimientos precisos para consumir la compraventa prevista, a salvo la decisión del optante. No obstante, se admite mayoritariamente que, con el fin de eliminar toda intervención del propietario en el momento traslativo, las partes pueden convenir en el contrato de opción la posibilidad de que el titular del derecho de opción pueda consumir la adquisición por su sola declaración de voluntad, otorgando unilateralmente la escritura de ejercicio de la opción (30). Se trata de una previsión importante

(29) Parte de la base de que el ejercicio unilateral de la opción no altera lo que antes dijimos de que el precio de opción debe ser entregado al titular dominical actual y no al concedente de la opción, caso de ser personas distintas. Parece absurdo entender que si se precisa la intervención del propietario para la formalización de la venta, el precio se satisfaga al dueño actual, y si se ejercita la opción unilateralmente, se satisfaga al concedente. Podrían ofrecer alguna duda a este respecto las palabras de AMORÓS citadas al principio de este epígrafe.

(30) La cuestión se planteó en la cardinal y tan repetida Resolución de 7 de diciembre de 1978, que estableció en sus primeros considerandos la siguiente doctrina: «CONSIDERANDO que la primera cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si puede pactarse, con ocasión de conceder un derecho de opción de compra, que la escritura pública de ejercicio de la opción de compra pueda otorgarse unilateralmente por el optante, es decir, con su sola intervención, y si ese pacto puede tener acceso al Registro de la Propiedad o si, por el contrario, dicho pacto no es válido, aun vigente el principio de autonomía privada, o si aun siendo válido, no es inscribible en el Registro de la Propiedad.

CONSIDERANDO que el contrato de opción, al no encontrarse regulado en el Código Civil, ha tenido que ser configurado por la doctrina y la jurisprudencia al amparo de las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos y así se ha precisado su carácter consensual, y casi siempre unilateral, y en el que la consumación depende exclusivamente de la decisión del optante, que si se realiza dentro

que abre la puerta a la desaparición de una gran parte de los litigios que suscita el contrato de opción, pues, como advierte TORRES LANA (31), la

del plazo concedido obliga al propietario al cumplimiento de lo pactado, y que si el objeto sobre lo que recae es un inmueble podrá, en base al artículo 14 del Reglamento Hipotecario y con los condicionamientos que este artículo señala, inscribirse en el Registro de la Propiedad y afectar a los terceros.

CONSIDERANDO que igualmente ha venido la jurisprudencia del Tribunal Supremo perfilando la naturaleza de este contrato de opción, y aunque pueda presentar este derecho variantes y matices según la forma en que lo hayan configurado las partes, dado el principio de autonomía de voluntad que rige toda esta materia, cabe señalar una evolución en el criterio de nuestro más Alto Tribunal, desde el más restringido de las Sentencias de 23 de marzo de 1945 y 4 de diciembre de 1953, que lo consideran como una modalidad de la promesa unilateral, en la que no cabe, caso de no querer concluirlo el principal, más que la indemnización de daños, al más amplio de las de 10 de julio de 1946, 7 de febrero de 1966 y 28 de junio de 1974, que lo configuraban como un contrato en que es incuestionable la decidida voluntad de las partes de celebrar una auténtica compraventa, y en la que el incumplimiento no da lugar simplemente a la indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra parte para exigir el cumplimiento no sólo de la promesa, sino del contrato definitivo.

CONSIDERANDO que la tendencia jurisprudencial últimamente reseñada acoge aquella concepción mayoritaria de la doctrina, que en base a las necesidades prácticas del tráfico negocial entiende que al perfeccionarse el contrato de opción queda ya prestada la declaración negocial suficiente para que se produzca el efecto jurídico perseguido, como eventualmente definitivo, por las partes, de modo que no es necesaria una nueva declaración para que el camino negocial desemboque en el resultado final, si así lo decide quien está facultado para ello, aunque sea mediante declaración unilateral, y todo esto puede convenirse por los contratantes al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, así como atribuir al contrato de opción una energía o fuerza menor, lo que no ha sucedido en el presente caso dados los términos en que parece transcrita la cláusula discutida.

CONSIDERANDO, por tanto, que, en principio, y si no existen obstáculos de otra índole, puede afirmarse que desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño lo haya consentido al pactarse el contrato preliminar —como sucede en este recurso—, el título definitivo del adquirente, en virtud de una opción de compra consumada por su declaración unilateral, ha quedado integrado por la escritura de contrato de opción —otorgada unilateralmente por el adquirente—, ya que una vez autorizadas ambas, el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir el dominio al adquirente.

CONSIDERANDO, no obstante, y dado que el optante al decidir la opción, y como consecuencia del entramado de las recíprocas relaciones derivadas de una opción de compra en trance de consumación, ha de haber cumplido las obligaciones que le atañen, lo que hace necesario que en el momento de otorgar la escritura en que conste su decisión de ejercitar la opción y consumir la prevista adquisición, acredite ante el Fedatario público la previa constitución del adecuado depósito o, al menos, requerir al Notario autorizante para su constitución, mediante la entrega a tal efecto de la convenida contraprestación —o precio— a su cargo, y esta importante circunstancia —aunque prevista en la cláusula debatida, que contiene la obligación de depositar el precio en una entidad bancaria— no aparece configurada en la forma antes indicada, al establecerse que se hará con posterioridad a la consumación del contrato de opción».

(31) TORRES LANA, *ob. cit.*, págs. 267 y sigs. Señala este autor que para la plena eficacia de este pacto de ejercicio unilateral será preciso que la finca se halle en posesión del optante con anterioridad al ejercicio de la opción, ya que la necesidad de reclamar la entrega de la finca al propietario podría dar lugar a su negativa y al nacimiento del litigio que se trata de evitar. Pero ésta es una cuestión que

inmensa mayoría de los litigios surgidos del contrato de opción se originan porque el concedente se niega a formalizar el contrato definitivo. Podemos añadir que con esta previsión de ejercicio unilateral no sólo se obviará la necesidad de recurrir al Juez ante la negativa del propiciario, sino que se evitan problemas como el que fue objeto de la Resolución de 7 de septiembre de 1982: la dificultad, ante la negativa del concedente de la opción a formalizar la escritura de venta, de hacer constar en el Registro la decisión de ejercitar la opción, a efectos de que no se produzca la caducidad (registral) del derecho durante la tramitación del procedimiento judicial (32).

no afecta a la transmisión del dominio ni al desenvolvimiento registral del ejercicio de la opción.

(32) Los considerandos de esta resolución, de los que resulta claramente la cuestión planteada, son los siguientes: «CONSIDERANDO que a diferencia del supuesto de hecho que motivó la Resolución de 7 de diciembre de 1978, en donde se constituía un derecho real de opción, en el presente expediente las partes convinieron un contrato de opción de compra que obligaría, caso de ser ejercitado por el optante, a otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa entre ambas partes contratantes.

CONSIDERANDO que el único tema que en realidad se debate en este recurso es el de la posibilidad de la constancia registral de la declaración de voluntad, por la que el titular de una opción de compra ya inscrita la ejercita positivamente a través del requerimiento notarial hecho a la sociedad concesionaria de la opción para que ésta cumpla la obligación de otorgar la correspondiente escritura de compraventa de los inmuebles a favor del optante.

CONSIDERANDO que la pretensión de que el ejercicio de la opción se haga constar por nota al margen de las inscripciones del derecho de opción de compra, por aplicación analógica de lo dispuesto en los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 177 de su Reglamento, ha motivado la denegación por parte del Registrador del asiento solicitado al entender que la normativa legal de aquellos preceptos sobre condiciones no son de aplicación para el caso de que se ejercite un derecho de opción.

CONSIDERANDO, en efecto, y conforme a la calificación realizada, que no cabe la práctica de la nota marginal solicitada, ya que no está prevista en la Ley ni en el Reglamento, por lo que, sin determinarse su naturaleza y efectos, se crearía una publicidad equívoca, incompatible con la claridad que debe presidir siempre la redacción de todo asiento registral.

CONSIDERANDO que, tal como aparece regulada en el artículo 14 del Reglamento la inscribibilidad del derecho de opción, es indudable que no aparece prevista la posibilidad de acceso directo del ejercicio positivo de la opción por el optante derivada de esta clase de contrato y que no ha originado todavía una modificación jurídico-real en tanto no se dé cumplimiento a la obligación por ambas partes, por lo que sería deseable una regulación legal más completa sobre la materia.

CONSIDERANDO que a la diligencia del optante atañe procurar que, ejercida la opción, pueda otorgarse la escritura pública de compraventa antes que vencido el plazo de opción convenido deje de publicar el Registro su existencia por caducidad o, al menos, que en su defecto ha quedado anotada preventivamente la demanda en que se pretende el otorgamiento de la escritura correspondiente.

CONSIDERANDO que supuesto radicalmente distinto, como ya se indicó en el primer considerando, sería aquel en que pactada la opción como derecho real por voluntad expresa y suficientemente documentada de las partes, al amparo del sistema de *numerus apertus*, contenido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, se hubiese previsto que la simple voluntad afirmativa del optante, expresada en

Desde mi punto de vista, y remitiéndome una vez más a otro lugar para el cabal estudio de esta cuestión, creo que a esta concepción pueden hacerse dos importantes observaciones:

En primer lugar, de acuerdo con el carácter real del derecho de opción que se propugna y con la propia causa y naturaleza del contrato de opción, considero perturbadora y sin sentido la necesidad de prever anticipadamente la posibilidad de ejercicio unilateral del derecho de opción. *El derecho de opción, naturalmente, debe contener la facultad de ejercicio unilateral por su titular*, ya que es su voluntad la única que se requiere para consumar la adquisición preordenada, ya que de este ejercicio unilateral no se sigue ningún perjuicio para el propietario gravado, sino una mayor perfección técnica en la construcción del derecho de opción. Se otorga así al optante el arma radical que suele acompañar a todo derecho real, y se previenen los problemas antes apuntados y, en concreto, el que fue objeto de la Resolución de 7 de septiembre de 1982. Y ello sin perjuicio de reconocer la validez del pacto que exija la intervención del propietario para la formalización de la venta o, sobre todo, de los pactos que determinen la forma en que debe ser pagado o consignado el precio de compra (33).

Lo anterior está de acuerdo con la propia naturaleza del acto de ejercicio del derecho de opción, que es la de una declaración unilateral (34). Pero hay que advertir la necesidad de un nuevo requisito frecuentemente olvidado, y es que esta declaración unilateral tiene carácter *recepticio*, de modo que ha de llegar a conocimiento del concedente durante el plazo de vigencia de la opción. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo (35). Para dar cumplimiento a esta exigencia estimo que bastará con que se dé fe por el Notario de que se le ha justificado dicha notificación o de que se le ha requerido para hacerla (siendo indiferente el que, después de desplegada esta diligencia razonable, la declaración llegue o no efectivamente al concedente dentro del plazo) (36). Resulta ob-

escritura pública, fuera suficiente para que quedase perfeccionada la compraventa y consumada la tradición».

(33) En relación con el pago del precio existe en algunos sectores la idea, propiciada por la doctrina de la RDGRN de 7 de diciembre de 1978, de que éste debe hacerse con anterioridad o en el momento de otorgar la escritura de compra unilateral. En realidad, como ya expliqué, el precio debe satisfacerse en la forma pactada. A falta de pacto, será preciso el pago anterior o simultáneo por aplicación del artículo 1.124 del Código Civil (así, TORRES LANA, *ob. cit.*, pág. 278). Ahora bien, el convenio de pago aplazado o a plazos plantea algunos problemas, como el garantizar los derechos del titular que sufre el ejercicio de la opción (sobre todo si es persona distinta del concedente). Problemas que creo que pueden sortearse pactando la correspondiente condición resolutoria.

(34) Así, TORRES LANA, *ob. cit.*, pág. 287.

(35) *Vid.* TORRES LANA, *ob. cit.*, págs. 255 y sigs.

(36) *Vid.* TORRES LANA, *ob. cit.*, pág. 264.

via la importancia de fijar un domicilio para notificaciones en el contrato de opción y mantenerlo actualizado, a semejanza de lo que se hace en otros contratos, como el de hipoteca.

En segundo lugar, el verdadero problema que plantea la admisión del ejercicio unilateral de la opción, sin intervención alguna por parte del concedente o propietario, es que de esta forma *queda facilitada hasta el máximo la posibilidad de utilización del derecho de opción con fines espúreos, fundamentalmente con fines de garantía con vulneración del pacto de «lex comisoría»* (37). Una vez más, la cuestión estriba en conciliar dos intereses contrapuestos: el interés del optante (en la opción propia) de no depender de la colaboración del propietario para el ejercicio de su derecho, y el interés del propietario (en la opción en garantía) de no verse privado de su dominio por falta de pago de una deuda y por un procedimiento que no garantiza una valoración objetiva de su derecho y que le coloca en situación de indefensión absoluta ante posibles abusos de su acreedor. El tema se conecta con dos de las más complejas y espinosas cuestiones que tienen planteadas los derechos reales de garantía: la terrible falta de funcionalidad de los procedimientos judiciales de apremio, que, como dice RAMOS MÉNDEZ (38), hay que preguntarse si son el instrumento idóneo para extraer el mayor rendimiento de los bienes embargados o, por el contrario, son la mejor vía para desbaratar y despilfarrar el patrimonio más saneado; y la utilización de una serie de figuras jurídicas [como la opción o el retracto convencional (39)] con fines de garantía, con el fin de posibilitar la ejecución

(37) Con los mismos fines, y quizá por temor a que no sea considerado válido el pacto de ejercicio unilateral de la opción, se utiliza a veces un mecanismo diferente: el deudor-concedente de la opción otorga un *poder irrevocable* a una persona de confianza del acreedor-optante para que en su día le represente en la venta del inmueble. El principal problema que plantean estos negocios cuando llegan al Registro es que en muchas ocasiones no se trasluce con suficiente claridad la utilización fraudulenta de la opción con fines de garantía. Tuve ocasión de enfrentarme con un supuesto de estas características, cuya inscripción (de la escritura de ejercicio de la opción) denegué por considerar que el poder irrevocable no es admisible. Esta calificación fue recurrida gubernativamente y motivó la RDGRN de 29 de septiembre de 1987, que confirmó el defecto señalado en la nota a pesar de que, paradójicamente, se reconocía la validez del poder irrevocable.

(38) RAMOS MÉNDEZ, F.: Prólogo a la obra de FRANCO ARIAS, J.: *El procedimiento de apremio*, cit.

(39) También puede implicar una vulneración del pacto comisorio el llamado contrato de *«leasing» inmobiliario*. En la práctica profesional yo recomiendo, en este caso, proceder del siguiente modo: practicar la inscripción del dominio a favor de la sociedad de *leasing*, haciendo constar la finalidad de la adquisición, y practicar la inscripción del contrato de *leasing*. Después, caso de que se pretenda la cancelación del arrendamiento financiero sin ejercicio de la opción, se suspende la práctica del asiento en tanto no conste el consentimiento del concesionario de la «opción» (titular dominical real), con el fin de dar cumplimiento, al menos, a los requisitos esenciales de ejecución de las garantías. En tanto conste inscrito el *leasing*, se evidencia la titularidad formal de la sociedad financiera.

directa y arbitraria de la garantía por el acreedor. Surge así el debate sobre la validez o los límites de validez del pacto comisorio (40).

A efectos registrales, por contraposición a judiciales, creo que la cuestión que se plantea es la de determinar si para que el ejercicio unilateral del derecho de opción sea inscribible debe considerarse requisito necesario, si no el consentimiento, sí al menos el *asentimiento* del titular registral, ya que, como dice la propia Resolución de 7 de diciembre de 1978, faltan aquí las garantías que existen en los procedimientos judiciales. Es decir, si es imprescindible que el ejercicio de la opción se notifique previamente al titular registral y, si éste se opone, dilucidar la controversia por la vía judicial. En apoyo de esta tesis, podemos decir que el supuesto es similar al cumplimiento de condición resolutoria establecida en garantía del precio aplazado en la compraventa, donde, para mayor protección del titular registral, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha interpretado ampliamente los términos del artículo 175, 6.º, del Reglamento Hipotecario, refiriéndolos también al adquirente o primer comprador (lo que vendría a reforzar la exigencia a que antes nos hemos referido) y ha señalado que no es posible practicar la inscripción en favor del vendedor si el comprador se opone a la resolución al serle notificada conforme al artículo 1.504 del Código Civil (*vid.* Resolución de la DGRN de 29 de diciembre de 1982).

Como en casi todo lo que concierne al derecho de opción, prácticamente huérfano de regulación, es factible optar por una u otra solución. La pregunta queda en el aire.

Tercero. *Supuesto en que el titular posterior sea un adquirente de un derecho real limitado de goce.*—En mi opinión, los derechos reales limitados de goce (fundamentalmente usufructo y servidumbres) inscritos con posterioridad a la inscripción de un derecho de opción que grave el pleno dominio, se encuentran, en principio, en una situación más próxima a la que acabamos de ver con respecto a titularidades posteriores del dominio, que a la propia de los titulares de cargas posteriores que veremos después. Con ello quiero decir que la constitución posterior de derechos reales de goce origina una especie de desmembración del pleno dominio (cuyo grado depende del derecho de que se trate), de modo que el derecho de opción que recayera sobre el pleno dominio debe ser ejercitado frente al pleno dominio, integrado ahora por el dominio limitado y el derecho a los derechos de goce de que se trate. No me parece adecuada la opinión que entiende que los posteriores derechos de goce o disfrute pueden ser cancelados sin más, ya que sus titulares ya sabían el riesgo que corrían al estar subordinados a un derecho de

(40) Sobre este tema, recientemente, ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A.: *Curso de Derechos Reales*. Tomo II, Madrid, 1987, págs. 104 y sigs.

opción preferente. Ese mismo riesgo o situación de subordinación debía también ser conocido por los titulares posteriores del dominio y, sin embargo, tienen derecho a recibir el precio de opción. Es más, no resulta lógico que deba recibir el mismo precio el titular dominical pleno que aquel que está gravado, por ejemplo con un usufructo: el nudo propietario cobraría el precio de opción correspondiente al pleno dominio y el usufructuario quedaría en la calle sin garantía alguna. Además, finalmente, aquel mismo riesgo o situación de subordinación debía ser conocido por los titulares posteriores de cargas que, sin embargo, como veremos, van a gozar de un derecho de consignación del precio y de una garantía registral.

Por todo lo anterior, brevemente expuesto, entiendo que el derecho de opción *debe ejercitarse frente a los titulares del dominio y demás derechos reales de goce*, teniendo cada uno de ellos derecho a percibir una parte del precio de opción en proporción a sus derechos y gozando de la garantía registral de que sus asientos no van a ser cancelados si no se acredita dicho pago. Por ello sería conveniente establecer como requisito para la inscripción de derechos limitados de goce posteriores a un derecho de opción, *que se determine la proporción del precio de opción que cada uno de ellos tiene derecho a percibir en caso de que se ejercite el derecho preferente* (ya que en este caso no existe un valor determinado, como ocurre con los derechos de garantía). Y teniendo en cuenta que nada obsta a que se establezca que un determinado derecho se resolverá sin derecho a ningún tipo de compensación dineraria (por ejemplo, ciertas servidumbres, o los derechos constituidos a título gratuito).

Finalmente, tanto en el caso de que aparezcan titulares posteriores del dominio como, sobre todo, en el caso en que se constituyan posteriores derechos limitados de goce, hay que preguntarse si no sería justo subordinar sus derechos sobre el precio de opción y sus garantías registrales al cumplimiento del *requisito de haber notificado al titular del derecho de opción la adquisición de sus derechos*, a semejanza de lo que en este trabajo se propugna con respecto a los posteriores titulares de cargas.

Cuarto. *Supuesto en que existan titulares posteriores de derechos de garantía u otras cargas.*—A este supuesto vamos a concretar nuestro estudio en las páginas que siguen, refiriéndonos fundamentalmente a titulares posteriores de créditos hipotecarios y anotaciones preventivas de embargo.

3. *Sistema de subsistencia y sistema de liquidación: Hacia una superación de este planteamiento*

Ya vimos en la primera parte de este trabajo cómo la situación de los derechos reales y gravámenes posteriores al derecho de opción inscrito, tras el ejercicio de éste, podía venir determinada por dos distintos sistemas: el sistema de subsistencia y el sistema de extinción o liquidatorio. Sin embargo, en realidad, el sistema de subsistencia, entendido en el sentido de que el optante debe soportar todos o algunos (según su naturaleza) de los derechos y cargas posteriores hasta que naturalmente se extingan, o no es el más adecuado o resulta absolutamente incompatible con la causa del contrato de opción y su carácter real. Me explicaré.

Tratándose de titulares posteriores del *dominio* o de *derechos reales de goce* estamos ante un problema de incompatibilidad. Es evidente que el sistema de subsistencia no puede estar pensado para este tipo de derechos cuya extinción es exigida por la propia esencia del derecho de opción. La especial problemática que plantean este tipo de derechos posteriores ya la hemos examinado en el epígrafe anterior.

Tratándose de *créditos hipotecarios y anotaciones preventivas de embargo* hay que distinguir. Un sistema de subsistencia *absoluto* significaría que dichas cargas subsisten gravando el inmueble cualquiera que sea el montante del crédito garantizado y, por tanto, aun cuando dicho montante sea superior al precio de la opción. Un sistema así volvería a plantearnos un problema de incompatibilidad: es esencial que el optante reciba la finca sin más cargas que aquéllas que pueden ser extinguidas con el precio de ejercicio de la opción. De modo que cualquier carga posterior a un derecho de opción inscrito tiene su límite de garantía, no en el valor de la finca, sino en el precio fijado para el ejercicio de la opción. Un sistema de subsistencia *limitado* significaría que los gravámenes ulteriores tienen limitada su garantía por el precio de la opción, pero que no se extinguen con el ejercicio de ésta, sino que subsisten hasta su ejecución o vencimiento, total o parcial, momentos en los cuales se destinaría a su extinción el precio de la opción. Un sistema así no parece el más adecuado, sino más bien absurdo. Si los titulares de gravámenes posteriores no van a tener más derechos sobre la finca que el precio de la opción, parece que bastaría con que el optante consignara este precio a su favor para obtener la cancelación de las cargas.

Por ello entiendo que la dicotomía no ha de ser planteada entre un sistema de subsistencia y otro de liquidación, sino que hay que concluir que el sistema más adecuado es el de extinción: el optante, como titular preferente, tiene derecho a recibir la cosa en la misma situación jurídica

en que se encontraba al adquirir su derecho de opción (solución que, además, como ya antes se dijo, encuentra apoyo legal suficiente en el artículo 1.520 del Código Civil). La dicotomía ha de ser planteada entre un *sistema de extinción automática que no reconozca a los titulares de cargas posteriores derecho alguno sobre el precio de opción, y un sistema de extinción con derecho, por subrogación, sobre el precio de la opción, y con garantía registral para su cobro*. Abreviadamente podríamos hablar de un sistema de extinción sin garantía y otro con garantía. A ellos nos referiremos a continuación.

Pero antes quiero hacer una importante observación, y es que las afirmaciones anteriores deben ser *matizadas* si tenemos en cuenta el juego que en esta materia puede tener la autonomía de la voluntad. A esta cuestión me referiré brevemente más adelante. Basta señalar aquí que el sistema que se propone es el sistema general, aplicable en defecto de pacto y, en su parte fundamental, imperativo. Pero que la autonomía de la voluntad acaso pueda introducir alguna variante.

4. *Sistema de extinción con garantía y sistema de extinción sin garantía*

El problema fundamental que se plantea a la hora de decidirse por uno u otro sistema es el de conjugar los derechos de todas las partes implicadas. Por una parte, el optante, como titular preferente, tiene derecho a recibir la finca libre de cargas posteriores y a que no se le exijan más obligaciones que la de pagar el precio pactado. Por otra, los titulares de créditos hipotecarios y anotaciones de embargo tienen derecho a que su garantía sea respetada en tanto no se perjudique el derecho preferente del optante, es decir, en tanto sea compatible con el derecho preferente. Más aún cuanto que son titulares registrales y el Registro de la Propiedad siempre presta un amparo especial a todo aquel que acude a su protección, siempre que no se vulneren los principios del sistema.

En este sentido entiendo que el sistema más perfecto y adecuado a nuestro Derecho es el de extinción con garantía, y ello por las siguientes razones: *a)* Porque la exigencia de la consignación del precio de la opción en favor de los titulares de gravámenes ulteriores no afecta a la esencia del derecho del optante, sino que, a lo sumo, puede suponerle una pequeña molestia; *b)* porque dada la específica naturaleza del derecho de opción, su admisión, como ya antes adelantábamos, debe hacerse con algunas lógicas limitaciones, una de las cuales sería esta molestia de la necesidad de consignar.

El sistema de extinción con garantía debe tener, en mi opinión, las siguientes características:

Primera.—En primer lugar, las cargas ulteriores al derecho de opción ejercitado *se extinguen, pero sus titulares adquieren un derecho similar sobre el precio* pactado para el ejercicio de la opción. Se produce algo parecido a lo que sucede en los supuestos previstos en el artículo 110, 2, de la Ley Hipotecaria: la hipoteca propiamente se extingue, transformándose en otro derecho de garantía que afecta al precio de opción. Tratándose de anotaciones de embargo, la traba del inmueble pasa a recaer sobre el dinero.

Segunda.—Para la efectividad de lo anterior se establecen dos previsiones: *a)* el optante queda gravado con la *carga de consignar* el precio de opción en favor de los titulares de cargas ulteriores, a fin de poder obtener la cancelación de las mismas; *b)* como garantía, la extinción de las cargas ulteriores *queda condicionada a que se realice la referida consignación*. Esto implica a su vez una garantía registral, puesto que la cancelación de las cargas ulteriores no podrá llevarse a cabo en tanto no se produzca su extinción.

Extinción y cancelación requieren previa consignación. Ello implica la aceptación de un *cierto sistema de subsistencia* en tanto que las cargas ulteriores no se extinguen automáticamente y por el solo ejercicio de la opción, sino que perduran hasta la consignación. Pero entiendo que este es el planteamiento adecuado por cuanto, en el sistema habitualmente aceptado de liquidación con consignación, se admite que las cargas no preferentes quedan automáticamente extinguidas por el ejercicio de la opción, pero se niega la cancelación del derecho extinguido a menos que se haya cumplido al requisito adicional de la consignación. Se produce así un divorcio entre el Derecho civil y el registral y se atenta al principio básico de que todo derecho extinguido debe poder ser cancelado sin más requisito que el de acreditar dicha extinción, cuando ésta no resulte claramente de los propios libros registrales.

Tercera.—El derecho que adquieren los titulares de cargas ulteriores, una vez hecha la consignación, no recae obviamente sobre la finca ni sobre el valor de la finca, sino *sobre el precio de opción*. Ello significa que si el crédito hipotecario o la anotación de embargo lo eran por un valor superior al precio de opción, si la opción es ejercitada, no gozarán de garantía alguna sobre ese plusvalor, *quedando reducido su derecho hasta donde alcance la cantidad a consignar*. Como hemos visto, esta limitación deriva lógicamente de la necesidad de respetar la preferencia del optante, que determina que éste debe recibir el inmueble libre de toda carga posterior, sin más excepción que aquellas que pue-

dan ser inmediatamente extinguidas y canceladas destinando a este fin el precio de su adquisición.

Cuarta.—*El optante tiene derecho a retener o deducir del precio de compra el coste de la liberación de las cargas no preferentes.* Parece obvio que el optante obligado a consignar una determinada cantidad para liberar la finca de gravámenes posteriores, constituidos por su vendedor (o causahabiente), o sobre la titularidad de su vendedor, sólo deberá abonar a éste el resto del precio, si lo hay, una vez deducida la cantidad a consignar.

Quinta.—*No es necesario exigir ningún requisito especial para inscribir la adquisición a favor del optante,* precisamente porque esta adquisición no determina la automática extinción de carga alguna. *El requisito de la consignación sólo es exigible para proceder a la cancelación de las cargas no preferentes,* y bien entendido que la extinción se producirá y la cancelación deberá realizarse aun cuando el precio de la opción no baste para cubrir el valor de dichas cargas. Pero, en los casos en que adquisición por el optante y consignación no coinciden en el tiempo, no hay motivo alguno para negar a la titularidad del optante la protección registral.

Sexta.—*No será exigible el requisito de la consignación para la extinción y cancelación de los gravámenes no preferentes en los casos en que no haya nada que deba ser entregado por el optante o en los casos en que esta entrega, en realidad, haya sido ya realizada.* Sobre esta cuestión me remito a lo dicho anteriormente al comentar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de abril de 1987.

Este sistema esbozado de extinción con garantía es el que, con alguna variante, se deduce de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982 y 10 de abril de 1987. Pero, como ya he advertido, este sistema deja un cabo suelto que atenta a la prioridad del derecho del optante y debe ser completado con la exigencia de otro requisito, esta vez a cargo de los titulares de gravámenes no preferentes: la notificación al titular del derecho de opción inscrito de la constitución de sus derechos.

5. *El requisito de la notificación al titular del derecho de opción*

Como ya tuve ocasión de exponer en el dictamen que precede, la exigencia de la consignación del precio de la opción en favor de los titulares de cargas no preferentes, debe quedar subordinada al cumplimiento por parte de éstos del requisito de haber notificado al titular del derecho

de opción la constitución de sus derechos. Y ello por dos razones fundamentales: una de justicia, derivada de los principios generales del sistema, y otra de estricto derecho positivo:

Primero: *Principio de prioridad*.—En primer lugar el requisito de la notificación al titular del derecho de opción viene impuesto por el respeto debido al principio de prioridad. De acuerdo con éste, el titular registral preferente puede desconocer los cambios reales que accedan al Registro con posterioridad a su derecho y desentenderse de ellos. De modo que no le es exigible al titular del derecho de opción preferente que solicite una nota o certificación registral para averiguar si existe alguna carga posterior en favor de cuyo titular deba consignar el todo o parte del precio de opción. En realidad, no le es exigible siquiera que conozca que existe esta obligación de consignar (y mucho menos si tal obligación sólo se halla reconocida claramente en unas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a través de finas sutilezas jurídicas). Es más, en la disyuntiva entre exigir un comportamiento activo y diligente al titular preferente o exigirlo a los titulares posteriores, que deben conocer la existencia de la opción inscrita, no cabe duda de que lo lógico es que sean éstos quienes carguen con el trámite de la notificación a cambio de obtener el derecho a la consignación.

El problema en la práctica se presenta especialmente agudo. ¿Qué hacer cuando el optante ya ha satisfecho el precio de la opción y al llegar al Registro se encuentra con que el Registrador no accede a su pretensión de cancelar las cargas no preferentes a su derecho? ¿Deberá volver a pagar y luego repetir de su vendedor? Entiendo que el requisito de la consignación es un requisito excepcional, que es útil para compaginar los derechos de diversos titulares, pero que no debe llevarse a tal extremo que pueda perjudicar netamente al titular preferente. A éste se le impone la obligación de consignar; a los posteriores, la de notificar. Sólo si el titular de la opción es advertido de la constitución de las cargas posteriores, puede exigírsele que retenga y consigne el precio a satisfacer a su vendedor.

Segundo: *Normas concretas*.—La segunda razón de Derecho positivo es el artículo 107, párrafo 7.º de la Ley Hipotecaria, que regula un supuesto de gran analogía y que, en una materia como esta del derecho de opción, en que nos movemos tan faltos de apoyos legales que casi puede decirse que el único límite es la imaginación, es una norma decisiva. Por lo demás, en este punto me remito a lo dicho en el dictamen *ut supra*.

Pero quiero añadir ahora otras normas igualmente concluyentes sobre

la necesidad de la notificación como requisito para el nacimiento del derecho a la consignación de los titulares posteriores. Me refiero a las siguientes:

a) En primer lugar, *al artículo 1.527 del Código Civil, los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria y los artículos 176, 242 y 243 del Reglamento Hipotecario*, que regulan la cesión de créditos en general (el primero) y la cesión de créditos hipotecarios en particular (los demás). Dice el artículo 1.527 del Código Civil: «El deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación.» Evidentemente, se trata de una norma muy general, pero de gran importancia, como el artículo 1.165 del Código Civil, antes citado, porque libera al deudor de tener que realizar ningún tipo de investigación y exige una especial diligencia al cedente o a los adquirentes posteriores del crédito (41). Comportamiento diligente consistente precisamente en poner en conocimiento del deudor la adquisición realizada (42).

Con referencia concreta a la cesión de créditos hipotecarios, dispone el artículo 149, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria que: «El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro.» Desarrolla esta norma legal los artículos 242 y 243 del Reglamento Hipotecario. Dice el primero: «Del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor por los medios establecidos en el artículo 222, a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviere en el caso del artículo 150 de la Ley.» Y añade el segundo: «La notificación de la cesión del crédito al deudor, o la omisión de este requisito en el supuesto del artículo 151 de la Ley, se hará constar en la inscripción, y si el documento que acredite haberse hecho aquélla se presentare en el Registro después de verificada la inscripción, se extenderá la correspondiente nota marginal». El supuesto de hecho regulado en estos artículos tiene, en

(41) Aunque es discutido, en la cesión de créditos se entiende que la carga de la notificación recae sobre el cedente, pero ello no impide que la pueda realizar igualmente el cesionario. Así, NAVARRO PÉREZ, J. L.: *La cesión de créditos en el Derecho civil español*. Granada, 1988, págs. 113 y sigs. Lo que queda claro es que el deudor no soporta la carga de averiguar si el crédito ha sido transmitido.

(42) Parecido principio inspira el artículo 1.198 del Código Civil, relativo a la extinción de obligaciones por compensación. Dice este artículo: «El deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente. Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores. Si la cesión se realiza *sin conocimiento* del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión».

el fondo, una gran similitud con el supuesto de la aparición de titulares registrales posteriores a un derecho de opción inscrito, y sus disposiciones pueden ser perfectamente aplicables a éste. El nuevo adquirente del crédito hipotecario es como un titular posterior con respecto al deudor, del mismo modo en que los titulares de cargas posteriores lo son con respecto al optante. El deudor tiene derecho a desconocer el derecho al crédito del nuevo titular y a liberarse cumpliendo su primitiva obligación con su co-contratante. Y ello es así aunque el nuevo titular haya inscrito su adquisición, cancelando la titularidad anterior. *El deudor no tiene ninguna obligación de consultar el Registro porque, una vez inscrita su posición jurídica, tiene la garantía de que cualquier cambio posterior no puede afectarle, al menos si tal cambio no le es debidamente notificado.* En el plano civil, la exigencia de notificar la cesión del crédito deriva de la necesidad de dar publicidad a dicha transmisión, ya que no tendría sentido si el deudor no la conociera. Pero en el plano registral, tratándose de la cesión de créditos hipotecarios, la publicidad viene dada por la inscripción de la transmisión, y la exigencia de un comportamiento diligente al adquirente para el reconocimiento de su derecho deriva más bien del respeto a la posición jurídica inscrita preferente del deudor (43).

¿Qué es lo que ocurre si no se realiza la preceptiva notificación? *Se cancela sin más la titularidad posterior,* con sólo acreditar el pago del crédito fantasma anterior. Así lo establece el artículo 176 del Reglamento Hipotecario: «La inscripción de cesión de créditos hipotecarios, cuando no constare en el Registro que se ha dado conocimiento al deudor y éste pagare al cedente, podrá cancelarse con el documento que acredite dicho pago, sin perjuicio de las responsabilidades a que se refiere el artículo 151 de la Ley.» A destacar que, a efectos de la cancelación o no del derecho del cesionario, no basta con que la notificación de la cesión al deudor se haya verificado, es preciso además *que se haya hecho constar en el Registro* en alguna de las formas previstas en el artículo 243 del Reglamento Hipotecario antes citado (en la propia inscripción de la cesión o después por nota marginal). A destacar igualmente que de este artículo 176 del Reglamento Hipotecario es de donde se deduce claramente que al deudor no le afecta la publicidad registral de la cesión (aunque también se deduciría del carácter constitutivo de la inscripción de la cesión, si admitimos tal carácter). ¿Qué solución

(43) Resulta ilustrativo, a este respecto, cómo en el plano registral, el Reglamento Hipotecario (cfr. art. 243) contempla la notificación como un derecho del deudor, al que puede renunciar, y nunca como una garantía del interés del cesionario, que es quizá la faceta más característica que presenta en el plano civil. Vid. NAVARRO PÉREZ, J. L., *ob. cit.*, pág. 59.

le queda al adquirente posterior del crédito hipotecario? Reclamar contra el cedente, según resulta del artículo 151 de la Ley Hipotecaria: «Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta.»

En mi opinión este sistema de notificación es aplicable prácticamente idéntico al supuesto de créditos hipotecarios posteriores a un derecho de opción inscrito. Y asimismo al supuesto en que existan posteriores anotaciones de embargo. En este sentido, comparto la opinión de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en su comentario al epígrafe que precede a los artículos 242 y siguientes del Reglamento Hipotecario relativos a la cesión de créditos hipotecarios: «Respecto al embargo de crédito hipotecario, parece imprescindible que conste la notificación del embargo al deudor a fin de que se dé el supuesto del artículo 1.165 del Código Civil y el embargo pueda tener plena efectividad» (44).

No cabe alegar en contra de esta aplicación analógica el hecho de que el optante no puede desconocer absolutamente el contenido del Registro, porque debe ejercitar su derecho frente al último titular registral del dominio de la finca. Aparte de que pueda exigirse el requisito de la notificación incluso a los titulares dominicales, o de que se acepte la posibilidad de ejercicio unilateral de la opción, me parece que existe una razón suficiente para establecer una distinción entre los titulares dominicales y los titulares de cargas posteriores. Y es que, como ya he apuntado, la notificación al titular del derecho de opción no sólo tiene por objeto comunicarle la inscripción de tales cargas, sino *advertirle de su obligación de consignar* (45). Parodiando al artículo 107. 7. de la Ley Hipotecaria podemos decir que debe darse conocimiento del gravamen posterior al concesionario de la opción, a fin de que si la ejercita antes de cancelarse dicha carga, no satisfaga el total precio a su vendedor, sino que consigne la cantidad que proceda en favor del notificante.

b) En segundo lugar, como normas determinantes del requisito de la notificación al titular del derecho de opción, como condicionante de la exigencia de la consignación en favor de los titulares de cargas posteriores, podemos argüir las relativas a la admisión y cancelación de la subhipoteca. Esta extraña y controvertida figura se halla prevista en nuestra legislación hipotecaria en los *artículos 107. párrafo 4.º de la Ley Hipotecaria y 175. regla 4.ª, del Reglamento Hipotecario y concordantes*. El precepto legal se refiere a la subhipoteca en los siguientes términos:

(44) GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*. 1.ª edición. Madrid, 1986. pág. 172, nota 56.

(45) A diferencia del supuesto de la cesión de créditos, en que basta dar noticia de la transmisión.

Podrán también hipotecarse «el derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho». Por su parte, el precepto reglamentario citado dispone: «La inscripción de subhipoteca, constituida sin los requisitos del artículo 149 de la Ley, podrá cancelarse en virtud de la escritura en que conste la resolución del derecho del subhipotecante. En el caso de que se hubieren cumplido dichos requisitos, será necesario, además, el consentimiento del subhipotecario o la consignación de la cantidad asegurada por la subhipoteca, si fuere igual o inferior a la garantizada por la hipoteca.» Para el objeto de nuestro estudio no parece pertinente traer a colación el discutido tema de la naturaleza de la subhipoteca, ni el régimen de la relación entre los acreedores hipotecario y subhipotecario. Pero sí conviene referirse en cambio a la posible relación entre el titular dominical de la finca hipotecada y la subhipoteca, en cuanto se trata de una relación a nuestros efectos similar a la que existe entre el titular del derecho de opción y las cargas posteriores.

En este sentido, el artículo 107, número 4.º, de la Ley Hipotecaria se limita a admitir esta figura singular de la subhipoteca y a recordar y ordenar la aplicación en estos casos del principio de que la resolución del derecho del concedente lleva consigo la del derecho concedido; de donde parece deducirse que la constitución de la subhipoteca en nada afecta al titular dominical, y que no existe ninguna relación entre la subhipoteca y la finca hipotecada distinta de la que existe entre dicha finca y el crédito hipotecario y del simple hecho de que el objeto de la subhipoteca es, como no puede ser de otra manera, la finca sobre la que recae. Sin embargo, parece más cierto que la constitución de la subhipoteca sí que afecta al titular de la finca hipotecada y que el principio de resolución que acoge el artículo 107, número 4.º, de la Ley Hipotecaria ha de ser matizado hasta el extremo de dejarlo prácticamente sin contenido. Así, en primer lugar, en el caso un tanto insólito, pero revelador, de *renuncia* a su derecho por parte del acreedor hipotecario, entiendo que la extinción de la hipoteca no precipita la de la subhipoteca por aplicación analógica del principio que se desprende del propio artículo 107, número 1.º, inciso segundo, de la Ley Hipotecaria: nadie puede disponer, renunciando, de facultades de las que realmente se ha desprendido en favor de otro. Pero la clave de las relaciones entre propiedad y subhipoteca nos la proporciona más bien el supuesto en que la hipoteca gravada *se extingue naturalmente por el pago* del crédito garantizado. Aquí es donde entra en juego el precepto reglamentario-sustantivo que se nos aparece formal y sistemáticamente camuflado como una simple norma reguladora del «título y procedimiento cancelatorio». El artículo 175, regla 4.ª, del Reglamento Hipotecario viene a *perfilear*,

mal que bien, la relación entre la subhipoteca y la finca subhipotecada: la extinción e incluso cancelación de la hipoteca sólo libera al titular gravado en la cuantía en que el crédito hipotecario pudiera exceder del crédito subhipotecario, pero no extingue la garantía subhipotecaria, que pasa ahora a gravar directa y patentemente la propiedad, hasta tanto no se consigne la cantidad correspondiente en favor del acreedor subhipotecario. Todo ello, por supuesto, siempre que el acreedor subhipotecario no haya sido previamente satisfecho y consentido la cancelación de su derecho.

Vemos entonces que el artículo 175, regla 4.^a, del Reglamento Hipotecario, en un afán de proteger al máximo todos los derechos que acuden al Registro, impone, a un titular ajeno en principio a la relación subhipotecaria, una actuación, un esfuerzo, una molestia consistente en la carga de no satisfacer su débito sin consentimiento del acreedor subhipotecario o, en su defecto, hacer la correspondiente consignación. Y lo que ahora nos interesa destacar es, obviamente, que este derecho a la consignación, realmente garantizado, de la cantidad asegurada por la subhipoteca, está *limitado o condicionado* al cumplimiento del requisito esencial que señala el artículo citado: es decir, *que la subhipoteca se haya constituido con los requisitos del artículo 149 de la Ley Hipotecaria* o, lo que es lo mismo, que se haya *notificado* al deudor dicha constitución. Sin esta notificación, el titular dominical puede desconocer la titularidad subhipotecaria inscrita y solicitar su cancelación con sólo acreditar la de la hipoteca.

No obstante, conviene observar que, a pesar de la remisión equívoca que hace el precepto reglamentario al artículo 149 del Reglamento Hipotecario, la notificación exigida no debe hacerse al deudor del crédito subhipotecario. lo que sería absurdo por ser éste parte, como subhipotecante, en la relación constitutiva de la subhipoteca, sino al deudor del crédito hipotecario o, mejor, al titular dominical de la finca hipotecada. Y dejamos de lado cuestiones ahora impertinentes como la de quién debe ser el notificado en los supuestos de disociación de la persona del deudor hipotecario y la del dueño de la finca hipotecada. o como las que pueden surgir del rebuscado caso de que la subhipoteca se constituya en garantía de una deuda ajena: cuestiones que, según intuyo, no deben alterar las conclusiones expuestas, sino, a lo sumo, apuntalar lo impreciso de la citada remisión al artículo 149 de la Ley Hipotecaria.

Resta añadir que el supuesto examinado es muy similar al anteriormente referido de la cesión de créditos y, de igual modo, al objeto de nuestro estudio de ejercicio de un derecho de opción habiendo cargas posteriores que gravan la propiedad no es difícil descubrir en los titula-

res de dichas cargas al acreedor subhipotecario y en el optante al titular de la finca hipotecada.

c) Finalmente, en tercer lugar, avalan la exigencia de la notificación al optante como requisito para que surja la obligación de consignar, las *normas que regulan la extensión objetiva de la hipoteca a las indemnizaciones correspondientes al propietario por razón de seguros*. Así, el artículo 110, número 2.º, de la Ley Hipotecaria, que, desarrollando el anterior artículo 109, concordante con el 1.877 del Código Civil, establece que se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: «Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca, y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerla hubiere sido *notificado previamente* de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil.» Y a este requisito de la notificación, introducido en la reforma hipotecaria de 1944-46, se refiere ahora el artículo 40 de la nueva Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980: «El derecho de los acreedores hipotecarios, pignoraticios o privilegiados sobre bienes especialmente afectos se extenderá a las indemnizaciones que correspondan al propietario por razón de los bienes hipotecados, pignorados o afectados de privilegio, si el siniestro acaeciere después de la constitución de la garantía real o del nacimiento del privilegio. A este fin, el tomador del seguro o el asegurado *deberán comunicar al asegurador* la constitución de la hipoteca, de la prenda o el privilegio cuando tuviera conocimiento de su existencia. *El asegurador a quien se haya notificado* la existencia de estos derechos *no podrá pagar la indemnización debida sin el consentimiento del titular del derecho real o del privilegio*. En caso de contienda entre los interesados o si la indemnización hubiera de hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación garantizada, *se depositará* su importe en la forma que convenga a los interesados, y en defecto de convenio en la establecida en los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil. Si el asegurador pagare la indemnización, transcurrido el plazo de tres meses desde la notificación del siniestro a los acreedores sin que éstos se hubiesen presentado, quedará liberado de su obligación.» También es interesante a nuestros efectos el siguiente artículo 41: «La extinción del contrato de seguro *no será oponible al acreedor hipotecario*.

pignoraticio o privilegiado hasta que transcurra un mes desde que se le comunicó el hecho que motivó la extinción. Los acreedores a que se refiere este artículo podrán pagar la prima impagada por el tomador del seguro o por el asegurado, aun cuando éstos se opusieren. A este efecto, el asegurador deberá notificar a dichos acreedores el impago en que ha incurrido el asegurado.»

Se trata, en definitiva, de otro supuesto en que para que un tercero, el asegurador, ajeno a la relación hipotecaria, se vea afectado por ésta, se requiere la *previa notificación* al efecto. Sin esta notificación, el asegurador cumple con satisfacer la indemnización al propietario y el acreedor hipotecario pierde toda garantía: la hipoteca no se «extiende», valga la expresión legal de discutible propiedad, a las indemnizaciones.

6. *Ámbito de la autonomía de la voluntad*

Aunque todo derecho real nace ligado en mayor o menor grado al contrato que le da origen, ello es más evidente en el caso del derecho de opción, siendo ésta una de las razones determinantes de las dificultades que se suscitan para su admisión como un verdadero derecho real. Por ello resulta ineludible plantearse hasta qué punto el contrato de opción o los pactos que puedan realizar concedente y concesionario de la opción, puede influir en el régimen jurídico del derecho de opción, y, en concreto, en la situación de las cargas y gravámenes no preferentes. Forzando una vez más la capacidad especulativa, podríamos examinar los siguientes temas:

Primero.—El primer problema es el de si cabe eludir convencionalmente el requisito de la consignación en favor de los titulares de cargas ulteriores, para la extinción y cancelación de sus derechos. Problema que fue resuelto por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978. El tema se planteó de la siguiente manera: concedente y concesionario de la opción habían pactado que al ejercitarse el derecho de opción «los demás derechos» —distintos de la propiedad— «de cualquier clase que sean, posteriores al derecho del optante, en cuanto afecten a lo adquirido, quedarán resueltos automáticamente sin necesidad de que concurren los titulares, y si estuviesen inscritos en el Registro, se cancelarán sin otro requisito». El Registrador advirtió el defecto de que dicho pacto «vulnera lo establecido en los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento». Y la Dirección confirmó el defecto, no porque se precise el consentimiento de los titulares afectados para la cancelación de sus derechos, ni porque sea necesario mandamiento judicial cancela-

torio, sino porque el requisito del depósito del precio en garantía de los titulares posteriores, que se aplica por analogía al derecho de opción, es un requisito imperativo (46). Por su parte, AMORÓS GUARDIOLA, en su comentario a la Resolución (47) estima «razonable la cautela impuesta por la Dirección General en el presente caso al denegar la inscripción de la cláusula de cancelación redactada en aquellos términos de automatismo sin restricciones».

Sin embargo, el comentario de AMORÓS y la propia forma que tiene la Dirección de abordar el problema suscitan la duda de si sería admisible una regulación convencional relativa a la extinción de los derechos posteriores al derecho de opción estableciendo en favor de sus titulares una garantía distinta del depósito del precio. Parece evidente que la respuesta es negativa, y que la razón básica de la denegación de la mencionada cláusula no es que no se haya establecido ninguna restricción

(46) Los importantes considerandos que se refieren a este problema son los siguientes: «CONSIDERANDO, respecto de la pactada extinción de los derechos posteriores y la cancelación de las inscripciones correspondientes, que al permitir el artículo 14 del Reglamento Hipotecario la inscripción del derecho de opción siempre que reúne las circunstancias que el propio artículo señala, los efectos protectores de la legislación inmobiliaria se extienden al titular del asiento que hizo constar la opción a su favor, y entre ellas el derivado de la publicidad registral, al servir de aviso a terceros de su posible ejercicio, con la inevitable consecuencia de afectar a los titulares de adquisiciones y gravámenes que inscribieran su derecho con posterioridad al del optante, los cuales resultarían extinguidos, caso de que se consume la opción.

CONSIDERANDO que la cancelación de estos derechos reales posteriores que han quedado ineficaces no ha sido abordada en materia de opción por nuestro legislador, lo que obliga a examinar el procedimiento adecuado para verificarlo, que habrá de tener en cuenta todos los intereses en juego, y así para otros supuestos, la Ley Hipotecaria, en el artículo 107, 7.º, y el Reglamento para su ejecución, en el artículo 175, regla 6.º, exige que para que pueda practicarse la cancelación automática, cuando se hubiesen constituido derechos reales sobre bienes sujetos a condición resolutoria, que se acredite la consignación en un establecimiento bancario o caja oficial del importe que haya de ser devuelto, o el artículo 235, regla 9.º, del mismo Reglamento, al establecer en caso de procedimiento extrajudicial sumario, y de acuerdo con su significado liquidatorio, que el sobrante después de pagado el crédito y los gastos del procedimiento, se depositará a disposición de los titulares de derechos reales posteriores en un establecimiento público destinado al efecto.

CONSIDERANDO que examinando la cláusula discutida, se observa que —aunque inspirada en la norma que establece la regla 6.º del artículo 175 del Reglamento Hipotecario— contiene un pacto que afecta en forma directa a los titulares de derechos posteriores inscritos y sin establecer ninguna garantía a favor de los mismos, que verán cancelado su asiento no ya sin su concurso, sino que ni siquiera puedan contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, y en la que problemas importantes y delicados que puedan surgir entre las partes quedarán resueltos por la voluntad unilateral del favorecido por la opción, y en la que faltan las garantías que en los procedimientos judicial sumario o extrajudicial de ejecución hipotecaria —notificaciones, intervención de un funcionario: Juez o Notario— regulan la debida aplicación de las normas jurídicas».

(47) AMORÓS GUARDIOLA, M., comentario citado.

en favor de los titulares de cargas posteriores, sino que estamos ante una *materia imperativa, que excede del ámbito de la autonomía negocial por afectar los derechos de terceros*. Esta limitación de la autonomía privada es, por lo demás, la regla general en tema de derechos reales, dados los intereses públicos y de terceros implicados. Una vez establecido, por vía analógica, que los titulares ulteriores tiene derecho al depósito del precio de opción, esta disposición pasa a integrar el régimen jurídico imperativo del derecho de opción y no es susceptible de ser eludida o modificada por los intervinientes en el contrato de opción. Precisamente por tratarse de una norma dirigida a la protección de terceros, sólo con su consentimiento (que no es probable que exista en el momento de la celebración del contrato, pero sí podría existir en un momento posterior) puede ser eliminada o alterada: la renuncia de derechos es válida siempre que no perjudique a otros terceros.

En realidad, un pacto como el que nos ocupa sólo es concebible por la gran indefinición que existe en el régimen jurídico del derecho de opción. Si existieran unas normas legales que no dejaran lugar a dudas sobre el derecho de los titulares de cargas posteriores a la consignación del precio de opción, más difícilmente se hubiera escriturado un pacto de este tipo. Podemos concluir fijando un límite general al ámbito de la autonomía de la voluntad en materia del derecho de opción: *los pactos entre los contratantes no pueden en ningún caso perjudicar los derechos reconocidos legalmente a los terceros*.

Pero la autonomía negocial aún puede tener un juego en el tema que nos ocupa.

Segundo.—La segunda cuestión que podemos plantearnos es la de si sería admisible el pacto por el que los intervinientes en el contrato de opción *acuerdan excluir el sistema de extinción de las cargas posteriores, con garantía, y acoger el sistema de subsistencia*. O bien acuerdan alguna variante similar, como podría ser otorgar al optante la facultad de escoger entre uno u otro sistema (48). En realidad, se trata de un pacto que

(48) Desde un punto de vista de excesiva indefinición, TORRES LANA examina el tema de la situación de las cargas y gravámenes posteriores, señalando que «nada se opone a que en el contrato de opción de compra se prevea y resuelva expresamente esta hipótesis, en cualquiera de los sentidos mencionados» (o sea, acogiéndose al sistema de subsistencia del Derecho suizo o al sistema de liquidación con consignación de nuestra DGRN). «Es posible también la creación de nuevas fórmulas para solucionar el conflicto de intereses. Puede incluso admitirse que, a falta de previsión, se realice un convenio especial sobre este punto al ejercitarse la opción. Las posibilidades de la autonomía vuelven a ser múltiples, sin más límite que la tutela de los posteriores titulares inscritos, que no pueden verse defraudados. Sólo en defecto de pacto, sea cual sea el momento en que éste se produzca, deberán los Tribunales optar por uno u otro de los dos sistemas tipo, la subsistencia o la liquidación de las cargas», *ob. cit.*, pág. 232. Esta última frase puede generar la duda de si lo que se requiere de los Tribunales es que determinen, a través de la

altera el sistema que denominaremos legal (dando por hecho que es el seguido por nuestro Derecho) de extinción con garantía, pero que tiene la característica de que aparece evidente que no se perjudican los derechos de terceros, sino, más bien al contrario, tales derechos son respetados al máximo. Pero nuevamente es preciso distinguir según la naturaleza de las cargas: En el caso de que se trate de *anotaciones de embargo*, un pacto de este tipo no parece que tenga ningún sentido, ni siquiera tratándose de embargos preventivos: el interés del optante consistirá en liberar el inmueble, destinando a este fin la parte del precio de opción que sea necesaria.

Pero tratándose de *hipotecas*, puede que a las partes contratantes les interese aprovecharse hasta su vencimiento del crédito concedido, permitiendo, por ejemplo, al optante satisfacer a plazos el precio de la compra (y todo ello sin perjuicio de los pactos que puedan figurar en el contrato de crédito hipotecario, a la vista del derecho de opción previamente inscrito). La situación que se produciría sería análoga al supuesto de venta de finca hipotecada previsto en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria, puesto que la diferencia entre uno y otro caso estriba en que, en el supuesto de ejercicio de la opción, el optante tiene un derecho preferente que le permite desconocer y cancelar las cargas posteriores (cumpliendo los requisitos expuestos). Pero nada impide que renuncie a este derecho, porque difícilmente esta renuncia perjudicará al acreedor hipotecario.

Tercero.—Finalmente podemos preguntarnos si cabría admitir el pacto por el que el concesionario de la opción *renuncia a la notificación como requisito para el nacimiento de su obligación de consignar*. No creo que haya ningún problema para la admisión de un pacto de este tipo que, desde luego, a nadie perjudica, aunque tampoco es de prever que tal pacto sea frecuente en la práctica. Por lo demás, el supuesto es similar a la renuncia prevista en el artículo 242 del Reglamento Hipotecario, relativo a la cesión de créditos hipotecarios, antes mencionado (cfr. artículos 149 y 151 de la LH y 176 del RH).

C) CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Concretando el tema de nuestro estudio al régimen jurídico aplicable a las cargas (créditos hipotecarios y anotaciones de embargo) no preferentes a un derecho de opción inscrito, tras el ejercicio de éste, la conclusión más importante sería la de que la doctrina sentada por las

interpretación y aplicación de la Ley, cuál es el sistema que rige en nuestro Derecho, o que determinen qué sistema debe regir en cada caso concreto. Esto último no parece razonable.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978 y 28 de septiembre de 1982, indirectamente confirmada por la de 10 de abril de 1987, en los términos en que está formulada, *no es convincente*. Y la conclusión es importante porque, sin duda por su carácter progresista y tuitivo de las titularidades registrales posteriores y por la *auctoritas* y prestigio del órgano del que emanan, estas Resoluciones han alcanzado un alto grado de aceptación en la doctrina y en la práctica de los Registros. Sin embargo, creo haber expuesto argumentos de suficiente peso para poder plantear si no un abandono, de ninguna manera deseable, sí una corrección de esta doctrina. A continuación expondré mis propuestas en este sentido.

1. *Propuesta de «lege data»*

Vaya por delante que el sistema que considero más adecuado en relación con las cargas ulteriores a un derecho de opción inscrito tras el ejercicio de éste, es el que he denominado *sistema de extinción con garantía, pero con garantía subordinada al cumplimiento del requisito de la notificación*. Sistema que se basaría en la aplicación analógica de una serie de artículos y principios generales, que serían básicamente el principio de amparo de todo titular registral, compatible con el respeto debido a los derechos preferentes, y los artículos 175, 6, del Reglamento Hipotecario, y los que regulan la cesión de créditos hipotecarios, la subhipoteca y la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones por seguros.

Los obstáculos que nos encontramos para la aceptación de este sistema, y concretamente para la exigencia del requisito de la consignación, son, por una parte, la lamentable redacción del artículo 175, 6, del Reglamento Hipotecario, y, fundamentalmente, la ausencia de una norma sustantiva y de rango legal que recoja esta exigencia. Sin embargo, no sin alguna duda, entiendo que no es el artículo 175, 6, del Reglamento Hipotecario el único al que ha habido que enfrentarse con grandes dosis de buena voluntad para hacerle decir lo que debería decir, ni es la primera vez en que se aplican artículos reglamentarios que contienen verdaderas disposiciones sustantivas, a veces de dudosa legalidad (sobre todo si del Reglamento Hipotecario estamos hablando). A veces, imperativos de justicia o de equidad exigen al intérprete algo más que la aplicación de un Derecho preexistente y, siempre, algo más que la realización de operaciones puramente lógicas. Por todo lo cual, creo que existen también razones suficientes para los que defiendan una opinión distinta. Sólo una cosa me parece indudable: *si se exige la consignación, esta exigencia debe quedar subordinada a la notificación*.

Pero como las cosas nunca deben hacerse más sencillas de lo que son, quisiera plantear una última cuestión que puede enturbiar o matizar el sistema propuesto. Antes que nada he de decir que siempre he tenido una gran prevención frente a las «cancelaciones automáticas» previstas en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria (y buena prueba de la excepcionalidad con que en realidad son admitidas, está en la regulación de la resolución de la venta por impago del precio: sólo cabe inscribir dicha resolución si el comprador no se opone al serle notificada). Por ello me pregunto si en el supuesto que nos ocupa no sería también necesario el asentimiento de los titulares de cargas cuyo derecho va a ser cancelado. Si no sería necesario que aceptaran o se opusieran a la consignación realizada, o a la falta de consignación (49). Pero en este caso estimo que tal exigencia sería excesiva y atentatoria al carácter preferente del derecho del optante. Lo que ocurre es que esta conclusión sume al sistema en una cierta incertidumbre, porque carga sobre las espaldas del Registrador la labor de valorar cuál es exactamente la cantidad que debe ser consignada, e incluso, cuando procede o no la consignación.

2. *Propuesta de política legislativa*

De acuerdo con lo que acabamos de ver, es claro que la solución al problema de la situación de las cargas ulteriores a un derecho de opción inscrito pasa por su regulación legislativa. A mi juicio, esta regulación debe seguir las siguientes pautas:

— Aceptación del que hemos denominado *sistema de extinción con garantía*.

— Establecimiento por norma de rango suficiente del derecho de los titulares de cargas ulteriores a una *garantía subrogada* sobre el precio de opción, para el caso de pérdida de la garantía inmobiliaria por virtud del ejercicio de la opción.

— Establecimiento, a fin de garantizar la efectividad del referido derecho, de la obligación del optante *de consignar* el todo o parte del precio de opción en favor de los titulares de cargas ulteriores.

— Establecimiento, como garantía registral, de la necesidad de acreditar la referida consignación *para obtener la cancelación* registral de las cargas citadas.

— Subordinación de la obligación de consignar y, por tanto, del derecho de los titulares de cargas posteriores a una garantía subrogada sobre el precio de opción, a que *se haya dado conocimiento al optante*

(49) Esta cuestión es diferente a la que vimos con relación a los titulares de dominio. *Vid., supra*, epígrafe B, 2.

de la constitución o inscripción de la carga posterior, *advirtiéndole de su obligación de consignar.*

III. EL PROBLEMA DEL MANDAMIENTO JUDICIAL PARA LA CANCELACION DE LOS ASIENTOS ORDENADOS POR AUTORIDAD JUDICIAL

A) LA SOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL: COMENTARIO

El Centro Directivo establece que no se requiere mandamiento judicial para la cancelación de los embargos, porque el derecho embargado se ha extinguido por el ejercicio del derecho preferente de un tercero, lógicamente dejado a salvo del embargo. La doctrina es interesante, pero plantea no pocas dudas y objeciones.

La primera *objeción* que puede hacerse es que, con independencia de los supuestos concretos regulados por el Reglamento (otra vez innovador), la verdad es que *la Ley Hipotecaria aplica escrupulosamente la regla establecida en su artículo 83: los asientos hechos en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria.* Y esta norma no conoce excepciones. Así, la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, relativa al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (y a diferencia de lo dispuesto en el reglamentario artículo 235, 10, citado por la Dirección, con referencia al procedimiento extrajudicial), distingue dos clases de títulos inscribibles: el testimonio del auto para la inscripción de la adjudicación y el mandamiento para la práctica de las cancelaciones. Sin embargo, es cierto que no parece haber razón suficiente para esta perturbadora duplicidad de títulos. En primer lugar, porque la adquisición del derecho por el adjudicatario y la extinción de los derechos no preferentes son efectos jurídicos que se producen simultáneamente y que carecen de sentido el uno sin el otro. Y en segundo lugar porque, de acuerdo con lo anterior, el auto debe contener todas las circunstancias necesarias que impidan que surja un obstáculo registral para la inscripción por no haberse respetado los derechos de los titulares registrales no preferentes. Circunstancias que son fundamentalmente el hecho de haberse practicado las notificaciones a que se refiere la regla quinta del propio artículo 131 y de haberse consignado el sobrante, si lo hubo, a disposición de quien corresponda (50).

(50) En realidad, esta última exigencia de que se haga constar por el Juez si hubo o no sobrante, y si lo hubo, que se depositó a favor de quien corresponda, no parece que tenga demasiada importancia a efectos registrales. Respecto de ella

Así pues, aunque tampoco en este caso parece necesario el mandamiento cancelatorio (y tengo la impresión de que los propios Juzgados no llegan a comprender su sentido), sin embargo, nos encontramos ante una disposición legislativa tajante. Que, por cierto, ha sido reformada recientemente, sin tocar este extremo.

Y la gran *duda* que plantea esta doctrina de la Dirección General, es la de *si es generalizable* a todos aquellos supuestos en que el derecho embargado se extinga, o mejor, deje de pertenecer al titular embargado, por virtud del ejercicio de un derecho preferente (al menos, siempre que no exista una específica norma que lo impida). Brevemente, y con el fin de poner de relieve la confusión y anarquía que preside esta materia, vamos a ver cómo están las cosas en algunos de los supuestos más habituales.

1. *Supuesto de ejecución de crédito hipotecario preferente a anotaciones de embargo.*—a) Si la hipoteca se ejecuta por el procedimiento judicial sumario, se aplicará el régimen que acabamos de ver: se requiere mandamiento porque así lo exige el artículo 131, 17, de la Ley Hipotecaria. b) Si la hipoteca se ejecuta por el procedimiento ejecutivo ordinario, se aplicará el artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario, que establece en su párrafo primero: «Cuando en virtud del procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones de créditos o derechos no preferentes al del actor a instancia del que resulte dueño de la finca o derecho, con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación, en el cual deberá expresarse que el importe

dice MENA Y SAN MILLÁN que es un mandato al Juez para que reflexione sobre el cumplimiento de las prescripciones procesales (¿un recordatorio?), y que no faculta al Registrador para examinar el contenido de la actuación judicial (aunque añade que deberá calificar, como formalidad, el que se exprese o no se exprese).

Mucha mayor trascendencia tiene el *tema de las notificaciones*, previstas en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Respecto de ellas, el propio MENA Y SAN MILLÁN señala que la regla 17 del mismo artículo preceptúa que es en el mandamiento cancelatorio donde debe hacerse constar que se hicieron las notificaciones correspondientes y no en el auto de adjudicación. Sin embargo, entiendo que la notificación de la existencia del procedimiento a los titulares registrales, a que se refiere la regla 5.ª, es un tema fundamental del proceso ejecutivo y, sobre todo, que la falta de tales notificaciones determina un obstáculo registral que impide la inscripción del testimonio del auto de adjudicación. El Registrador debe calificar que se han respetado los derechos de los titulares registrales cuyos asientos van a ser cancelados sin su consentimiento. Y tal respeto debe resultar del auto de adjudicación porque es una cuestión que afecta a la regularidad de la subasta y no sólo a las cancelaciones que se derivan de la adjudicación. Y esta calificación debe hacerse con independencia y aunque no existiera la regla 17 del citado artículo, que, efectivamente, sólo se refiere al mandamiento cancelatorio.

Vid. MENA Y SAN MILLÁN, J. M. de: *Calificación registral de documentos judiciales*. Barcelona, 1985, pág. 130.

de la venta no bastó a cubrir el crédito del ejecutante o que el sobrante, si lo hubo, se consignó a disposición de los acreedores posteriores.» También aquí se requiere mandamiento para la cancelación, y ello es todavía más injustificado que en el caso anterior si tenemos en cuenta que en el procedimiento ejecutivo ordinario no es necesario notificar la existencia del procedimiento a los titulares de anotaciones posteriores (sí a los de créditos hipotecarios: artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) para cancelar su derecho (aunque ello resulte discutido y criticado). c) Si la hipoteca se ejecuta por el procedimiento extrajudicial, sorprendentemente no se requiere mandamiento cancelatorio, según resulta del artículo 235, 10, del Reglamento Hipotecario: «Será título bastante para practicar la inscripción a favor del adjudicatario de los bienes, *así como la cancelación* de la inscripción de hipoteca y la de todos los asientos posteriores y no preferentes a ésta, la escritura pública otorgada por el rematante o adjudicatario y el dueño de la finca o el mandatario designado conforme al artículo anterior, en la cual se harán constar detalladamente todos los trámites y diligencias practicados en cumplimiento de lo establecido en las reglas anteriores. Si el mandatario fuere el propio acreedor a quien además se hubieren adjudicado los bienes, bastará que otorgue la escritura en este doble concepto, consignando lo anteriormente dicho.» Volviendo a la Resolución de 10 de abril de 1987 podríamos preguntarnos: ¿Resulta lícito que la Dirección se apoye en este artículo sin mencionar los otros contradictorios?

2. *Supuesto de ejecución de embargo anotado preferente a otras anotaciones de embargo.*—Será aplicable el citado artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario, requiriéndose mandamiento cancelatorio.

B) ¿TIENE SENTIDO EL MANDAMIENTO CANCELATORIO O ES UN TRÁMITE INÚTIL?

Ciñéndonos a las anotaciones judiciales de embargo no preferentes, a las que hemos limitado nuestro comentario, la exigencia de mandamiento judicial para su cancelación, cuando se han extinguido por la ejecución de un derecho preferente de tercero, parece que es un trámite inútil y que se compagina mal con los principios generales del Derecho Hipotecario y, en concreto, con los artículos 79, 2, y 82, 2, de la Ley Hipotecaria (aunque responde exactamente a lo dispuesto, con excesiva generalización, en el artículo 83 de la propia Ley Hipotecaria). Y entiendo que es un requisito inadecuado por las siguientes razones:

1. Porque la extinción del derecho embargado (por dejar de pertenecer al deudor embargado) resulta claramente del propio Registro, y,

aún más, *se reconoce y efectúa, no a través de la cancelación del asiento, sino a través de la inscripción de la ejecución del derecho preferente*. Ello determina el cierre registral para la posterior adjudicación que pudiera derivar del asiento no cancelado. El asiento no es cancelado, pero, de todas formas, deviene *inoperante*. Lo cual es consecuencia ineludible de la extinción del derecho a que el asiento se refiere, y lo lógico sería que la inscripción derivada del asiento preferente y la cancelación del no preferente se produjera simultáneamente, con aplicación de los artículos 79, 2, y 82, 2, de la Ley Hipotecaria. Nuestro Derecho Registral conoce asientos vigentes y asientos cancelados (con independencia de la existencia o no del derecho en el plano extraregistral), pero no parece que tengan sitio los asientos vigentes-inoperantes, o sea, asientos vigentes con efectos prácticos de asiento cancelado. ¿En base a qué denegará el Registrador la adjudicación que pueda derivarse de una de estas anotaciones no preferentes no canceladas? ¿En base a la falta de tracto (lo cual confirmaría la tesis de que la inscripción del adjudicatario no está gravada con la anotación), o más bien en base a que el derecho del embargante se sabe extinguido y el asiento se tiene por prácticamente cancelado?

2. Porque el fondo de la cuestión no es el mandamiento, sino *si se requiere o no el consentimiento del titular de la anotación no preferente* (y ello con independencia de que tenga derecho a algún tipo de depósito o consignación). Que este es el verdadero tema resulta de los principios del sistema, y además, muy claramente, del artículo 210 del Reglamento Hipotecario que viene a establecer que no se precisa mandamiento para la cancelación de las anotaciones no preferentes, cuando sea precisamente el titular de tales anotaciones el que adquiera el derecho gravado (o sea, cuando se extinga el embargo por confusión de derechos). Esta norma suscita la pregunta clave: ¿Por qué se interfieren dos cuestiones aparentemente distintas como la exigencia de mandamiento cancelatorio del artículo 83 y la de consentimiento para la cancelación del artículo 82? Este artículo 210, aunque reglamentario, puede llevarnos a la interpretación generalizadora de que se requiere mandamiento para la cancelación, conforme al artículo 83 de la Ley Hipotecaria, siempre que se requiera consentimiento para la cancelación, es decir, *siempre que no se esté ante un supuesto del artículo 82, 2, de la Ley Hipotecaria*. Entiendo que no parece lógico exigir un mandamiento para la cancelación de asientos cuya cancelación no requiere siquiera el consentimiento de su titular. ¿Algo que puede hacerse a espaldas del titular registral requiere la intervención de un Juez?

Así, este artículo 210 del Reglamento Hipotecario y esta interpretación quizá nos permitiera cancelar, al menos, la propia hipoteca o la

propia anotación que se ejecuta. Con lo que, si no hay otras cargas posteriores, se consigue obviar el mandamiento cancelatorio.

3. Porque lo absurdo de la exigencia del mandamiento cancelatorio, en estos casos del artículo 82, 2, de la Ley Hipotecaria, y el desconcierto que reina en la materia, se ponen de manifiesto especialmente cuando se observa que *el Juez que debe expedir el mandamiento no tiene por qué ser el mismo que ordenó la anotación*, sino aquél con cuya bendición se hicieron las adjudicaciones, aquél que controló el proceso de notificaciones y garantías de los terceros no preferentes y aquél que dictó auto (u otorgó escritura) decretando la extinción de las cargas posteriores y consignó las demás circunstancias reglamentarias (notificaciones, consignación del sobrante, que debe procederse a la cancelación de cargas posteriores). Así resulta del último párrafo del artículo 175, 2.º, (por cierto, sin coordinación con las reglas de competencia establecidas en el artículo 84 de la Ley Hipotecaria). Del problema del exhorto, que tiene una concreta finalidad ajena al tema que ahora tratamos, nos ocuparemos luego.

4. Porque el problema del mandamiento cancelatorio de asientos cuya cancelación no requeriría el consentimiento de su titular, conforme al artículo 82, 2, de la Ley Hipotecaria, se presenta habitualmente (el caso del ejercicio de un derecho de opción preferente es excepcional) en los procedimientos ejecutivos, que se caracterizan precisamente por la *reducción al máximo de trámites entorpecedores*. ¿Es sensato exigir una serie de pactos preventivos (cfr. art. 150 de la LH) para acabar cayendo en la esquizofrenia de una duplicidad de títulos no justificada?

En conclusión, entiendo que en los casos del artículo 82, 2, de la Ley Hipotecaria la exigencia de mandamiento cancelatorio es un trámite innecesario. Por ello, sea bien acogida, en este punto, la doctrina de la Dirección, que hay que hacer extensiva a todos aquellos supuestos en que las disposiciones legales lo permitan (51). Por lo demás, la cita que hace la Resolución de 10 de abril de 1987, en su último «considerando» *in fine*, a la Resolución de 28 de septiembre de 1982, en apoyo de su doctrina de no necesidad de mandamiento cancelatorio, no parece afortunada. Aunque es cierto que esta Resolución no mencionaba la necesidad de mandamiento para cancelar, es más cierto que no era ésta

(51) Una concepción distinta a la aquí mantenida parece sostener GARCÍA GARCÍA cuando indica que el mandamiento cancelatorio sustituye a la solicitud o instancia de los interesados y permite dar cumplimiento al principio de rogación (GARCÍA GARCÍA, J. M.: «Los mandamientos judiciales y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, núm. 575, 1986, págs. 1182 y 1183). Pero creo que la rogación o solicitud de cancelación corresponde al adquirente y va implícita en la escritura o testimonio del auto que se presenta a inscripción. Observar, además, que aquel cuyo consentimiento no se requiere para cancelar, tampoco nada debe solicitar.

la cuestión tratada y resuelta, y que tampoco mencionaba lo contrario (52).

C) EN CONCRETO, EL PROBLEMA DE LA NOTIFICACIÓN AL JUEZ
O TRIBUNAL QUE CONOZCA DEL PROCEDIMIENTO

Mi opinión con respecto a este punto quedó expuesta en el dictamen que integra la primera parte de este trabajo. Mientras que, como he dicho, en los supuestos del artículo 82. 2, de la Ley Hipotecaria la exigencia de mandamiento cancelatorio me parece innecesaria y perturbadora, sin embargo, la notificación de la cancelación de las anotaciones no preferentes al Juez o Tribunal que las hubiera ordenado, *la considero imprescindible*.

Y a esta necesaria comunicación, cuya práctica asegura que no se vayan a seguir trámites inútiles, es a la que parece referirse el último párrafo de la regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario: «Para lograr la cancelación de las anotaciones preventivas no preferentes, cuando éstas hubieren sido ordenadas por Juez distinto del que haya despachado la ejecución, bastará que éste haga constar en el mandamiento que exhortó a aquél comunicándole las circunstancias expresadas en el párrafo primero de esta regla.» Lo que ocurre es que esta disposición es *insuficiente e inadecuada*. *Insuficiente* porque, por el contexto en que está situada, es aplicable a los procedimientos ejecutivos ordinarios, pero es dudoso que lo sea a otros procedimientos especiales como el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. ROCA SASTRE (53), a quien LÓPEZ LIZ (54), cree que esta norma es aplicable supletoriamente a dicho procedimiento. Por el contrario, a GARCÍA

(52) Antes de pasar al último punto hay que detenerse en una importante observación. En los supuestos que acabamos de examinar, de procedimientos judiciales ejecutivos de créditos hipotecarios o anotados preventivamente, el mandamiento cancelatorio se exige no sólo para la cancelación de asientos ordenados por la autoridad judicial, sino de todo tipo de cargas o derechos reales posteriores. Se trata, lógicamente, de cargas o derechos reales posteriores que pueden ser cancelados sin el consentimiento de sus titulares, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 82, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria. Y respecto de ellos, el mandamiento cancelatorio resulta todavía más incomprensible, por cuanto no es de aplicación el artículo 83 de la Ley Hipotecaria. De hecho, en el supuesto, a estos efectos análogo, de ejecución de un derecho de opción de compra preferente, es claro que la necesidad o no de mandamiento cancelatorio sólo se plantea con respecto a los asientos posteriores ordenados por autoridad judicial (o administrativa), y no para las demás cargas o derechos reales. Creo que se confirma una vez más que la clave del tema se encuentra en si se requiere o no consentimiento del titular registral para la cancelación de su asiento, y que la exigencia del mandamiento judicial no es más que un engorro innecesario.

(53) ROCA SASTRE. *ob. cit.*, 7.º edición, Barcelona, 1979, tomo IV-2, pág. 1168.

(54) LÓPEZ LIZ: *El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*. Barcelona, 1987, pág. 235.

GARCÍA (55) no le parece aplicable a este supuesto que tiene su propia normativa (la regla 17 del artículo 131 de la LH). Y es *inadecuada* porque no parece que sea el Juez que ordena la cancelación el que deba hacer la notificación en cuestión, entre otras cosas porque, como señala GARCÍA GARCÍA (56), dicho Juez no tendrá conocimiento de aquellas anotaciones que se hayan practicado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas del artículo 143 del Reglamento Hipotecario y que, por tanto, no figurarán en dicha certificación. Pero además porque esta notificación es improcedente en tanto no se presente al Registro el título del adjudicatario que debe provocar su cancelación: hasta ese momento, las anotaciones no preferentes son asientos plenamente vigentes, que pueden dar lugar al surgimiento de un tercero protegido si el asiento preferente llega a caducar.

En definitiva, entiendo que se trata de una cuestión de la mayor importancia práctica que exigiría una normativa más clara y técnicamente más perfecta.

Tortosa, a 29 de julio de 1988.

JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET
Registrador de la Propiedad

(55) GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Código*. .. cit., nota 13 al artículo 175 del Reglamento Hipotecario.

(56) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, misma nota.

1

2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

101

El sistema de capital autorizado en los procedimientos de aumento de capital en la nueva Ley de Sociedades Anónimas

SUMARIO: CONSIDERACIONES PREVIAS.— LA NOCIÓN DEL CAPITAL.— COMPETENCIAS PARA AUMENTARLO: A) DE LA JUNTA. B) DE LOS ADMINISTRADORES: ORIGEN, ANTECEDENTES Y FUNCIÓN.— NATURALEZA JURÍDICA DEL CAPITAL AUTORIZADO.— CAPITAL AUTORIZADO COMO MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS.— EXAMEN DE CADA UNO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE AUMENTO Y SU POSIBLE APLICACIÓN AL CAPITAL AUTORIZADO.— REQUISITOS GENERALES.— DERECHOS DE LA JUNTA Y DE LOS ACCIONISTAS FRENTE AL CAPITAL AUTORIZADO. SUPUESTOS DONDE NO SE ADMITE EL CAPITAL AUTORIZADO.

CONSIDERACIONES PREVIAS

La incorporación de nuestro país a las instituciones europeas, implica entre otros condicionamientos la adaptación de nuestro Derecho al comunitario. En la esfera mercantil era preciso un amplio movimiento de reforma de nuestros principales cuerpos legales, destacando singularmente la Ley de Sociedades Anónimas, a la que un uso continuado e intensivo desde 1951, y que sólo ha sufrido leves retoques, había situado en posición de no poder dar solución a los múltiples problemas que la generalidad de las empresas que habían adoptado esta forma societaria exigían.

Como respuesta a esta demanda que exige nuestra plena incorporación al Derecho comunitario, se ha remitido por el Gobierno un proyecto de Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades a las Cortes Generales el 8 de abril de 1988.

En la Exposición de Motivos se destaca el hecho de haberse optado por una adaptación extensa que contempla no sólo la incorporación

del contenido de las Directivas, sino, además, una regulación completa y sistemática de aquellas cuestiones a las que estas Directivas afectan.

Dentro de esta profunda reforma destacan singularmente las posibles variaciones de capital social. Al implicar una modificación de los estatutos tiene importancia trascendente y por ello el proyecto de Ley incrementa el derecho de información de los accionistas, tanto desde un punto de vista formal, conocimiento exhaustivo de la información y posibilidad de envío gratuito, como desde un punto de vista objetivo, al exigir información objetiva y fidedigna de expertos independientes sobre cuestiones fundamentales para la vida de la sociedad como es la de las variantes en el capital.

Se aumentan las garantías para todo tipo de modificaciones que afecten a la estructura de la sociedad, consiguiéndose asimismo protección para los terceros, público en general y acreedores, para los que la cifra de capital y sus posibles cambios suponen un interés apreciable.

LA NOCIÓN DE CAPITAL

En frase de GARRIGUES, y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1962, la sociedad anónima es un capital dotado de personalidad jurídica. Pero dentro de la profunda revisión a que se están sometiendo los conceptos de la sociedad anónima, se destaca la que afecta a la noción de capital. Se pretende demostrar que la idea del capital está en declive frente a la noción más amplia de patrimonio, y que la idea de estabilidad y falta de movimiento que supone una cifra inamovible en la sociedad está fuera de razón hoy en el derecho de sociedades.

La idea es demostrar que el capital social se ha convertido en una cifra variable, dados los tipos de sociedades que adoptan la forma anónima. Siguiendo con estos argumentos, el capital no puede cumplir su función económica y jurídica tradicional, la de ser una mención necesaria de la escritura de constitución, expresión de las aportaciones de los socios y cifra de retención en el pasivo, que sirve de dato a los propios accionistas, a los futuros y a los acreedores sobre la cantidad mínima de que responde la sociedad y, en definitiva, sobre su solvencia.

Esta doble noción, jurídica y económica, se diluye dentro del concepto de patrimonio que abarca tanto el aspecto activo como el pasivo.

Frente a esta tesis, hay que objetar que la idea de capital sigue incólume. Y que el derecho comunitario continúa inspirado en el sistema de capital nominal. La frase antes transcrita de GARRIGUES sigue, en buena parte, vigente.

En el proyecto se exige un capital mínimo; el capital debe estar determinado en la escritura de constitución; el capital debe ser real, responder a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad; el capital debe tener una cifra única, independientemente que haya diversas clases o series de acciones; y, finalmente, el capital debe ser estable, manteniendo una cifra de retención como garantía, y de la que no se puede reducir, si no es por pérdidas, y, en todo caso, por circunstancias regladas taxativamente.

Siguen vigentes los principios ordenadores del capital social. Sin perjuicio de reconocer la existencia de una tensión real sobre la idea del capital nominal, y su descable futura revisión. Puesto que no se incumple la norma, si la sociedad tiene en el momento inicial y con posterioridad una cifra de patrimonio que responda a la del capital, aun cuando ambas sean notoriamente inferiores a las necesidades de la sociedad, a la cifra de volumen real de manejo de la misma, y a la responsabilidad exigible. Pero esta revisión exige responsabilidad de carácter solidario y objetivo de los fundadores de la sociedad, y en caso de aumento, de los administradores. En el proyecto la noción de capital sigue siendo la misma. Las modificaciones vienen dadas desde el lado práctico, de ejecución. Se ha aplicado la forma anónima a sociedades cuya finalidad esencial no es el lucro; y en países como Francia, por Ley de 4 de enero de 1978, se ha formulado un concepto de sociedad sin finalidad de lucro. En España esta tendencia se ha acentuado, contraponiendo a las asociaciones que ejercen el derecho público de asociación, las sociedades, y dentro de ellas destaca por su incidencia actual las sociedades cooperativas, mutualistas, sociedades anónimas públicas y semi-públicas a las que no es posible extender el puro concepto de sociedad anónima, e incluso sociedades civiles a las que se extiende el sistema más propio de sociedades mercantiles, como son, por ejemplo, las SAT.

COMPETENCIAS PARA AUMENTAR EL CAPITAL SOCIAL

A) DE LA JUNTA GENERAL

El capital de la sociedad puede variar, y de hecho es lo normal. Aumentar el capital es una operación importante para todas las personas relacionadas con la sociedad. La Ley quiere que se realice con el máximo de garantías, ya que al ser una mención de los estatutos, el aumento implica su modificación.

Y reservada tradicionalmente la modificación de los estatutos, y, por tanto, el aumento de capital a la Junta General; por diversas razones

que luego ampliaremos, se concede a los administradores la posibilidad que, con determinados condicionamientos, sean ellos los encargados de aumentar el capital.

En esta materia también se pone en cuestión a la Junta general. Es cierto que en el moderno Derecho mercantil las razones de rapidez en la toma de decisiones y la extremada competencia del mercado inducen a no extremar los requisitos internos de las empresas en orden a lograr un aumento de las operaciones específicas de cada sociedad, y con ello incrementar de forma continua sus beneficios. Esta rapidez no cohonesta perfectamente con la idea tradicional de la Junta como órgano soberano, que sólo se reúne, a lo sumo, dos o tres veces al año, y que requiere un lapso de tiempo excesivamente dilatado para expresar la voluntad social.

Se está, no negando, pero sí poniendo en duda la necesidad que sea la Junta el órgano adecuado para decidir con rapidez y eficacia los aumentos de capital.

¿Cuál es la COMPETENCIA de la Junta?

La Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 48 dice: «Los accionistas constituidos en Junta general decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la Junta». De forma positiva, sin carácter exhaustivo, como materia propia de la decisión de la Junta se pueden destacar: modificación de los Estatutos, emisión de obligaciones, exigir responsabilidad a los administradores, aprobar determinadas adquisiciones en el año siguiente de la fundación, adquisición de la sociedad sus propias acciones, etc...

A la inversa, y de forma negativa, la Junta deberá respetar las facultades de gestión y representación de los administradores dentro del giro o tráfico de la sociedad. Cuestión aparte es si en el giro o tráfico se puede incluir la facultad de modificar o alterar el objeto social.

No obstante las facultades detalladas de la Junta general, se están tomando disposiciones legislativas de cara a reforzar la posición de los administradores y acentuar su responsabilidad. Dichas medidas vienen dadas por el creciente absentismo de los accionistas y la consideración legal de dos clases de accionistas, el que participa en las decisiones sociales y el que sólo pretende obtener un dividendo. Prueba expresiva de ello es que de acuerdo con el régimen de constitución de las Juntas generales en la Ley de Sociedades Anónimas se puede llegar a dificultar de forma real la adopción por la sociedad de acuerdos de carácter vital. A fin de evitar el colapso en el normal funcionamiento de la sociedad el proyecto de Ley adopta medidas que en buena parte figuran en el Derecho comunitario, como la posibilidad de emitir acciones sin voto, exigir un número menor para la formación de mayorías para la constitu-

ción de Juntas generales y extraordinarias, atenuando las posibilidades de separación de los socios en los casos de transformación y fusión de sociedades, etc...

La sociedad en su origen es un contrato, con obligaciones para ambas partes, fundadores y socios. De aquí ya se infieren diversas limitaciones; la primera es que no procede un aumento que implique nuevas obligaciones para los socios sin su consentimiento. Admitir lo contrario sería ir contra lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil, si bien existe una excepción en el artículo 100 de la Ley de Sociedades Anónimas.

— Existe otra limitación que se puede ejercitar con carácter individualizado, y es la que tienen los socios de separarse ante determinadas decisiones de la Junta; si bien, como antes hemos apuntado, en el proyecto este derecho se merma un tanto. La razón de ser de este derecho del accionista no es el de abandonar la sociedad por haber ésta tomado un acuerdo injusto o lesivo, ya que para ello tiene siempre abierta la posibilidad de impugnar los acuerdos sociales. Sino que puede abandonar su posición si cambian de modo sustancial las circunstancias que le impulsaron a participar en la sociedad.

— Otra limitación, antes apuntada, se deduce que las exigencias impuestas por la Ley en orden al derecho de información de los accionistas, el de exigir responsabilidades a los administradores, pedir la convocatoria de Junta extraordinaria, etc...

— Y como resumen final de todas las limitaciones está el derecho de impugnación de los acuerdos sociales.

En conclusión, para que, pese a las crecientes limitaciones del poder soberano de la Junta, tanto por razones objetivas y de celeridad en la toma de decisiones, como de carácter legal, de forma casi general se le atribuye a la Junta competencia para proceder a aumentar el capital. Ello no obsta que la propia Ley regula la posibilidad que sean los administradores los encargados de esta decisión. Esta es la facultad que en el proyecto en el artículo 94 se denomina como «autorización a los administradores para aumentar el capital», y que comúnmente se conoce como capital autorizado.

B) DE LOS ADMINISTRADORES

Frente a la regla general que adscribe la facultad de aumento de capital a la Junta, todos los ordenamientos admiten, con ciertas limitaciones, la posibilidad que sean los administradores. El ejercicio de esta facultad a través de lo que se conoce como capital autorizado, exige

antes conocer el origen y los antecedentes de esta figura, así como la finalidad que cumple.

Origen.—Es bien conocido que tiene su punto de partida en las acciones en cartera muy comúnmente utilizadas en la práctica societaria anterior a la Ley de Sociedades Anónimas. Se parte de la no necesidad de estar suscrito en su integridad el capital; había un fondo no suscrito, que estaba en poder de los administradores. Ello no era obstáculo para que figuraran en el balance de la sociedad, y que pudieran ser emitidas por los administradores en el momento más oportuno. La denominación de capital autorizado está tomada del Derecho anglosajón. En este sistema, partiendo de la idea de no exigir en la constitución de la sociedad la suscripción íntegra del capital, se distingue entre capital autorizado, similar al escriturado español, y capital emitido que es el suscrito nuestro. Allí, el capital autorizado supone una cifra, hasta donde se pueden emitir acciones sin modificación de Estatutos; el capital emitido no es una cifra fija, sino variable, y constituye la suma de las aportaciones de los accionistas. A diferencia del Derecho español rige en el Derecho inglés un régimen severo de publicidad de esta situación, y una no menos severa responsabilidad de los administradores.

El sistema de las acciones en cartera tomó la idea pero sin limitarla convenientemente. Y si bien es cierto que no tiene necesariamente que obedecer el hecho de tener acciones en carteras a prácticas ilícitas, también lo es que se puede prestar a todo tipo de combinaciones ajenas a la idea de transparencia que debe presidir en la administración de todo tipo de sociedad.

A fin de evitar las complicaciones del sistema de acciones en cartera responde la institución del capital autorizado. De suprimirlas se ocupó la Ley de Sociedades Anónimas, que en su Exposición de Motivos afirmaba: «Por ello ha parecido prudente la supresión de las acciones en cartera, compensando su desaparición con la implantación del llamado capital autorizado, que cumple análogos fines que el capital en cartera, sin crear ninguna oscuridad en cuanto a la situación económica de la sociedad ni dar ocasión a manipulaciones que, a veces, adolecían de falta de pulcritud.»

Finalidad.—Es similar a la de las acciones en cartera. Dotar de un margen de maniobra a los administradores, para dentro de un tiempo más o menos amplio poder aumentar el capital ofreciendo las acciones a personas, entidades de crédito, grupos económicos, etc..., que en una determinada coyuntura sea conveniente atraer a la sociedad, porque suponen una inyección de liquidez o bien por la clase de aportación *in natura* que pueden incorporar al acervo social (patentes, industrias, locales, etc.). Admitida la posibilidad legal de existencia de esta institución,

¿en qué medida pueden los administradores realizar esta operación? Esta vendrá dada, aparte del cumplimiento de los requisitos legales en función de la naturaleza jurídica que se le atribuya a esta figura. El debilitamiento, presunto, de la importancia y competencia de la Junta no implica un correlativo aumento de las facultades de los administradores en esta materia. Las propias limitaciones legales no son límites al ejercicio de la facultad, sino a la autorización misma. Con todo esto no defiendo una teoría reduccionista de las posibilidades de ejercicio del capital autorizado, sino su uso de acuerdo con los antecedentes de esta figura y las circunstancias que motivan y aconsejen su uso.

REGULACION EN LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS

Vienen redactados en el artículo 96, a continuación de todos los procedimientos de aumento de capital, y su tenor literal es: «Tanto en los Estatutos primitivos como en los acuerdos de su modificación adoptados con los requisitos previstos en el artículo 84, podrá encomendarse a los administradores de la sociedad la facultad de aumentar su capital en una o varias veces hasta una cifra determinada en la oportunidad y cuantía que ellos decidan, sin previa consulta general. Estas elevaciones no podrán en ningún caso ser superiores a la mitad del capital nominal de la autorización y deberán realizarse dentro del plazo máximo de cinco años, a contar de la fundación de la sociedad o de la modificación de sus Estatutos y mediante la emisión de acciones ordinarias. La emisión se someterá a lo previsto en los artículos 89, 90, 91 y 92 de la presente Ley. Hasta que la emisión se realice, el capital autorizado no podrá estar representado por acciones ni llevado al pasivo del balance.» En el criterio del legislador se podía conceder esta facultad a los administradores tanto en la constitución de la sociedad como por modificación de los Estatutos primitivos. En ambos casos no se podía conceder autorización para emitir acciones por más de la mitad del capital nominal y en el período de cinco años desde la fundación de la sociedad o del acuerdo posterior. El acuerdo de la Junta se debía adoptar con los requisitos del artículo 84 de modificación de los Estatutos, y la emisión debía de estar precedida del desembolso de las emisiones anteriores, estar suscrita en su totalidad y desembolsada en una cuarta parte, se debía determinar la forma en que la Junta conocía de la forma de desembolsar el resto de la aportación, así como sobre las aportaciones no dinerarias, la emisión debería contener todos los requisitos legales en el caso de que fueran por oferta pública y se debía respetar el ejercicio del derecho de suscripción preferente.

Dejamos de lado las múltiples cuestiones que se suscitan de la sola lectura del precepto, para centrarnos posteriormente en el comentario del texto del proyecto.

NATURALEZA JURIDICA

Frente a esta institución destacan dos teorías mayoritarias: una de ellas entiende simplemente que se trata de una delegación, mantenida por los tratadistas italianos y GARRIGUES. La otra postura es la defendida por el profesor GIRÓN TENA, que considera que la esencia del capital autorizado responde a una asignación o atribución de competencia restringida al órgano administrativo para aumentar el capital.

Antes de entrar en una toma de posición ante ambas teorías, conviene destacar que frente al sistema anterior que admitía un doble supuesto para autorizar a los administradores para aumentar el capital: Estatutos primitivos o su modificación; ahora el proyecto de Ley también establece un doble sistema, pero diferente del anterior, ya que no son sólo y únicamente los Estatutos el origen de la autorización, sino que pueden ser los Estatutos, los iniciales, o la Junta general que en uso de sus facultades y competencias y ejerciendo una prerrogativa legal autoriza a los administradores para aumentar el capital.

Esta disgresión sirve para entender una teoría diferente de las dos anteriores. La Junta general, dentro del ámbito de su competencia, atribuye a los administradores, temporalmente, parte de sus facultades consistentes en este caso en aumentar el capital. Esta facultad de los administradores no supone una reatribución de competencias entre los órganos de la sociedad, que siguen en régimen normal. Si esta teoría se admitiera en su totalidad, la Junta, durante el tiempo de la autorización, tendría dificultades para aumentar el capital.

No es tampoco una simple delegación de facultades. Si la autorización a los administradores para aumentar el capital mediante el capital autorizado es una simple delegación, con sólo cumplir los requisitos del artículo 84 sería válida. Y no es posible sin más admitir esta teoría: la Junta, con los requisitos del artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas, no puede delegar en los administradores la facultad de aumentar el capital, ya que el solo acuerdo de la Junta no puede sin más posibilitar todo tipo de aumento.

La autorización a los administradores supone desprenderse la Junta de parte de sus facultades. Y esta autorización supone no sólo el cumplimiento de las formalidades necesarias para todos aquellos acuerdos que van a producir una modificación de los Estatutos, sino que el proce-

dimiento utilizado para aumentar el capital sea compatible con las disposiciones legales requeridas particularmente para cada aumento concreto.

En definitiva, que los administradores, al hacer uso de esta facultad, no son meros delegados de una decisión de la Junta, ni se produce temporalmente una redefinición de las competencias orgánicas; sino que están ejerciendo una facultad prevista por la Ley, que es cierto que requiere la decisión de la Junta, sin que ésta suponga sin más delegación. La Ley regula esta facultad, y le dota de un origen doble o bien figura en los Estatutos o es la propia Junta la que se desprende de una facultad inherente a su competencia para que la ejerciten los administradores. Y no puede suponer mera delegación de facultades, puesto que cuando la Ley reconoce esta posibilidad de aumento a los administradores, también les impone determinados condicionamientos, que no serían necesarios en el caso que ejercieran una facultad delegada, y que ésta contendría sus propias limitaciones. Admitir la delegación, en suma, es confundir el sistema del capital autorizado con otra figura que luego estudiaremos.

Que los administradores ejercen una facultad legal, que no supone alterar la arquitectura jurídica del contrato de sociedad en orden a la normal competencia de los órganos, lo demuestra que la Ley de Sociedades Anónimas, al regular el funcionamiento del Consejo de Administración, permite que éste designe de su seno consejeros-delegados o apodere a otras personas ajenas al Consejo, pero no puede delegar una facultad expresamente concedida por la Junta. Y tampoco sería lógico que una competencia de la Junta, como es la de decidir si aumenta o no el capital, sea delegable. Sin que se pueda admitir que la posibilidad del artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas opera por vía de excepción: y sí considerar que funciona como una facultad legal que responde a la idea de rapidez y flexibilidad en la toma de decisiones sobre el capital, que requiere un tratamiento más ágil que el convencional de aumento por la Junta.

DISTINCION ENTRE CAPITAL AUTORIZADO Y EJECUCION DEL ACUERDO DE AUMENTO

Son dos supuestos distintos. El capital autorizado responde al ejercicio o no, por parte de los administradores, de una facultad que les permite decidir sobre aumentar o no el capital. Pueden hacerlo o no sin incurrir en responsabilidades o pueden aumentar el capital en menos cuantía de la permitida legalmente. La autorización es objetiva en el sentido de que es independiente de los administradores de cada mo-

mento, por ello dice el artículo 115, 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil que el plazo de cinco años a que se refiere el artículo 96 de la Ley será independiente del plazo en que deban ejercer sus cargos los administradores a quienes se hubiera concedido la autorización. Y transcurrido el plazo legal en el Registro Mercantil se extenderá nota al margen de la inscripción para hacer constar la extinción del referido derecho.

Mientras que ejecutar el acuerdo de aumento supone que es la Junta general quien decide si se procede a aumentarlo o no, y en caso afirmativo delega en los administradores la ejecución del acuerdo y les faculta para señalar la fecha y las condiciones accidentales del mismo. Esta autorización no podrá exceder de cinco años. El ejercicio de este derecho viene regulado en el artículo 116 del Reglamento del Registro Mercantil, y comporta la responsabilidad de los administradores para el caso de no cumplimiento de la delegación de facultades. Sobre cuáles son las condiciones accidentales del aumento que pueden fijar los administradores, aparte de la fecha que ya viene concedida en el propio artículo, podemos destacar, con DE LA CÁMARA, como accidentales la fecha en la que deberán realizarse los desembolsos, y en su caso el porcentaje que cada uno represente; plazo dentro del cual deberá ejercitarse el derecho de suscripción preferente. Y lógicamente deben ser condiciones esenciales el importe total del aumento, el número y valor nominal de las acciones que se emitan, el tipo de emisión, y esenciales serán también respetar el desembolso mínimo del 25 por 100 de cada acción y el plazo de un mes para el ejercicio del derecho de suscripción preferente.

Como conclusión del examen diferenciador de ambos preceptos se puede extraer otra conclusión sobre la naturaleza jurídica del capital autorizado.

Que utilizan una facultad propiamente legal lo demuestra el que no es posible delegar en alguien inconcreto una facultad tan trascendente como es la de aumentar el capital, ya que la delegación del artículo 115 se concede con independencia de quienes sean administradores; y tampoco es una redistribución de la normal competencia entre los órganos, ya que el artículo 116 parece concederle a los administradores la normal facultad de ejecutar las decisiones de la Junta, y entre ellas las de fijar las condiciones esenciales del aumento. Lógico, ya que las condiciones esenciales son normas dispositivas de obligado cumplimiento, como también facultad legal es la de facultarles para el total ejercicio de aumento de capital mediante el capital autorizado.

CAPITAL AUTORIZADO COMO MODIFICACION DE LOS ESTATUTOS

¿La institución del capital autorizado supone una modificación de los Estatutos? Un sector doctrinal lo niega si se trata de autorización después de la fundación de la sociedad. Entendiendo que la Junta general, cuando acuerda encomendar a los administradores la posibilidad de aumentar el capital, no acuerda una modificación de los Estatutos, sino que serán los administradores los que si deciden hacer uso de esa facultad, ellos serán efectivamente los que los modifican. Se basan para ello en una Sentencia del Tribunal Supremo y en la interpretación de los artículos 96 de la Ley de Sociedades Anónimas y 115 del Reglamento del Registro Mercantil.

Frente a esta teoría se opone que al ser el capital autorizado una alteración del régimen normal de competencia de los órganos de la sociedad; del acuerdo de la Junta se deriva el poder de los administradores para efectuar el aumento, y este acuerdo, que implica la modificación de la potestad de los órganos sociales, está modificando los Estatutos que no admitían esta posibilidad.

Ante ambas posiciones hay que reconocer que si el capital autorizado supone o no una modificación estatutaria, vendrá determinado por el sentido que se le conceda a esta autorización.

En el régimen de la Ley de Sociedades Anónimas, tanto por la ubicación del precepto dentro de los supuestos de modificación de los Estatutos como por la propia dicción del artículo 96, se piensa que el capital autorizado supone una modificación de los Estatutos. Para una mejor comprensión del tema hay que distinguir entre acuerdo de la Junta y acuerdo de los administradores. Cuando la Junta decide desprenderse de parte de su competencia para facultar a los administradores, esta decisión por sí misma no es una modificación estatutaria, pues los administradores pueden no hacer uso de la autorización; el hecho de que el citado artículo 96 exprese «como en los acuerdos de su modificación» tampoco supone renovación estatutaria, ya que, aparte del razonamiento anterior, la reunión de la Junta para modificar los Estatutos primitivos puede ser para otros asuntos, ya que la sola toma de decisión de autorizar a los administradores no es modificación de Estatutos.

El acuerdo de los administradores, tanto si se concede en el momento constitutivo como por decisión posterior de la Junta cuanto se ejecuta efectivamente el acuerdo de aumento supone una modificación de los Estatutos llevada a cabo por los administradores. En el momento inicial, si los Estatutos originarios acuerdan conceder esta facultad, el ejercicio de ella y consiguiente aumento de capital efectivo motiva la

elevación de la cifra de capital y modifica los Estatutos, ya que la cifra de capital es una mención necesaria de ellos.

Y si el ejercicio de esta facultad se debe al acuerdo posterior de la Junta, este acuerdo por sí solo no implica, no puede, modificación de los Estatutos. Pues entre otras cuestiones no se puede saber con completa certeza a qué cifra se va a llegar con el aumento. La ejecución de los administradores del acuerdo y aumento consiguiente de capital implica modificación de los Estatutos, ya que la cifra de capital queda elevada. Pero esta modificación no se produce ni porque los administradores reciban una delegación de la Junta para aumentar el capital, ni porque se produzca una redistribución de competencias que le autorice. Sino que al ejecutar una facultad prevista en la Ley altera la cifra de capital social que figura en los Estatutos.

Por otra parte, la Junta, al acordar conceder esta autorización a los administradores, no está acordando modificar los Estatutos, sino que permite que si los administradores ejercen esta facultad la modifiquen efectivamente.

EXAMEN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE AUMENTO EN EL PROYECTO DE LEY Y SU APLICACION AL CAPITAL AUTORIZADO

Los procedimientos de aumentos de capital son dos: emitir nuevas acciones o aumentar el valor nominal de las existentes. Que se use uno u otro dependerá de diversas circunstancias, solvencia de la sociedad, momento de hacer la emisión, etc... En ambos casos la cantidad que debe percibir la sociedad podrá consistir en nuevos fondos que ingresan en la sociedad, en metálico o en especie, cambiar un crédito contra la sociedad de modo que el acreedor se incorpora como socio, o transformando partidas del balance que ahora pasa a engrosar la cantidad indisponible en garantía de terceros y acreedores, como son las reservas o beneficios. O, finalmente, compensar un crédito contra la sociedad.

En todos los casos lo que realmente es exigible es que el aumento sea efectivo, es decir, que la contraprestación a la sociedad sea efectiva, y la sociedad aumente su cifra de capital. El proyecto de Ley regula las modalidades de aumento de capital en el artículo 89, que dice textualmente: «El aumento de capital social puede realizarse por emisión de nuevas acciones o por elevación del valor nominal de las existentes. En ambos casos, el contravalor del aumento de capital podrá consistir tanto en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social o en la compensación de créditos contra la sociedad, como en la

transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en dicho patrimonio o en la conversión de obligaciones en acciones.»

A su vez, el artículo 94 del proyecto de Ley, bajo el rótulo de «Autorización a los administradores para aumentar el capital», recoge la institución del capital autorizado de esta forma: «Tanto los Estatutos como la Junta general, con los requisitos previstos en el artículo 84, podrán autorizar a los administradores para que acuerden en una o varias veces aumentar el capital hasta una cifra determinada en la oportunidad y cuantía que ellos decidan, sin previa consulta a la Junta general. Estas elevaciones no podrán en ningún caso ser superiores a la mitad del capital nominal de la sociedad en el momento de la autorización y deberán realizarse dentro del plazo máximo de cinco años a contar de la fundación de la sociedad o del acuerdo de la Junta y mediante la emisión de acciones ordinarias.»

En un breve comentario podemos destacar la doble posibilidad de autorización, por los Estatutos primitivos o bien por acuerdo posterior de la Junta. Esta decisión posterior, como hemos visto anteriormente, no es necesariamente una modificación de los Estatutos; y lógico colorario será que la remisión al artículo 84 podía sustituirse por la de que la Junta adoptará el acuerdo con mayoría cualificada. La posibilidad de hacer el aumento en una o varias veces, implicaría que si es en varias cada una supondría modificación estatutaria; esto no es posible, pues la operación se considera realizada cuando se hace de manera definitiva, en la cantidad autorizada o en menos. En este sentido hay que entender el precepto, y lo que sí es claro es que no se puede pasar de la cantidad autorizada en las veces que se haga el aumento. El conjunto de los aumentos parciales debe respetar la cifra fijada; y cuando se habla de capital nominal se debe entender el capital escriturado, que, por prescripción legal, debe estar suscrito en su totalidad. El plazo de la autorización es por cinco años y el cómputo deberá hacerse a partir de la fecha de inscripción de acuerdo. Finalmente dice el precepto que el aumento deberá hacerse mediante la emisión de acciones ordinarias, sin perjuicio de comentar este punto más extensamente, parece, según el texto, que se recorta en exceso la posibilidad de utilizar esta institución.

EMISION DE NUEVAS ACCIONES

A) CONTRA APORTACIONES DINERARIAS

Es el procedimiento normal, emitir nuevas acciones contra aportaciones dinerarias. Los requisitos del aumento son los comunes que al final analizaremos de modo conjunto para todos los procedimientos.

Al ser la forma normal de aumento su utilización mediante el uso del capital autorizado, no plantea *a priori* grandes dificultades, o incluso el texto del proyecto parece circunscribirlo a esta fórmula. Pero se pueden suscitar algunas cuestiones:

* * *

— ¿Pueden los administradores, en uso de sus facultades, emitir acciones que no sean ordinarias? Es decir, ¿pueden emitir acciones privilegiadas?

El artículo 35 del proyecto establece que las acciones pueden otorgar distintos derechos, dejando a salvo el contenido mínimo del artículo 34, y las acciones que tengan los mismos derechos forman una misma clase. A su vez dentro de una clase pueden existir series y todas las acciones que integren una deberán tener el mismo valor nominal. Supuesto que las acciones que contienen el mínimo de derechos son las ordinarias, las que tengan más aparte de ese mínimo son privilegiadas o preferentes. El proyecto requiere, en su artículo 36, para la creación de acciones que concedan alguna preferencia, las formalidades prescritas para la modificación de Estatutos. Es posible, por tanto, que la Junta pueda crear acciones privilegiadas al emitir nuevas acciones al aumentar el capital. Pero la postura afirmativa permite plantear otra cuestión; y es si en una sociedad existen diversas clases de acciones, ¿el aumento se puede realizar solamente mediante emisión de una sola clase? En caso de existencia de acciones ordinarias y acciones privilegiadas, para no destruir la proporcionalidad y la posición de cada socio frente a la sociedad se deberá respetar en cada aumento de capital en sociedades de este tipo el rango de cada serie. Pues si sólo se emiten acciones ordinarias, los titulares de acciones privilegiadas ven menoscabada su posición; y en el caso que sólo se emitan acciones privilegiadas no hay daño para ninguna clase de accionistas.

La solución viene dada en el proyecto por su artículo 86, a cuyo tenor. «para que sea válida una modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente a los derechos de una clase de acciones será preciso que haya sido acordada por la Junta general, con los requisitos establecidos en el artículo 84, y también por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase en cuestión, cuando sean varias las clases afectadas, será necesario el acuerdo separado de cada una de ellas».

* * *

— ¿Pueden los administradores emitir acciones privilegiadas?

El sentido del proyecto y la idea a que responde el capital autorizado inducen a la negativa. No tendría sentido requerir el consentimiento en Junta cuando la sociedad tenga diversas clases de acciones, que lastraría la agilidad que se le supone a esta fórmula que no precisa, además de la intervención de la Junta. Y admitir la posibilidad en el caso de que la Junta al autorizar a los administradores a aumentar el capital les faculte expresamente para emitir este tipo de acciones, supondría desnaturalizar esta institución de forma que tampoco encontraría acomodo en la delegación en los administradores de ejecutar un aumento de capital ya acordado.

Además, el proyecto, al acotar el régimen de actuación de los administradores en los aumentos de capital, ya lo determina en el artículo 94, sin que la Junta deba añadir más requisitos. Y la prueba es que este artículo, al poner límites, lo hace de manera genérica y después los concreta; límites cronológicos y de cuantía. Pero igual que no concreta el límite de oportunidad, tampoco encuentra acomodo en esta figura el de imponer la obligación que emitan acciones privilegiadas.

* * *

El párrafo final del artículo 94 exige que el aumento se haga mediante emisión de acciones ordinarias. Entendiendo por ordinarias el hecho que el aumento debe ser realizado mediante emisión de nuevas acciones, obviando el resto de los procedimientos del artículo 89 del proyecto, se trata de una cautela establecida no por la Junta a las facultades de los administradores, sino por imperativo legal; el legislador español va más allá de lo que la propia Directiva comunitaria exige. Se ha pretendido fundamentar el límite, construyendo el aumento a la emisión de acciones ordinarias, en el deseo de evitar que los administradores puedan alterar o influir por sí mismos la base de las relaciones existentes entre los socios. Se ha obrado con una prevención y un apriorismo excesivo; esta limitación no se coordina con otros artículos del proyecto que permiten diversas clases de acciones, y no comprende que la autorización a los administradores se debe englobar dentro del total capítulo de aumento de capital que admite aumento del valor nominal y aumento con aportaciones, y dentro de ellas todas las que admite el artículo 89.

En definitiva, hay que pensar, con buena parte de la doctrina, que el legislador da por hecho que el capital autorizado se realiza siempre mediante emisión de acciones, y en este caso habrán de ser ordinarias.

* * *

— ¿Pueden los administradores emitir acciones sin voto?

A la letra del artículo 94, no, pues sólo puede ser mediante emisión de acciones ordinarias, y éstas conceden un contenido mínimo de derechos, entre los que está el de votar.

Aunque ciertamente el proyecto, acogiendo una práctica del Derecho societario europeo, admite la regulación de acciones sin voto, que conceden el régimen general de derecho de las acciones ordinarias, salvo el de pedir convocatoria de la Junta general [art. 37, *e*)]. Se prevé que las sociedades anónimas podrán emitir acciones sin voto por un importe nominal superior a la mitad del capital social desembolsado. No se distingue entre Junta o administradores; pero el hecho de crear acciones sin voto que responde a la idea de agilizar las convocatorias y decisiones a tomar en las Juntas, es un hecho sumamente importante que no puede escapar al control de la Junta. Si los administradores pudieran hacerlo, alterarían de manera desproporcionada la estructura de la sociedad, pues podrían emitir este tipo de acciones por el total importe autorizado, obligando a los que acudan al aumento a suscribir acciones de este tipo; y alterarían el sistema de decisión de la Junta, ya que se aparta del derecho de voto a un número sustancial de las acciones que forman parte de la sociedad.



— Sin embargo, no parece difícil admitir la posibilidad que los administradores emitan acciones con prima. Conocida la significación de de la prima, de valor añadido al importe de la acción que intenta compensar el debilitamiento del socio por la entrada de otros nuevos, no existe inconveniente para que los administradores, haciendo uso de la facultad del artículo 94, emitan acciones de esta forma.

Problema diferente será el de la compatibilidad o no de la primera con el derecho de suscripción preferente, pues parece que ambas fórmulas pretenden conseguir lo mismo por diferentes vías.

No se puede decir que ambas instituciones sean excluyentes; pero, en conclusión, es paradójico que los antiguos accionistas deban hacer una aportación suplementaria en un aumento de capital.



— Desembolso de las anteriores acciones.

Si los administradores aumentaran el capital contra aportaciones dinerarias, se exigirá el cumplimiento del artículo 90, 4.º, del proyecto, que impone como requisito previo, excepto para los seguros, el total desembolso de las acciones anteriormente emitidas. Si bien, y siguiendo

el Derecho comparado, se permite el aumento si existe una cantidad pendiente que no exceda del 3 por 100 del capital social.

Se ha criticado el hecho de exigir el previo desembolso, aludiendo a la conveniencia que en determinados momentos de la sociedad se necesita aumentar el capital, sin necesidad de esperar al desembolso total. Y a este razonamiento se le opone el de estricta lógica y justicia de no proceder a aumentar el capital, sea cual sea la causa, sin que los accionistas previamente hayan desembolsado la cantidad íntegra que se obligaron a aportar.

Destaca la atención el hecho de que el proyecto exige el previo desembolso total para todo aumento de capital cuyo contravalor consista en nuevas aportaciones. Pero en el caso de que el procedimiento sea mediante aumento del valor nominal de las existentes, también hay «nuevas aportaciones o puede haberlas, y, *a sensu contrario*, no se precisa el desembolso total, pues no son nuevas, ya que proceden de los antiguos socios. Esto nos llevaría al contrasentido de exigir el desembolso total cuando se trate de aportaciones dinerarias nuevas, que provengan de personas que van a ser nuevos socios, y no admitir que estas «nuevas aportaciones» también lo son las de los socios actuales que las realizan como contravalor del aumento de valor nominal de sus acciones.

Lo adecuado es pensar que no puede existir diferencia, y que ésta sólo existe por aplicación literal del artículo 90, 4.º, del proyecto, y que con la expresión «nuevas» se alude a todo tipo de aportación, externa o de los socios actuales.

En el terreno práctico las dificultades no son tales, pues será extraño aumentar el capital elevando el valor nominal de las acciones existentes, cuando éstas no están desembolsadas en su integridad.

* * *

— En la emisión con nuevas aportaciones, de conformidad con el texto del proyecto, que sigue a la Ley de Sociedades Anónimas, los administradores no podrán elevar acciones por debajo del valor nominal (artículo 36).

o o o

— La posibilidad que los administradores puedan emitir acciones total o parcialmente liberadas, la trataremos más extensamente cuando se trate del aumento de capital cuyo contravalor sea el de transformaciones de reservas o beneficios que ya contaban en el patrimonio.

AUMENTO DE CAPITAL CONTRA APORTACIONES NO DINERARIAS

Tiene destacada importancia este procedimiento por su singularidad; el contravalor es una aportación no evaluable directamente en metálico. Se trata de uno de los supuestos más frecuentes en la actualidad. A las sociedades les es necesario, por diversas circunstancias, acceder a una clase de bienes inmateriales, al menos directamente, y una de las formas utilizadas es haciendo partícipe del capital a los propietarios de dichos bienes.

La Ley, por la importancia de los intereses en juego, se ha esforzado por encontrar un criterio objetivo para determinar la valoración de lo que se aporta. Ya la Ley de Sociedades Anónimas establece unas cautelas para este tipo de aportaciones y un sistema para controlar la verdadera valoración del bien y evitar todo tipo de corruptelas, tanto las que consisten en una desmesurada valoración que conduzca a que no sea proporcional lo verdaderamente aportado con el número de acciones que se reciben, como las que tratan de encubrir una venta a la sociedad a cambio de percibir acciones.

El texto del proyecto, artículo 91, refuerza las cautelas frente a este procedimiento y se exige que «al tiempo de la convocatoria de la Junta se ponga a disposición de los accionistas en la forma prevista en el número tercero del párrafo 1.º del artículo 84, una Memoria de los administradores en la que se describan con detalle las aportaciones proyectadas, el nombre del aportante, el número y el valor nominal de las acciones que hayan de entregarse y las garantías adoptadas según la naturaleza de los bienes en que la aportación consista, y un informe en que se describan y valoren las aportaciones proyectadas elaborado bajo su propia responsabilidad por un experto independiente con título que le habilite al efecto». El reforzamiento de las cautelas obedece, aparte de la peculiaridad de la aportación, a la supresión de la revisión de los criterios de valoración de la Ley de Sociedades Anónimas.

A estas aportaciones se les aplicará lo determinado en el artículo 13, 3.º, del proyecto, o sea, se deberá acreditar la realidad de la aportación y expresarse, además, si los desembolsos futuros se harán también *in natura*; y en este caso se determinará su naturaleza, valor y contenido, la forma y el procedimiento de efectuarlas, expresando el plazo de desembolso, que no podrá exceder cinco años desde la constitución de la sociedad.

El plazo de desembolso de cinco años desde la constitución de la sociedad no puede entenderse en su estricta literalidad. Ello supondría

que a partir de un determinado momento de la vida de la sociedad no se podría aumentar el capital por el procedimiento de aportaciones *in natura*.

Las cautelas frente a las aportaciones *in natura* hace que el proyecto extienda al procedimiento del artículo 91 lo que establece el 31. Este aumenta las garantías de los socios, pues uno o varios expertos independientes, designados judicialmente, elaborarán un informe sobre cada una de las aportaciones y sobre los criterios de valoración, indicando si los valores que resultan de éstos se corresponden con el número y valor nominal de las acciones a emitir como contraprestación. De este artículo 31 destaca el saneamiento y evicción, que será sobre el conjunto de lo aportado si el vicio o defecto afecta a la totalidad o a elementos esenciales de la explotación, y el saneamiento individual cuando afecte a elemento de esencial importancia por su valor patrimonial. El párrafo final de este artículo entiende realizadas a título de propiedad todas las aportaciones, salvo que expresamente se estipule de otro modo; no es necesaria esta excepción de forma tan expresa, puesto que pudiendo aportarse en derecho de arrendamiento sobre un inmueble o establecimiento mercantil, un derecho de usufructo, un derecho de realización de valor, etc., el hecho mismo de la aportación y su admisión por la sociedad implica que no se hace a título de propiedad.

CAPITAL AUTORIZADO Y APORTACIONES NO DINERARIAS

La importancia de esta clase de prestaciones determina que por la Junta, cumpliendo postulados legales, se observen determinadas precauciones para lograr que se respeten los principios que conducen a todo aumento de capital. Es decir, que se trate de aportaciones reales, que se valoren de modo adecuado para lograr plena correspondencia entre el valor de lo que se aporta y las acciones que se reciben como contraprestación.

Y si la Junta general debe proceder cautamente y asesorarse por medio de expertos para impedir sobrevaloraciones o aportaciones inexistentes. ¿Pueden los ADMINISTRADORES utilizar este procedimiento de aumento en el CAPITAL AUTORIZADO?

La doctrina en general parte de la afirmación para contestar este interrogante. A pesar de encontrar algunas dificultades para acomodar la institución del capital autorizado a las aportaciones *in natura*. En el sistema anterior lo acepta el artículo 115 del Reglamento del Registro Mercantil, que exige que en la escritura de aumento de capital deberá constar que la Junta general aprobó, en tiempo oportuno, la Memoria,

informes y extremos a que se refiere el artículo 90 de la Ley de Sociedades Anónimas. Y esto deberá constar «cuando la Junta general le hubiera facultado para concertar aportaciones no dinerarias en pago de las acciones que hayan de emitirse». Concordando este precepto con el del artículo 90 de la Ley es de observar una clara falta de armonía; la Ley exige que el acuerdo se adopte con el conocimiento de la Memoria e informe del artículo 17 de la Ley, que se refiere a la suscripción pública. Dicho informe lo redactan los administradores, por lo que no parece que deban luego aprobar algo hecho por ellos; y el Reglamento no habla de que el acuerdo se tome «con conocimiento», sino que deberá constar que la Junta general aprueba en tiempo oportuno todos los extremos del artículo 90 de la Ley. De la comparación entre ambos textos se demuestra la imposibilidad de utilizar el capital autorizado por este procedimiento, o al menos su uso de acuerdo con la idea que subyace a esta institución. La rapidez y flexibilidad que son consustanciales al aumento de capital por parte de los administradores es imposible de cumplir con estos dos artículos. Si el Reglamento le exige a la escritura de aumento que la Junta apruebe todos los informes de los administradores, hace falta que los administradores, después de hacer todas las gestiones para incorporar a determinadas personas a cambio de aportaciones *in natura*, determinar el número y valor de las acciones que se le vayan a entregar, establezcan las garantías adecuadas y emitan los informes que la Ley exige, deban esperar a una convocatoria posterior de la Junta o someter el aumento del capital a una condición suspensiva e impropia. En ambos casos la idea de rapidez para proceder a aumentar el capital en el momento más propicio para la sociedad es imposible de cumplir. Además se exige que la Junta general apruebe los informes de los administradores en tiempo oportuno. Este cuándo es, ¿antes o después de la decisión de los administradores?

Es preciso partir de una idea armonizadora de ambos preceptos, o negar la posibilidad que los administradores aumenten el capital utilizando aportaciones *in natura*. Pero la negativa no es aconsejable, ya que la idea de aumentar el capital los administradores es perfectamente aplicable a este tipo de aportaciones. Es más, la idea del legislador parece que responde a que los administradores aumenten el capital emitiendo acciones, contra aportaciones dinerarias o no. Estas últimas son las más propicias para su utilización por los administradores, ya que suponen una gestión para incorporar a la sociedad a una determinada clase de bienes en el momento más adecuado, sin necesidad de tener que esperar a una convocatoria de la Junta general.

LAS APORTACIONES NO DINERARIAS EN EL PROYECTO

El proyecto aumenta las garantías de los accionistas frente a la entrada de otros nuevos que no aportan metálico, sino bienes diversos. El artículo 91 le exige que «al tiempo de convocatoria de la Junta se ponga a disposición de los accionistas la Memoria elaborada por los administradores y un informe elaborado por expertos independientes designados judicialmente sobre la realidad de los bienes y su valoración. Tanto el informe de los administradores como el de los expertos debe ser conocido y aprobado según el 115 del Reglamento del Registro Mercantil, por los accionistas en Junta general. Esta aprobación y conocimiento, como en el régimen de la Ley de Sociedades Anónimas, condiciona el aumento de capital realizado por los administradores. Admitir que la Junta especifique la forma en que los administradores deban proceder, es la única excepción a la tesis que hemos mantenido sobre la naturaleza jurídica de esta institución, y no tanto por vía de excepción, sino por ser una modalización del aumento de capital realizado por los administradores, que regula la propia Ley.

El conocimiento por la Junta de los informes exigibles requiere que se tengan al tiempo de convocarse, para cumplir el derecho de información de los accionistas. Esto exige que al tiempo de convocarse la Junta general que va a conceder a los administradores la posibilidad de aumentar el capital estén a disposición de los accionistas todos los informes que determina la Ley.

Para conseguir que se coordine el CAPITAL AUTORIZADO con las APORTACIONES *in natura* vamos a distinguir según que la facultad atribuida a los administradores sea en momento de constitución de la sociedad o posteriormente, por acuerdo de la Junta.

* * *

EN EL ACTO CONSTITUTIVO.

Admitido que el capital autorizado forma parte de los Estatutos, una de las menciones necesarias será entonces ésta. Y para salvar la dificultad que supone el cumplimiento del tenor literal del artículo 91 del proyecto, pues es imposible que antes de estar constituida la sociedad y designados los administradores, éstos emitan los informes precisos y menos los de los expertos, se puede acudir al sentido del artículo 32, ya que si éste exige aprobación de la Junta para las adquisiciones onerosas realizadas por los administradores en el plazo de dos años de constitución de la sociedad; este mismo plazo se le puede imponer a los administradores para aumentar el capital; los cinco años son el máximo,

pero no obligatorios, y la aprobación de la Junta de las adquisiciones requiere informe elaborado por expertos independientes y por los administradores, similares a los que se exigen para la aprobación de las aportaciones no dinerarias.

Pero extender el sistema de aprobación por la Junta de las adquisiciones onerosas realizadas por los administradores no deja de ser una solución que plantea bastantes dificultades. En primer lugar, la aprobación por la Junta es para las adquisiciones que excedan de la décima parte del capital social, y no se puede confundir una adquisición onerosa con la aportación de bienes a una persona jurídica, que implica entregar bienes a cambio del título representativo de la cualidad de socio que le concede una posición determinada en la sociedad y que implica derechos y obligaciones.

Por todas las causas apuntadas, el que los administradores utilicen aportaciones no dinerarias para aumentar el capital parece bastante discutible en el régimen actual, que implicara cuanto menos una reforma del artículo 115 del Reglamento del Registro Mercantil.

* * *

POR ACUERDO POSTERIOR DE LA JUNTA.

Las dificultades para el uso del capital autorizado por los administradores sigue siendo evidente. El artículo 91 requiere que al tiempo de la convocatoria de la Junta se pongan a disposición de los accionistas los informes de los administradores y de los expertos. Y la única posibilidad de salvar la discordancia entre ambos preceptos nos la da el artículo 91, que, con la remisión del artículo 84, 3.º, exige que, al tiempo de la convocatoria de la Junta, los accionistas conozcan el texto íntegro de las modificaciones propuestas; es entonces posible que los administradores redacten los informes pertinentes con anterioridad a la convocatoria de la Junta y consigan el de los expertos, y ambos se pongan a disposición de los accionistas con anterioridad a la celebración de la Junta que va a conceder la autorización a los administradores para aumentar el capital. De todos modos, esta solución se me antoja bastante rebuscada, pues la idea es que el conocimiento o aprobación por parte de la Junta de los informes precisos, en el caso que deba ser exigible, parece que debe ser posterior a la decisión de los administradores.

AUMENTO POR ELEVACION DEL VALOR NOMINAL DE LAS ACCIONES EXISTENTES

Es un procedimiento poco usual, y propio de sociedades poco atractivas para el inversor, que por esta causa no recurren a la posibilidad de emitir nuevas acciones y atraer nuevos accionistas.

A los accionistas se les exige un esfuerzo suplementario, ya que en el caso de que no se haga con cargo a reservas o beneficios de la sociedad, la diferencia entre el valor actual y el nuevo debe estar cubierto por ellos.

El proyecto exige, aparte de los requisitos exigidos para la modificación de los Estatutos, en el artículo 90, 2.º, el consentimiento de todos los accionistas. Y en coordinación con el artículo 85, 1.º, exige el consentimiento de los interesados para casos como este en que se exige, se puede exigir, nuevas obligaciones para los interesados.

RELACION CON EL CAPITAL AUTORIZADO

La idea que subyace en el aumento de capital realizado por los administradores no se aviene bien con este procedimiento de aumento. Si el capital autorizado es una fórmula para conceder a los administradores la posibilidad de aumentar el capital de la sociedad hasta límites legales y sin necesidad de aprobación de la Junta, es de lógica que los administradores hagan uso de esa facultad para atraer nuevos fondos a la sociedad. Entonces este procedimiento es materia exclusiva de la Junta, ya que sería superfluo acordar el aumento de capital de esta forma, luego encomendar a los administradores la facultad del artículo 94, y éstos proceder a aumentar el capital, cuando con más rapidez se haría directamente por la Junta.

Al suponer normalmente el capital autorizado un aumento mediante nuevas aportaciones, aparte de lo anteriormente expuesto, dos razones más avalan excluir el capital autorizado del aumento de capital por aumento del valor nominal de las acciones existentes: 1.ª No pueden los administradores, sin consentimiento de la Junta general, y menos de los accionistas, aumentar el capital de esta forma (art. 90, 2.º). 2.ª El proyecto que exige que el capital autorizado sea mediante emisión de acciones ordinarias.

Y como conclusión también se puede considerar no admisible la utilización de este procedimiento por parte de los administradores, ya que se requeriría consentimiento de los interesados, como prevé el artículo 86

del proyecto, realizado en Junta general, y el artículo 94 faculta a los administradores para aumentar el capital sin consulta a la Junta general.

AUMENTO POR COMPENSACION DE CREDITOS

Se regula en el párrafo 1.º del artículo 92 del proyecto, y en el párrafo 2.º se trata de la conversión de obligaciones en acciones.

En el régimen de la Ley de Sociedades Anónimas no se regulaba; se trata de una operación consistente en que el titular de un crédito contra la sociedad, no documentado en la forma que en el Derecho societario se conoce como obligación, extingue la deuda por compensación y por el importe de ésta recibe acciones, pasando a ser acreedor o accionista. Este aumento de capital no supone un aumento nominal de capital, ni tampoco se trata de una aportación efectiva, dineraria o no. La compensación (art. 1.195 del CC) exige créditos líquidos vencidos y exigibles. En el proyecto basta con que sea exigible en un 25 por 100 y el resto lo sea en un plazo de cinco años.

Estos dos requisitos del proyecto inducen a pensar que se contempla este procedimiento de forma similar al de las aportaciones no dinerarias. Aparte de las diferencias existentes, en puridad no se trata de una compensación, sino que se varía una de las condiciones principales de la relación obligatoria y se cambia sustancialmente la posición del acreedor. Estamos más bien ante una novación modificativa.

Dejando a un lado los complejos problemas que suscita esta forma de aumento, ¿se puede utilizar el CAPITAL AUTORIZADO en este supuesto?

Tal y como se regula en el proyecto significa que la Junta decide sobre el aumento en la forma que se determina en el artículo 92. Dicho aumento viene determinado por las personas que van a ser los destinatarios, los titulares del crédito contra la sociedad, y si aparece con claridad en este caso que no juega el derecho de suscripción preferente cuando se aumente el capital de esta forma, no existe la misma claridad sobre su utilización por parte de los administradores. En principio no cabe que éstos, en uso de las facultades del artículo 94, aumenten el capital compensando créditos que terceros tienen contra la sociedad. Y si se autoriza expresamente por la Junta a los administradores utilizar el capital autorizado mediante compensación de créditos contra la sociedad, supone una delegación en los administradores de ejecutar un acuerdo ya adoptado por la sociedad a través de la Junta general. Y esta delegación encuentra acomodo en el artículo 90, 3.º, del proyecto y no en la institución del artículo 94.

CONVERSION DE OBLIGACIONES EN ACCIONES

Las sociedades para hacer frente a sus necesidades económicas pueden acudir a sus propios accionistas, a sus reservas disponibles, o acudir al crédito. Tradicionalmente se ha pensado que esta última vía era más perjudicial, pues implicaba un costo superior y denotaba falta de liquidez o de seguridad en su propia solvencia y no era conveniente expresarla.

El hecho de acudirse hoy frecuentemente a la emisión de obligaciones por las sociedades no obedece a que las razones antes expresadas hayan cambiado, sino que son inexactas. Es aconsejable, por múltiples motivos, acudir a esta vía, no sólo de orden fiscal, sino que es conveniente para la sociedad para hacer frente a sus actividades a medio y largo plazo disponer de fondos en cantidad suficiente, sin necesidad de tener que afrontar el pago de forma total, sino escalonadamente a través de un cuadro de amortización beneficioso para ambas partes.

Admitidas las razones que tiene la sociedad para acudir al crédito, ¿cuál es la regulación, tanto en la Ley de Sociedades Anónimas, en el proyecto y su conexión con el capital autorizado?

* * *

EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

En el régimen de la Ley de Sociedades Anónimas se podía aumentar el capital convirtiendo en acciones las obligaciones en la forma prevista al emitir las. Es este el supuesto general, que parece deja al arbitrio de la sociedad prever o no en la escritura de emisión de obligaciones su convertibilidad o no. Y si no se estipula nada se requiere el consentimiento de los obligacionistas, que el valor de las acciones que se vayan a percibir no supere el de las obligaciones, a no ser que la diferencia la cubran los obligacionistas o con cargo a reservas o beneficios.

Es lógico el sistema de la Ley de Sociedades Anónimas, al exigir que el valor de lo que reciba el obligacionista sea idéntico al valor de su crédito, en caso contrario el aumento no responde a una efectiva aportación patrimonial. Y concluye el artículo 95 de la Ley prohibiendo el aumento mediante conversión de obligaciones si el patrimonio de la sociedad es inferior a la cifra del capital y no reduce éste para estar en equilibrio con la cifra del patrimonio y evitar que sufra daño la posición de los obligacionistas en la sociedad.

* * *

EN EL PROYECTO

El proyecto regula el aumento de capital mediante conversión de obligaciones en el artículo 92, 2.º Este mismo artículo, en el párrafo 1.º, hemos visto que regula la compensación de créditos, como si desde la óptica legal se tratara de procedimientos similares. Siendo el caso que la motivación y sentido de ambos no es idéntico. La compensación exige créditos líquidos, vencidos y exigibles; en las obligaciones el crédito contra la sociedad se convierte en acción, pero este crédito ni se compensa ni está vencido.

El artículo 92, 2.º, dice que se aplicará lo establecido en el acuerdo de emisión de obligaciones. La doctrina entiende que cuando no se dice nada en concreto el hecho de la conversión se deja al arbitrio de los obligacionistas.

Después de la lacónica mención del artículo 92, 2.º, se regula el aumento de capital consustancial a la emisión de obligaciones en el artículo 95. En este precepto se trata también del derecho de suscripción preferente, y al mencionarse a las obligaciones como convertibles parece entenderse la conversión como una decisión de la sociedad y la refuerza el párrafo 3.º de dicho artículo. En cualquier caso, la sociedad no podrá convertir en acciones las obligaciones cuando el valor de éstas sea inferior, por las razones antes apuntadas; y con mayor motivo las sociedades no podrán emitir obligaciones convertibles por debajo de su valor nominal.

El párrafo 4.º del número 3 del artículo 95 regula la conversión desde el lado de obligacionistas y es esa la fórmula normal de conversión, ya que el proyecto considera lo contrario como excepción al decir, «salvo que la Junta general acuerde otro procedimiento, los obligacionistas podrán solicitar en cualquier momento la conversión».

Durante el plazo de conversión la sociedad puede aumentar o reducir su capital. Si se aumenta con cargo a reservas o se reduce por pérdidas, con restitución de aportaciones y condonación de dividendos. A ambas medidas con carácter previo y con garantías se debe ofrecer a los obligacionistas la posibilidad de realizar la conversión. Es decir, se debe modificar la relación de cambio entre accionistas y obligacionistas, para que ambas medidas, aumento y reducción, afecten igual a ambos.

CONEXION CON EL CAPITAL AUTORIZADO

En la Ley de Sociedades Anónimas se exigía cumplir los requisitos del acuerdo de emisión y si en éste no se prevé nada, se precisa el con-

sentimiento de los obligacionistas, que el valor de las acciones que se reciban no supere el de las obligaciones o en otro caso estar cubierta la diferencia con fondos disponibles, y reducir el capital en el caso de que el patrimonio fuera inferior y los nuevos accionistas estuvieran en desventaja al percibir como pago de su crédito acciones cuyo importe no está en consonancia con el patrimonio de la sociedad.

El proyecto deja la regulación a lo que se haya previsto en el acuerdo de emisión y, salvo que la Junta acuerde otro procedimiento, los obligacionistas pueden solicitar en ambos casos la conversión.

En el proyecto de Ley se contempla el acuerdo como un derecho de la sociedad o de los obligacionistas, se establece que la Junta general determine las bases y modalidades de la conversión y acuerde aumentar el capital en la cuantía necesaria. De la dicción del precepto ya se puede deducir que este aumento no es compatible con el sistema del capital autorizado. Es la Junta quien decide el aumento de capital que implica la conversión, y la única intervención de los administradores es en la ejecución que se hace de acuerdo con el artículo 90, 3.º, pero no con el artículo 94.

¿Qué sucede en el caso de emisión de obligaciones no convertibles y con posterioridad los obligacionistas, de acuerdo con las condiciones de emisión, puedan solicitar la conversión? En este caso, que la opción por la conversión se decanta del lado de los obligacionistas, también se debe mantener la negativa.

El capital autorizado es un instrumento legal que concede la Junta; su autorización no es obligatoria, pero, si se realiza, la conducta de los administradores debe respetar los condicionamientos del artículo 94 y los propios de cada procedimiento de aumento. Y el supuesto que estudiamos, conversión de obligaciones, si es una concesión de la sociedad como si se deja a voluntad de los obligacionistas exige cumplir los requisitos del artículo 95, 3.º, según el cual «la Junta general determina las bases y modalidades de la conversión y acuerda aumentar el capital en la cuantía necesaria». Y en el caso que la conversión no venga ya prevista por la sociedad *ab initio*, sino que es merced hacerlo de los obligacionistas, tampoco se posibilita el capital autorizado, ya que el aumento viene determinado por las personas a las que se le van a atribuir las acciones, dejando a salvo el derecho de suscripción preferente, y la Junta decidirá sobre el aumento y lo acuerda en todos sus aspectos, aunque lo ejecuten los administradores.

* * *

Por tanto, los administradores, se contemple la conversión como un derecho de la sociedad o de los obligacionistas, no pueden hacer uso del capital autorizado.

Si la conversión es un derecho social, el emitir las obligaciones es una prerrogativa social, y el aumento ya tiene un destinatario conocido, los obligacionistas. Si la conversión es un derecho de los obligacionistas, menos posibilidad tienen los administradores. El aumento estará a merced de la solicitud de los obligacionistas en cualquier momento, lo que no supone una decisión ejecutiva de los administradores.

En el propio artículo 95, finalmente, se prescribe que la Junta general en cualquier caso señalará el plazo máximo para que se pueda llevar a efecto la conversión. Demostración palpable que los administradores no intervienen para decidir el aumento y sí para su ejecución.

* * *

AUMENTO CON CARGO A RESERVAS

Es un procedimiento que no significa nuevas aportaciones a la sociedad. Parte del pasivo de la sociedad se entrega a los socios, sin exigirles desembolso alguno. Con este procedimiento se incrementa el capital de la sociedad, aumenta la seguridad y garantía de terceros al aumentar la cifra de garantía; y el accionista ve robustecida su posición al aumentar su fondo disponible con savia nueva.

¿Qué se considera como RESERVA? El artículo 110, *c)*, 2, del proyecto estipula que una cifra igual al 10 por 100 del beneficio del ejercicio, deducidos los impuestos, se destinará a la reserva legal, hasta que alcance por lo menos el 20 por 100 del capital social. Y el artículo 93, 1.º, considera que se puede utilizar para tal fin las reservas disponibles, las primas de emisión y la reserva legal en la parte que exceda del 10 por 100 del capital ya aumentado, cuando el capital se aumente con cargo a reservas.

Sirve de base al acuerdo el balance de la sociedad en los seis meses anteriores al acuerdo de la Junta, realizado por los auditores, y si se carece de ellos por un auditor a petición de los administradores.

La forma de realizar el aumento puede ser mediante emisión de acciones, que según el proyecto habrán de ser ordinarias, en proporción al número y valor nominal de las que se posean. Se establece, por tanto, una justa proporcionalidad entre la cantidad de acciones que se posean y su clase, atendiendo a su distinto valor nominal. Pero no es comprensible que en el caso de que la sociedad tenga diversas clases de acciones no se respete el rango diferencial de cada una de ellas. Y la literalidad del precepto al exigir que el aumento se haga mediante emisión de acciones, no permite compaginar la posibilidad contraria, que se haga

mediante incremento del valor nominal de las acciones existentes, tal y como permite el artículo 90, 2.º Y en este caso, ¿cómo se aumenta el valor de las acciones si son de diferentes clases?

El párrafo 3.º del artículo 33 permite que los accionistas transfieran los derechos sobre las nuevas acciones, respetando las posibles restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad. En el caso de que se aumente el capital por elevación del valor nominal de las acciones, ante el silencio del proyecto, no se debe pensar sin más que pierden este derecho los accionistas que no deseen este aumento, por más extraño que esto pueda parecer. Admitir lo contrario sería dejar en manos de la sociedad un derecho que los accionistas no pierden, por no ejercitarlo, ya que no se exige su consentimiento para el aumento. Pero conviene mejor admitir que en el caso de que no se suscriba íntegramente el aumento, y analógicamente con el artículo 98, sólo se elevará en la cuantía de las acciones elevadas cuando la Junta general lo ha previsto expresamente.

* * *

¿Pueden hacer uso los administradores de este procedimiento de aumento mediante el capital autorizado? La esencia y finalidad, que son la base de esta figura, no permiten afirmarlo. Utilizar las reservas para aumentar el capital supone tomar parte del pasivo disponible y entregarlos a los socios, sin que esto sea necesariamente un supuesto similar a distribución de beneficios. Pero esta medida, que significa alterar las cifras del balance, no deben escapar del control y decisión de la Junta. Además, el conceder a los administradores facultad para aumentar el capital significa que éstos, normalmente, buscarán nuevas aportaciones. Y no se comprende la utilidad de este procedimiento cuando por decisión de la Junta se puede hacer instantáneamente.

En el sentido de que el aumento con cargo a reservas se realice elevando el valor nominal de las existentes. Al no haber emisión de acciones sería contrario el tenor literal del artículo 94, que exige emisión de acciones ordinarias.

DERECHO DE SUSCRIPCION PREFERENTE

El fundamento y la idea que subyacen en este derecho es evidente. Consiste en permitir que el accionista siga conservando tanto su posición económica, que tenga la misma relación con el patrimonio social, vía beneficios y reservas constituidas, como administrativa, la de no

perder determinados derechos que la Ley concede a los detentadores de un número determinado de acciones. El estatus social y económico del accionista sufre un deterioro por la posible entrada de nuevos accionistas. Deterioro que no llegan a paliar totalmente los remedios que las legislaciones suelen emplear para evitar el debilitamiento de la posición del socio: emisión de las nuevas acciones con una prima suplementaria y derecho preferente a la percepción de dividendos y a la cuota, en su caso, de liquidación. Pero este fundamento del derecho de suscripción preferente no se puede admitir sin más. En caso de sociedades con situación próspera, quizá sea así la situación. Pero en otros muchos supuestos no es posible darle a este derecho una virtualidad tal que impida que determinadas personas o entidades puedan, mediante la supresión total o parcial de este derecho, adquirir la condición de socios y resolver delicadas situaciones financieras para la sociedad.

En la Ley de Sociedades Anónimas se consideraba que era uno de los derechos mínimos consustanciales a la posición de accionista, y del cual no se podía privar, tanto por la finalidad a que respondía el sentido de este derecho, como por la propia regulación legal. No obstante lo terminante del precepto, durante la vigencia de la Ley, alguna voz autorizada, frente a la postura general consideraba posible que en determinados supuestos los Estatutos pudieran aconsejar restringir totalmente o parcialmente este derecho.

Es este el sentido del proyecto, que presenta la novedad, de conformidad con el Derecho comparado, de posibilitar la supresión del mismo por la Junta general en los casos que ésta sea beneficiosa para la sociedad, y así lo reconoce en el párrafo 1.º del artículo 96.

Como paso previo a la posibilidad de supresión de este derecho por la Junta, ya una Resolución de la Dirección General de los Registros de 1 de agosto de 1958 reconocía que «la naturaleza de derecho sustancia de la condición de socio no implica que el derecho de suscripción preferente sea renunciabile personal e individualmente por los accionistas en cualquier singular ampliación de capital. La renunciabilidad resulta de los términos en que se expresa el artículo 92 (podrán ejercitar) y viene explícitamente admitida en el artículo 114, apartado 6.º, del Reglamento del Registro Mercantil. La renuncia puede hacerse: *a*) en la propia Junta general que toma el acuerdo de ampliación de capital; *b*) por comunicación individual dirigida a los administradores de la sociedad; *c*) dejando de ejercitar simplemente el derecho en el plazo señalado al efecto por los administradores de la sociedad».

El proyecto de Ley de reforma parcial de la Ley de Sociedades Anónimas rompe con el esquema de ésta, pues además de admitir la posibilidad de su supresión en la elevación de capital por emisión de nuevas

acciones, lo extiende cuando se trate de emisión de obligaciones convertibles a los accionistas de la sociedad, y a los titulares de obligaciones convertibles pertenecientes a emisiones anteriores en la proporción que les corresponda según las bases de la conversión.

* * *

SUPUESTOS EN LOS QUE NO JUEGA ESTE DERECHO

En el régimen de la Ley de Sociedades Anónimas, pese a que el artículo 92 decía que en toda elevación de capital con emisión de nuevas acciones se poseería este derecho. La lógica induce a reclamar que pese al carácter dispositivo del precepto, este derecho sólo se puede combinar con aquellos supuestos en que la emisión de nuevas acciones lo permita, pero no en los que el procedimiento elegido sea incompatible por las características singulares de cada procedimiento de aumento que da lugar a la emisión de acciones.

— En primer lugar, y por principio, no puede ejercitarse este derecho en el aumento con cargo a reservas; en este caso las acciones van a los socios *ope legis* y la finalidad del derecho se cumple perfectamente.

— Similar será el caso de aumento por elevación del valor nominal de las acciones existentes. Aquí sólo los socios son los que pueden ser protagonistas en el aumento, y el hecho de no emitirse acciones anula las dudas.

— En el supuesto de emisión de acciones en sociedades con títulos ordinarios y preferentes, me remito a lo expresado en el apartado relativo a aumento contra aportaciones.

CASOS EN QUE NO ES EJERCITABLE ESTE DERECHO EN EL PROYECTO

Terminando con las dudas que se suscitaban en la doctrina sobre la aplicación del derecho de suscripción preferente a determinados casos, el proyecto, en el párrafo 2.º del artículo 96, afirma: «En ningún caso habrá lugar al derecho de suscripción preferente cuando el aumento de capital se haga mediante compensación de créditos u otras aportaciones no dinerarias o se deba a la conversión de obligaciones en acciones o a la absorción de otra sociedad o de parte del patrimonio extinguido de otra sociedad.»

Merece una nota favorable el propósito del legislador de acotar de modo inequívoco los supuestos que no dan lugar a este derecho.

— Compensación de créditos u aportaciones no dinerarias. Como hemos visto al analizar los distintos procedimientos de aumento, en estos casos la naturaleza de la aportación y el cambio de posición en una relación obligatoria son motivos que inducen a la sociedad a atraer a los titulares de estos bienes y créditos a la calidad de accionista y conviene evitar que, por el ejercicio de este derecho, se frustre la finalidad que persigue la sociedad en estos aumentos.

— Conversión de obligaciones en acciones. La doctrina entendía que el hecho de tener el aumento destinatario forzoso impedía la preferencia. Aunque también podía ser un procedimiento indirecto para burlar la Ley, al emitirse obligaciones ordinarias y luego transformarlas en convertibles.

El proyecto reconoce ahora derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital con emisión de nuevas acciones y en la emisión de obligaciones convertibles a los antiguos accionistas y a los titulares de anteriores emisiones.

Y si el artículo 95 reconoce en la emisión de obligaciones convertibles derecho de suscripción preferente, y en el párrafo 2.º del artículo 96 se dice que en ningún caso habrá lugar al derecho de suscripción preferente cuando el aumento se haga mediante conversión de obligaciones en acciones. ¿Cómo se resuelve esta contradicción? Esta realmente no existe; en el artículo 95 se reconoce este derecho y se regula su uso en el sentido de conceder preferencia en la emisión de obligaciones convertibles, o sea, en el momento de la emisión. Y el artículo 96 no niega lo antes dicho, sino que excluye la preferencia en la emisión de obligaciones en acciones, pero en el momento de la conversión, cuando se hace efectivo lo que se estipuló en el momento de la emisión.

Lo que se quiere evitar es que la preferencia que se articula en el momento del acuerdo de emisión pueda tener carácter o consecuencias distintas en el momento de la conversión.

— Absorción de otra sociedad o parte del patrimonio. La absorción supone adquirir patrimonio de las sociedades absorbidas y ampliación de capital para entregar a los accionistas de estas sociedades una cantidad proporcional. En este caso el destino del aumento es fijo y no se puede evitar con el derecho de suscripción preferente.

CAPITAL AUTORIZADO Y DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

¿Opera el derecho de preferente adquisición de acciones en los aumentos de capital realizados por los administradores? Los administradores, al utilizar esta facultad, siguiendo las directrices del artículo 94, proceden a aumentar el capital normal mediante emisión de acciones contra aportaciones dinerarias de los socios. La esencia de este sistema no puede hacernos suponer que los administradores tengan la posibilidad de excluir este derecho de los accionistas, uno de los mínimos según el artículo 34, y lo corrobora el artículo 96 del proyecto al encomendar con carácter exclusivo a la Junta la posibilidad de restringir este derecho (es este otro argumento para demostrar la competencia de la Junta).

Una vez sentado este derecho subsiste en los aumentos realizados por los administradores, ¿quiénes ostentan este derecho? Los accionistas, tanto los ordinarios como los titulares de acciones privilegiadas.

¿En qué medida? Como lo dice el proyecto, atendido el número y valor nominal de las acciones que se posean.

¿Cómo se ejercita este derecho? Suscribiendo las acciones en el plazo que marca la Ley en el artículo 95.

— Al reconocer el artículo 94 que el aumento se puede hacer en una o varias veces; ¿este derecho se extiende a todos los accionistas o va más allá y también afecta a los que ya lo son en virtud de anteriores emisiones de este capital autorizado? ¿El derecho a la preferencia es privativo de los accionistas existentes en el momento de tomar el acuerdo de aumento o es extensible a los titulares de acciones procedentes de anteriores emisiones parciales? En el supuesto de capital autorizado el derecho de suscripción preferente de las acciones anteriores se mantiene sobre las acciones que constituyan cada emisión. Y, como lo pueden aumentar en varias veces, cada emisión supone un aumento de capital separado, y, por tanto, las acciones que se emitan también tendrán derecho de suscripción preferente sobre las emisiones sucesivas.

Pero si lo que se hace fraccionadamente es ejecutar un acuerdo de aumento decidido por la Junta, se trata de un aumento único que se lleva a cabo por partes, y las acciones nuevas quedarán reservadas íntegramente, aunque se emitan por partes, a los accionistas antiguos.

En esta doble consideración, según se trate de capital autorizado o ejecución de acuerdo de aumento seguimos la argumentación magistral de DE LA CÁMARA.

— Un aspecto que merece reflexión es el de si al amparo del artículo 96, 1.º, del proyecto ¿puede la Junta, al conceder la facultad de au-

mento de capital a los administradores, excluir el derecho de suscripción preferente?

¿Puede la Junta modalizar el procedimiento de aumento hasta el punto de influir en la decisión de los administradores, de modo que éstos aumenten el capital, excluyendo un derecho sustancial del accionista?

Cifándonos a la letra del proyecto, hay que optar por la negativa. Ya que si bien de la letra *b*) del artículo 96 se puede inferir que los administradores, al redactar el informe y la Memoria que aprobará la Junta, ésta en ese momento puede excluir este derecho a la vez que autoriza el aumento. Es ajustarse con exceso a la letra del precepto, para conceder a la Junta una facultad que, por su carácter singular, requiere una interpretación no rígida, pero sí cuidadosa, y conceder a los administradores unas facultades en el ejercicio de su derecho que exceden de las que le corresponden como órgano de administración y ejecutivo de la sociedad. Podrían en estos supuestos los administradores influir directamente en la vida de la sociedad, de forma notoriamente desproporcionada, ya que se priva por una vía oblicua de un derecho al accionista; derecho que se le concede para evitar merma en su posición tanto administrativa como económica. Y este derecho de exclusión podría ser ejercitado en beneficio propio de los administradores, que pueden ofrecer las acciones del aumento a determinadas personas y entidades y poder seguir controlando más o menos directamente una parte sustancial del capital (ellos, lógicamente, también son accionistas).

— Para excluir el derecho de suscripción preferente se requiere que el acuerdo respete lo dispuesto en el artículo 84. Restringir la preferencia no implica de modo necesario modificar los Estatutos, ya que éstos no prevén necesariamente esta posibilidad. Bastará con citar que el acuerdo requerirá la aprobación en Junta con los requisitos del artículo 58. Aunque la decisión de la Junta de excluir este derecho se producirá en el momento de decidir sobre un aumento de capital, y esto lógicamente sí implica modificación de los Estatutos.

— Excluir el derecho de suscripción preferente debe distinguirse de otro supuesto. Una cosa es ofrecer el aumento exclusivamente a terceros, lo que no es imposible si el interés de la sociedad así lo aconseja, como reconoce el artículo 96, y otra es que el aumento sea exclusivamente suscrito por parte de los accionistas, con exclusión de los restantes, ya que si los Estatutos concedieran esta libertad a la Junta, aparte de crearse una desigualdad entre los accionistas sería ir contra lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil.

SUSCRIPCION PUBLICA DE ACCIONES

Es un supuesto poco común; implica que los accionistas no desean aumentar su aportación a la sociedad, y ni la Junta ni los administradores logran colocar el importe del aumento a personas o entidades interesadas.

En el contexto del CAPITAL AUTORIZADO no presenta ninguna modalidad especial, y los administradores, en uso de la facultad del artículo 94, pueden proceder a aumentar el capital, ofreciendo las acciones a la suscripción pública.

Pero ¿qué sucede con el derecho de suscripción preferente? En la Ley de Sociedades Anónimas se hacía referencia a este derecho, pero el artículo 97 del proyecto, en las menciones necesarias que deberá contener el boletín de suscripción, documento en el cual se constata la suscripción de cada futuro accionista, omite toda alusión a este derecho. La ausencia de este derecho implica que la Junta, utilizando la facultad del artículo 96, puede excluir total o parcialmente este derecho, pero el mismo artículo exige para la validez del acuerdo una Memoria elaborada por los administradores en la que se hará indicación de las personas a las que éstas habrán de atribuirse. Ya está previsto entonces quiénes son los futuros accionistas, y si en el mismo tiempo en que la Junta va a acordar el aumento de capital, excluyendo el derecho de suscripción preferente, se conoce quiénes son los destinatarios del aumento, no hay perjuicio para ningún accionista y no existe necesidad que conste en las menciones del boletín la necesidad que el ofrecimiento de las acciones respete la preferencia de los antiguos accionistas.

De todas maneras, la utilización de este procedimiento es escasa y su ubicación en la sección dedicada al aumento de capital denota el carácter residual que le otorga el propio proyecto.

REQUISITOS GENERALES PARA TODOS LOS PROCEDIMIENTOS DE AUMENTO

La importancia que tienen las vicisitudes del capital social en la vida de la sociedad requiere que en su toma de decisión y ejecución se cumplan una serie de requisitos necesarios para su plena eficacia. Requisitos de carácter sustantivo y formal, que están en consonancia con el carácter de fundación parcial que supone cada aumento.

El acuerdo de aumento es un acto inscribible (art. 116 del Reglamento del Registro Mercantil), el simple acuerdo de elevar el capital

es un acto que se puede inscribir independientemente que el capital llegue a aumentarse efectivamente.

El hecho de asimilarse a la fundación de la sociedad hace que los requisitos para los aumentos de capital sean similares. Como condicionantes previos se exige que se convoque Junta general, que él o los acuerdos se aprueben concurriendo las mayorías previstas en el artículo 58, que los accionistas tengan información de todos los acuerdos a aprobar, que deben constar en la propuesta escrita de los administradores al pedir la convocatoria.

El párrafo 2.º del artículo 84 dice que «el acuerdo se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil y se publicará en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.

— La inscripción en el Registro Mercantil opera como requisito esencial sustantivo y no sólo meramente formal. El proyecto en el artículo 16 establece la obligación de los administradores de presentar la escritura de constitución de la sociedad en el Registro Mercantil, y en este caso será obligación de presentar la escritura acordando el aumento.

Mientras no esté inscrita la sociedad no se pueden poner en circulación las acciones y frente a ella no surten efecto los pactos sobre transmisión de acciones. Al condicionarse la personalidad jurídica de la sociedad a la inscripción en el Registro Mercantil, ésta adquiere el carácter de constitutiva y, necesariamente, obliga a considerar imposible la circulación de acciones, ya que necesariamente debe constar en el título los datos de la inscripción [art. 45, 2.º, a)].

Esta circulación tampoco se puede admitir sin la inscripción, pues, al ser la acción título expresivo de la cualidad de socio, integrado por una serie de derechos y obligaciones frente a la sociedad, no se puede transmitir esa posición mientras la otra parte, la sociedad, carece de personalidad jurídica.

En armonía con estos argumentos, el proyecto considera como causa de nulidad de la sociedad el no haberse inscrito la escritura de constitución en el Registro Mercantil (art. 32, 1.º), y el artículo 16 del proyecto aplica la doctrina de la necesaria presentación de la escritura de constitución en el Registro Mercantil, precepto que en conexión con el artículo 84 es de aplicación a las operaciones de aumento de capital y, consiguientemente, en los casos de capital autorizado.

— Como punto final, dentro de los requisitos para los aumentos de capital, la exposición de motivos del proyecto «deja bien claro que el capital sólo queda aumentado cuando el acuerdo de la Junta o de los administradores, según los casos, haya sido debidamente ejecutado por el hecho de quedar suscritas todas las acciones», y el párrafo 3.º del artículo 98 del articulado establece que «sólo a partir de la inscripción

de la ejecución de acuerdo de aumento podrá hacerse constar la nueva cifra de capital social en los documentos de la sociedad».

DERECHOS DE LA JUNTA Y DE LOS ACCIONISTAS EN EL CAPITAL AUTORIZADO

La Junta, en el ejercicio de una facultad reconocida legalmente, se desprende de una parte de sus facultades y autoriza a los administradores a aumentar el capital. Estos hacen uso de esa facultad y proceden a aumentarlo respetando necesariamente los requisitos generales de la Ley y los particulares de cada procedimiento de aumento. Por el método a seguir por los administradores, puede que sea necesario el conocimiento o aprobación previo o posterior de la Junta, y es en este momento cuando la Junta puede negar su aprobación cuando el acuerdo de los administradores sea lesivo para los intereses sociales o sea incompatible con las facultades de los administradores, que se han excedido en su ejercicio. También puede la Junta, entendida en el sentido de la sociedad, oponerse al aumento ejercitado por los administradores mediante la convocatoria de una Junta general que obviamente será pedida por los accionistas que estén legitimados para ello.

Las causas para oponerse a los acuerdos de los administradores son o que éste es lesivo para los intereses sociales, por no estar en consonancia con las necesidades de la sociedad, o contrario a los Estatutos, que son la norma constitucional que rige la vida de la sociedad en todo aquello que no sea derecho coactivo, o contrario a la Ley, por no respetar los requisitos generales y los particulares de cada aumento.

Y el procedimiento para impugnar este acuerdo será el que establece el proyecto en el artículo 67 y siguientes. Cuando estamos hablando de impugnación de acuerdos, por los socios o la sociedad, nos referimos al acuerdo de aumento llevado a cabo, ejecutado, por los administradores, no al acuerdo de conceder a éstos la posibilidad de aumentar el capital, sin perjuicio que éste también puede ser anulado cuando sea contrario a las disposiciones legales.

SUPUESTOS EN LOS QUE NO JUEGA ESTE PROCEDIMIENTO

Las características de rapidez y oportunidad en la toma de decisiones que son, en parte, fundamento de la institución del capital autorizado, tienen alguna excepción.

Una de ellas es la regulación de las sociedades de inversión mobi-

liaria de capital variable, reguladas por Ley de 29 de diciembre de 1984, en la cual expresamente se exceptúa de las limitaciones del artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas a la posibilidad de aumentar el capital sin consulta a la Junta general.

ANTONIO CARAPETO

BIBLIOGRAFIA

- GARRIGUES-URÍA: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid, 3.ª edición, 1976 (puesta al día por MANUEL OLIVENCIA y AURELIO MENÉNDEZ).
- CÁMARA ALVAREZ, Manuel de la: *Estudios de Derecho Mercantil* (2 vols.). Madrid, 2.ª edición, 1977.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: «Notas sobre la función económica de aumento de capital con medios propios». *Estudios Jurídicos Garrigues*, vol. III, Madrid, 1971.
- OLAVARRÍA IGLESIAS, J.: «El aumento de capital en las sociedades anónimas por el sistema del capital autorizado», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1983.
- ARROYO, I.: «El capital autorizado», en *Revista de Derecho Mercantil*, octubre-junio 1985.
- BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid, 5.ª edición, 1985.
- VICENT CHULIA, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. Barcelona, 2.ª edición, 1986.
- ALONSO UREBA, A., y otros: *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*. Madrid, 1987.
- ROJO, A.: *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid, 1987.

La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados

I. INTRODUCCION

El problema de la eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados, se presenta con una acusada vertiente práctica, pero, como veremos, cargada de complejos problemas de técnica jurídica, que se concentran, fundamentalmente, a la hora de encontrar una solución homogénea para las distintas clases de arrendamientos.

La cuestión queda centrada en términos de si la ejecución hipotecaria, regulada en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, purga o extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta.

Planteada así la cuestión, el mayor problema se presenta a la hora de buscar una solución uniforme para todos los arrendamientos. Tanto para los sometidos al Código Civil, a la Ley de Arrendamientos Rústicos, como los contemplados en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El tema tiene un elevado interés práctico, tanto cualitativa como cuantitativamente, si pensamos en la utilización de la garantía hipotecaria en todo tipo de obligaciones.

El desenlace de su eficacia se presenta especialmente candente para las entidades crediticias, que acostumbran a garantizar sus créditos con hipoteca inmobiliaria. De declararse la eficacia de los contratos de arrendamiento formalizados por el propietario sobre la finca hipotecada, el acreedor hipotecario se encontraría indefenso frente al desvanecimiento de la garantía que se deriva de esta formalización arrendaticia.

Los acreedores hipotecarios, y de forma especial las entidades de

crédito, a la hora de conceder un préstamo de esta naturaleza, atienden fundamentalmente al valor que en subasta puede alcanzar la finca que se hipoteca. Y qué duda cabe, que uno de los factores que va a incidir en esta valoración, lo constituye su situación arrendaticia. Es evidente que no alcanza el mismo valor una finca sin arrendar que si se encuentra ocupada en arrendamiento. Por consiguiente, debemos preguntarnos si este cambio de situación jurídica resulta legítimo una vez que se ha constituido la hipoteca.

Sobre este particular, hemos de destacar, en primer lugar, que la declaración de su eficacia constituiría una desnaturalización para la propia garantía hipotecaria, impidiendo su función principal que es la realización del valor del bien garante.

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

II. SITUACION JURISPRUDENCIAL

Actualmente, en las últimas resoluciones judiciales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, parece advertirse una solución definitiva y uniforme, para todo tipo de arrendamientos, que se inclina por su extinción con la adjudicación hipotecaria.

Este desenlace, que siempre se ha reconocido legalmente para los arrendamientos sometidos a la legislación común y a la legislación de arrendamientos rústicos, al realizarse la transmisión de la finca en subasta judicial, ha venido a reconocerse igualmente, en los últimos fallos jurisprudenciales y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, para los arrendamientos urbanos constituidos con posterioridad a la hipoteca.

Para la fundamentación legal de estas resoluciones se recurre al texto de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y al artículo 225 de su Reglamento, que regulan el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. En estos preceptos, se ordena cancelar, tras la adjudicación en subasta de la finca hipotecada, los siguientes gravámenes:

la hipoteca que garantizaba el crédito del actor, todas las inscripciones y anotaciones de dominio, de posesión, cargas o derechos reales posteriores a la inscripción de aquélla, incluso las desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros, que, por su rango, deban declararse extinguidos al realizarse el crédito.

Pese a que los artículos citados no hacen mención expresa de la extinción de los arrendamientos, va consolidándose la opinión de que en su aplicación podrán cancelarse igualmente los derechos personales, como los arrendamientos posteriores a la hipoteca.

Esta interpretación comienza estableciéndose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1945 (1), en la que se declaraba la extinción de un contrato de arrendamiento rústico. Posteriormente en aplicación directa de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria para la purga de un arrendamiento de industria sometido a la legislación común, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1945 (2).

(1) Sentencia comentada por FLÓREZ DE QUIÑONES, V., en *RDP* (1945), páginas 531 y sigs., en uno de cuyos considerandos se dispone que: «La hipoteca, derecho real de máxima garantía para la realización del valor de la cosa gravada, efectuada por su titular del pleno dominio, naturalmente pulveriza cuando su efectividad llega cuantas cargas o limitaciones de disposición, uso y disfrute figuren establecidas en el fundo posteriormente a la fecha de aquélla; momento en que fue perfecta y al que han de retrotraerse todos sus efectos. Produce, sin duda, tal destrucción incluyente de cualquier cohibición del goce y la perdurable cesión de éste porque es de esencia sustancial de la calidad de ese característico gravamen, y porque la razón advierte la notoria influencia que en el dicho valor en cambio inmobiliario tienen los condicionados de la facultad de disfrutar que ciertamente merman la garantía constitutiva, y cuando se trate de arrendamiento a largo plazo estipulado después de dicha garantía ocasiona el finiquito de éste. Lo determina registralmente al ser cancelada su inscripción si lo estuviere como derecho real y la causa de su título personal porque la propia hipoteca deshace el derecho del arrendador para acceder en perjuicio de ella facultad dominical que integra parte de lo realizable asegurado. De no entenderse así, el efecto hipotecario sería vacuo, pues para dejarlo inerte bastaría ceder el disfrute por tantos años que prácticamente si se abonaren anticipados —y no en el tiempo ni forma de pago hay legales topes— reducirían poco menos que a la nada el valor de la finca».

(2) Sentencia de 22 de diciembre de 1945 (RAJ 1.305): En esta resolución se decide un supuesto en el que se adjudicaron al acreedor ejecutante unos almacenes, con derecho de agua, destinados a explotación industrial, habiéndose cancelado la inscripción del arrendamiento de los mismos bienes, que había sido concertado con posterioridad a la hipoteca que motivó el referido procedimiento. Partiendo de la base de que las normas especiales sobre arrendamientos rústicos y urbanos no eran extensivas al caso de autos, que contemplaba un arrendamiento de industria, llega a afirmar que el artículo 1.571 del Código Civil «no rige en casos como el de autos de enajenación judicial de la finca hipotecada, caso específicamente regulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, según el cual, verificado el remate o la adjudicación, se decreta de oficio, por imperio de la Ley, la cancelación de las inscripciones o anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, en atención a que ésta actúa a modo de condición resolutoria que se ha cumplido y que determina *de jure* automáticamente la extinción de los derechos del deudor-dueño y de los que de él traigan causa, sin que pueda ofrecer duda que en el concepto de

Posteriormente esta doctrina fue recogida por las Sentencias de 22 de mayo de 1963 (3) y de 31 de octubre de 1986 (4) para declarar la ineficacia de un arrendamiento urbano constituido con posterioridad a la hipoteca.

Finalmente y tras la modificación del artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos mediante Real Decreto 2/1985, de 30 de abril, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987 (5), también se orienta en el sentido de poner término a los arrendamientos tras la ejecución hipotecaria, especialmente los de naturaleza urbana que se concierten después de la entrada en vigor del citado Real Decreto.

A raíz de estas resoluciones se ha originado un movimiento jurisprudencial en las Audiencias Territoriales, bien denegando los recursos planteados por el arrendatario de un inmueble adjudicado (Autos de las Audiencias Territoriales de Cáceres de 22 de enero de 1966 y de Valladolid de 13 de marzo de 1987) o bien declarando la oportunidad de una acción de desahucio por precario o reivindicatoria por parte del adjudicatario.

A esta conclusión, que parece la más clara para evitar el fraude de que puede ser objeto el acreedor hipotecario, hemos querido añadir una fundamentación más consistente que la recogida en los fallos jurisprudenciales y a ello dedicamos el contenido de las próximas líneas.

inscripciones posteriores y susceptibles de cancelación está comprendido el arrendamiento inscrito como limitación de dominio, similar en algún aspecto al derecho real propiamente dicho».

(3) Sentencia de 22 de mayo de 1963 (RAJ 3.587): Con expresa cita de la Sentencia de 22 de diciembre de 1945 establece que habiéndose cancelado la inscripción del arrendamiento, éste deviene ineficaz frente al adjudicatario por razón de su extinción, no considerando en nada impeditivo, para lo razonado, la específica normativa de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

(4) Sentencia de 31 de octubre de 1986 (Ley de 24 de diciembre de 1986), en la que se dispone que «... la misma conclusión cabe deducir de una interpretación lógica de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en relación con la regla 8.ª, en cuanto que los asistentes a la subasta aceptan las cargas y gravámenes anteriores a los del actor, pero no las posteriores, que no se mencionan, y al expresarse por mandato legal, en el auto de adjudicación, que se cancelen todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, de donde se deduce la ineficacia de un mero derecho personal, posterior a la constitución de la hipoteca, como es el arrendamiento de industria o de local de negocio establecido sobre unos locales a favor del recurrente».

(5) Resolución de 19 de noviembre de 1987 (BOE, núm. 308, de 25 de diciembre de 1987) y Resolución de 20 de noviembre de 1987 (BOE, núm. 300, de 16 de diciembre de 1987), que con motivo de resolver sobre la notificación al arrendatario de la venta de la finca arrendada, a los efectos del ejercicio del derecho de tanteo y retracto, siguiendo el criterio establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1986, se decantan por la purga de los arrendamientos que se concierten después de la entrada en vigor del Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985.

III. FUNDAMENTACION DE LA INEFICACIA DE LOS ARRENDAMIENTOS POSTERIORES A LA HIPOTECA

Efectivamente, como destacó GINOT DE LLOBATERAS (6), son muchos los argumentos que pueden utilizarse para cancelar los arrendamientos posteriores a la hipoteca y no solamente la aplicación directa del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Para su exposición, resulta necesario analizar previamente algunas cuestiones. La primera será la determinación de la naturaleza jurídica de la transmisión y adquisición de derechos que se opera con la subasta y remate del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (7).

En las formas o supuestos de transmisión y adquisición de derechos distinguimos la adquisición originaria y la adquisición derivativa.

La adquisición originaria de derechos, como se sabe, se produce con independencia del derecho del titular anterior. No trae causa del titular anterior, naciendo estos derechos vírgenes de anteriores cargas para el nuevo titular. No se produce, por consiguiente, el fenómeno sucesorio de la misma relación jurídica entre el antiguo y el nuevo titular. El adjudicatario sólo sucede al ejecutado en cuanto a la situación jurídica que éste tuviera en la finca en el momento de constituirse la hipoteca. Desde este punto de vista, al consagrar la regla 8.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria la subsistencia de las cargas anteriores y preferentes, no puede atribuirse a la adjudicación en subasta el carácter de adquisición originaria.

Por contra, la adquisición derivativa entraña la modificación del sujeto y la sucesión en el derecho, recibiendo el nuevo titular todas las cargas y limitaciones que tenía el anterior. El derecho del sucesor se apoya en el derecho de su autor, guardando el derecho su identidad pese al cambio de titular.

Dentro de esta adquisición derivativa puede distinguirse la adquisición derivativa traslativa, en la que se transmite o adquiere el mismo derecho del titular anterior (efecto que produce, por ejemplo, la venta voluntaria), de la adquisición derivativa constitutiva en la que el titular transmite parcialmente su derecho, dando origen a un nuevo derecho, derecho derivado o *subderecho*, como es el caso del propietario que cons-

(6) Vid. GINOT DE LLOBATERAS: «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», en *ADC* (1955), págs. 1167 y sigs.

(7) Sobre la naturaleza jurídica de la venta en pública subasta, cfr. FRANCO ARIAS: *El procedimiento de apremio*. Bosch, Barcelona, 1987, págs. 34 y 246. SOLCHAGA LOITEGUI: *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*. Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 178. PRIETO CASTRO: *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Aranzadi, Pamplona, 1982, tomo II, pág. 738.

tituye un arrendamiento o un usufructo en favor de un tercero. En estos dos casos existe sucesión, el derecho del sucesor se apoya en el de su autor y el derecho subjetivo guarda su identidad, no obstante el cambio de titular (VON THUR, ENNERUS-NIPPERDEY) (8). El sucesor sólo tiene derecho si existe el del causante y las limitaciones a que está sujeto el derecho del autor (servidumbre, prenda, término final, condición resolutoria, arrendamientos, usufructo, etc...) se transfieren al derecho del sucesor.

Para que exista sucesión se requiere: a) Un cambio de sujeto; b) una idéntica relación jurídica, y c) un nexo que ligue a los dos sujetos que se sustituyen.

Desde estos presupuestos tampoco puede hablarse de adquisición derivativa en la adjudicación hipotecaria. Puesto que si bien en la misma existe un cambio de sujeto, no se dan los otros dos presupuestos que exige la sucesión derivativa y que se producen con la venta voluntaria. En primer lugar, a tenor de lo dispuesto en la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que cancela la hipoteca que se ejecuta y las inscripciones y derechos posteriores a ella, tampoco puede hablarse de sucesión de derechos ni de adquisición derivativa, puesto que el adjudicatario no adquiere el derecho del ejecutado en la misma situación en que éste lo tenía en el momento de producirse la transmisión, no sucede en una relación jurídica idéntica. El adjudicatario adquiere la situación que el ejecutado tenía en el momento de constituirse la hipoteca.

En cuanto al nexo que liga a ejecutado y adjudicatario tampoco existe a la manera en que existe en la venta voluntaria. La inexistencia de voluntad del ejecutado, su sustitución por el poder del acreedor y la intervención de los órganos jurisdiccionales competentes ha producido ciertas especialidades en la venta forzosa que la alejan de la sucesión derivativa. Fundamentalmente la conclusión que interesa es que el derecho del adjudicatario se apoya no sólo sobre el derecho del vendedor, sino también sobre el derecho del acreedor hipotecario. Se apoya en el derecho del vendedor en cuanto el adjudicatario adquiere el derecho por virtud de pertenecerle a aquél, y se apoya en el derecho del acreedor en cuanto el derecho de éste supone el bloqueo de la actividad jurídica efectiva del ejecutado desde el momento en que fue constituido y en cuanto el impulso que provoca la venta forzosa, proviene, precisamente, de dicho acreedor, canalizado a través del derecho de éste.

Desde este punto de vista la venta judicial que se realiza en el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, presupone

(8) Cfr. VON THUR: *Derecho Civil*. De Palma, Buenos Aires, 1974, II, 1, página 39. ENNERUS-NIPPERDEY: *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona, 1935, I, 2.º, página 19.

una adquisición de derechos *sui generis* que por orden de sus reglas 8.^a y 17.^a y lo dispuesto en el artículo 225 de su Reglamento extingue todos los derechos posteriores a la hipoteca que se ejecuta. Y ello es así porque —como entendía GINOT LLOBATERAS (9)— la consideración que hace la Ley del propietario hipotecante, es la de un titular de un derecho afectado de una causa de posible pérdida, que, en caso de cumplirse determinados supuestos de hecho (como son la falta de pago de la obligación principal y posterior ejecución hipotecaria), lo perderá indefectiblemente, sin que, en los actos jurídicos que otorgue con relación a ese derecho (como sería el caso de un arrendamiento posterior), pueda eliminar la existencia y actuación, en su caso, de esa causa de posible pérdida.

Para comprender la posición jurídica en que se encuentra el propietario hipotecante con relación a su capacidad para transmitir el derecho arrendaticio debemos analizar primero el fenómeno sucesión. Como anteriormente apuntábamos, para que exista sucesión de derechos se requiere: *a)* Un cambio de sujeto; *b)* una idéntica relación jurídica, y *c)* un nexo que ligue a los dos sujetos que se sustituyen. Por tanto, para que exista sucesión entre propietario hipotecante y arrendatario de la finca hipotecada, debe de existir un nexo de causalidad que enlace la salida del primero al subingreso o adquisición en el segundo. En el caso que nos ocupa el nexo de causalidad viene constituido por el negocio jurídico de arrendamiento que celebre el propietario hipotecante. Este negocio jurídico, para que produzca sus efectos, requiere de ciertos presupuestos, entre los que se encuentra la facultad o poder de disposición del transferente.

Si el autor o transferente del derecho carece de la facultad de disposición, los negocios jurídicos que celebre sobre el derecho de que se trate son irrelevantes. Irrelevancia que se produce en una doble dirección: *a)* Respecto al adquirente, hace que no llegue a producirse tal adquisición intentada. No puede transmitirse a otro lo que no se tiene o aquello de lo que no se está permitido disponer, y *b)* respecto de los terceros, los negocios concluidos por el no titular, es decir, los que incidirían en patrimonio ajeno, son irrelevantes, no producen efecto alguno para el titular de este patrimonio, conforme a la regla *res inter alios acta aliis nec nocere nec prodese potest* (arts. 1.257; 1.727, 2.º; 1.259, y 1.847, 2.º, del CC).

Así pues, el sujeto sólo está facultado para disponer dentro de la esfera jurídica de su competencia, por lo que resultan ineficaces todos los actos que excedan de su esfera de competencia e invadan la esfera jurídica ajena.

(9) GINOT DE LLOBATERAS, *loc. cit.*, pág. 1217.

En el supuesto de la sucesión constitutiva (como sería el caso de los arrendamientos constituidos por el propietario) transmitiendo sólo una parte de las facultades que integran el contenido del derecho del propietario, se produce una situación que está destinada a cesar en un tiempo más o menos largo.

Llegado el momento de la extinción del derecho derivado, esta extinción beneficia a los derechos cuyo ejercicio estaba limitado por él. En el caso de los arrendamientos concedidos por el propietario, una vez que se terminan las facultades que el arrendamiento supone, vuelven a formar parte del derecho de propiedad. A este proceso lo vamos a denominar *adquisición constitutiva de retorno* y, como ha señalado VON THUR (10), éste se produce por necesidad jurídica, sin que se requiera un acto de adquisición del titular del derecho constituyente. Este proceso de consolidación del derecho constituyente puede producirse, entre otras circunstancias, por la llegada del plazo que pone término al derecho derivado y también por mandato legal, como ocurre con la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Esta consolidación en el derecho constituyente provoca no sólo la pérdida del derecho derivado, sino también la de todos los que procedan de éste. Este principio se consagra en algunos apartados del artículo 107 de la Ley Hipotecaria; en el artículo 480 del Código Civil, que resuelve los contratos de arrendamiento pactados por el usufructuario cuando se termina el usufructo, salvo el de fincas rústicas, que se considerará subsistente durante el año agrícola; en el artículo 1.520 del mismo texto legal que atribuye al vendedor la facultad de recobrar la cosa vendida, libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador. No obstante se salvan también de este principio general los arriendos que el comprador haya hecho de buena fe, y según la costumbre del lugar en el que radique la finca.

Esta pérdida se produce precisamente por las limitaciones que el titular del derecho derivado tiene sobre su capacidad de disponer respecto al mismo. Si bien es verdad que el titular del derecho derivado puede, durante la subsistencia de este derecho, realizar actos jurídicos con relación al mismo, hay que precisar que estos actos sólo tendrán eficacia en la medida cuantitativa y temporal que su propio derecho le consienta. Como advierte GINOT LLOBATERAS, es un simple corolario del principio de que cada uno sólo puede disponer de su propia esfera jurídica, razón por la cual no puede transmitir a otro más derechos que los que él tenga y no puede invadir la esfera de los terceros. En este

(10) Cfr. VON THUR, *ob. cit.*, pág. 92.

caso el titular del derecho derivado no podrá invadir la esfera jurídica del titular del derecho constituyente.

Producida la extinción del derecho derivado, tiene su actuación la máxima *resolutio jure dantis, resolvitur jus concessum*, con lo que se significa que la extinción del derecho derivado implica la extinción de todos los derechos que, a su vez, sean derivados del derecho limitado y que correspondan a otras personas. Ahora bien, mientras ha subsistido el derecho derivado y el titular de éste lo ha transmitido a un tercero, el negocio jurídico de transmisión produce todos sus efectos y el adquirente es titular del derecho adquirido con el contenido de facultades propio de tal derecho. Sólo en el momento en que ocurre la consolidación se produce para el adquirente del titular derivado la extinción del derecho.

Sin embargo, llama la atención, como hemos visto en los artículos 480 y 1.520 del Código Civil, que el principio de que la consolidación del derecho constituyente provoca la extinción del derecho derivado y la de todos los derechos que de éste procedan, quiebre con referencia al arrendamiento otorgado por el titular del derecho derivado. En estos artículos se permite la continuación del arrendamiento otorgado por el titular del derecho derivado más allá de la extinción del derecho del concedente, imponiéndose por más o menos tiempo, al titular del derecho constituyente.

Para GINOT DE LLOBATERAS, sin embargo, estas excepciones sólo pueden y deben admitirse cuando la Ley, que es la única que puede imponerlas, las establezca de una manera expresa, desde el momento que suponen para un sujeto —el titular del derecho constituyente— la obligación de soportar una situación jurídica que para él es una *res inter alios acta*, o dicho de otro modo, una invasión de su esfera jurídica.

Aplicando la sucesión constitutiva y el proceso de consolidación del derecho constituyente que ha quedado expuesto, a los arrendamientos constituidos por el propietario hipotecante, debemos insistir en el alcance de su facultad de disposición.

Para ello, debemos partir de lo dispuesto en el artículo 1.876 del Código Civil y en el artículo 104 de la Ley Hipotecaria en el sentido de que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.

De estos artículos se deriva la finalidad primordial de la hipoteca que no es otro que la realización del valor que supone el crédito del acreedor sobre la finca hipotecada, reforzando el cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituye. Esta garantía se produce

desde el mismo momento en que la hipoteca se constituye, pues no es otro el significado del adverbio «inmediatamente».

Esta sujeción directa e inmediata sobre los bienes va a incidir de algún modo en las facultades de goce y de disposición del propietario hipotecante.

Para examinar estos efectos la doctrina distingue en el desarrollo del derecho de hipoteca dos fases: uno que se produce siempre, al que se denomina tiempo de seguridad, y otro de posible realización, pero no segura, que se denomina tiempo de satisfacción o pago, cuando el titular de la hipoteca la ejecuta por no haberse cumplido la obligación que la hipoteca asegura. Este tránsito no se produce cuando el acreedor resulta satisfecho de una manera normal, es decir, cuando la obligación asegurada con la hipoteca se paga.

Desde esta perspectiva va haciéndose extensiva la opinión de que la hipoteca constriñe la voluntad del propietario en el período de seguridad, siempre que los actos del propietario perjudiquen al acreedor hipotecario y contraigan la finalidad primordial de la hipoteca, que es asegurar el cumplimiento de la obligación principal, por medio de la realización del valor de la finca hipotecada (COVIELLO, GINOT DE LLOBATERAS, CARNELUTTI, BARASSI, ROCA SASTRE, DISTASO).

De esta finalidad fundamental se impide que el propietario hipotecante pueda querer con eficacia cuando perjudique la seguridad que debe mantener el acreedor hipotecario.

En palabras de GINOT DE LLOBATERAS esta limitación de la facultad de disposición del propietario de la finca hipotecada subsiste durante toda la fase de seguridad de la misma, pero como está dirigida a garantizar el cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituyó la hipoteca, resulta que, en definitiva, la efectividad de la limitación del poder dispositivo viene determinada por el fin en virtud del cual se establece, o sea, que la satisfacción del acreedor tenga que lograrse con cargo al precio de venta de la finca hipotecada, previo el correspondiente procedimiento.

Si el acreedor ve satisfecho su crédito, asegurado con la hipoteca, por otro medio distinto a la ejecución de la finca hipotecada (pago, compensación, etc...) la hipoteca se extingue y la sujeción o limitación de la facultad de disposición es como si no hubiese existido, y todos los actos realizados por el propietario quedan firmes y eficaces. Por el contrario, si no se realiza el cumplimiento de la obligación asegurada y el acreedor ejecuta, es cuando se perciben los efectos de la hipoteca en orden a los actos otorgados por el propietario hipotecante. Estos efectos en orden a limitar la facultad de disposición tienen su raíz en la ineficacia propia de los actos realizados por quien carece de un pleno poder

de disposición. Efectos que no son más que desarrollos parciales de la concepción legal de la hipoteca contenida en los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria.

Como indica GINOT DE LLOBATERAS, en el aspecto activo la hipoteca confiere a su titular un señorío o poder sobre la cosa que se opone a ciertas actividades del propietario y desde el mismo momento de su constitución. En el campo de los actos de disfrute, haciendo jurídicamente ilícitos los actos que provoquen la disminución del valor de la finca. En el campo de la actividad jurídica del propietario hipotecante, se condiciona su facultad de disposición al caso de que por incumplimiento el acreedor ejecute, en cuyo caso serán ineficaces los actos que haya otorgado con relación a la finca, pudiendo instar el acreedor hipotecario en caso de incumplimiento la actuación del órgano judicial competente para obtener la satisfacción del crédito, bien mediante la posesión de la finca, conforme a la regla 6.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, si ha sido pactada, bien mediante la venta judicial o extrajudicial. Ahora bien, esta ineficacia de los actos de disposición jurídica está siempre supeditada a la concurrencia de un supuesto de hecho posterior a la constitución de la hipoteca: el incumplimiento de la obligación asegurada.

La situación, pues, del propietario hipotecante, una vez constituida la hipoteca y durante la fase de seguridad de ésta, es la de un titular que puede ser privado de su derecho en virtud de la transmisión forzosa a que puede conducir el ejercicio de la acción hipotecaria por parte del acreedor. Es lo que GINOT DE LLOBATERAS ha denominado germen patológico que afecta al derecho del propietario hipotecante, consistente en la posibilidad de agresión jurídica por parte del acreedor hipotecario en caso de incumplimiento de la obligación asegurada. Germen patológico que seguirá afectando a los sucesivos adquirentes del derecho de propiedad hipotecada en virtud del fenómeno sucesión en virtud de la cual y del negocio causal que une al propietario hipotecante y al adquirente de su derecho, la identidad de este derecho sigue siendo la misma (*nemo plus iuris trasferre potest quam ipse habet*). Para el acreedor hipotecario el negocio de transmisión entre el propietario hipotecante y el tercer adquirente es una *res inter alios acta*. Motivo por el cual el adquirente del dominio de la finca hipotecada tiene que soportar el ejercicio de la acción hipotecaria, y, como consecuencia, se ve privado del mismo, es decir, lo pierde al dictarse el auto de adjudicación.

Ahora bien, al no ser la hipoteca un derecho que necesariamente haya de pasar al período de satisfacción, sino que está dirigido única y exclusivamente a la satisfacción del derecho del acreedor, si éste es pagado por cualquier medio que no consista en la ejecución y consiguiente

venta de la finca, desaparece la causa que podría producir la pérdida del derecho para el propietario de la finca hipotecada y titulares de derechos reales sobre la misma posteriores a la constitución de la hipoteca, y la adquisición es no sólo eficaz, sino también firme, como la del adquirente de un propietario normal. Pero en el caso de que el titular de la hipoteca no vea satisfecho su interés y la hipoteca haga tránsito al período de satisfacción, el titular de la hipoteca tiene expedito el camino para el pleno desarrollo de su derecho y éste consiste en la posibilidad de provocar la venta de la finca para cobrarse con el precio del remate. Como los adquirentes posteriores del propietario hipotecante han adquirido el derecho sin perjuicio del que corresponde al titular de la hipoteca, ya que todo lo más que han podido lograr ha sido la sustitución en la posición del propietario hipotecante, que para ellos es idéntica en cuanto a posibilidad de actuación del titular de la hipoteca, resulta que pueden ser privados de su derecho para satisfacer al acreedor.

En definitiva, y esta es la conclusión que interesaba alcanzar, los actos de disposición realizados por el propietario de la finca hipotecada durante el tiempo de seguridad de la hipoteca no pueden ser, ni son actos dotados de una eficacia plena y absoluta, sino que son de una eficacia relativa por el hecho de que están destinados a convertirse o bien en actos plenamente eficaces, como si hubieran sido realizados por un propietario normal, o bien en actos que proporcionan al adquirente un derecho que éste perderá en un determinado momento: el de la adjudicación o venta de la finca en el procedimiento correspondiente.

La suerte de los actos de disposición realizados por el propietario hipotecante, es decir, en actos que proporcionan un derecho eficaz, o en actos que proporcionan un derecho que el adquirente ha de perder, viene determinada por un hecho futuro: la satisfacción o no satisfacción del acreedor hipotecario. Si el acreedor es satisfecho, el derecho que ha pasado al adquirente en virtud del negocio jurídico resulta un derecho normal. Si el acreedor no es satisfecho y ejecuta, se produce la pérdida del derecho para los adquirentes posteriores.

No es, pues, exagerado afirmar que el total desarrollo del derecho de hipoteca implica una causa de pérdida del derecho del titular del dominio y de los titulares de derechos limitados posteriores a la hipoteca, pérdida que tiene su fundamento en el poder que mantiene sobre la cosa hipotecada el titular de la hipoteca, que limita en cierta forma los actos de disposición o enajenación del propietario hipotecante y que se impone al derecho de los adquirentes posteriores.

Consecuentemente todos los cambios de titularidad que realice el propietario hipotecante de la finca hipotecada, ya sea del derecho de

propiedad o de derechos más limitados (como el arrendamiento, o el usufructo), han de estar condicionados para su eficacia al cumplimiento de la obligación y satisfacción del acreedor al objeto de que éste no ejecute. De no cumplirse la obligación de pago se puede poner en marcha el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, para terminar vendiendo y adjudicando la finca. Esta venta forzosa produciría la consolidación del derecho derivado que constituye la propiedad hipotecada, en el derecho constituyente que pasaría a constituir la propiedad adjudicada judicialmente, provocando la extinción de aquel derecho derivado y de todos aquellos que del mismo traigan causa, como podría ser el arrendamiento posterior a la hipoteca.

A continuación conviene examinar los efectos que los cambios de titularidad tienen con relación a cada uno de los tipos de arrendamiento que presenta nuestro Ordenamiento. La cuestión que más interés presenta es la de la subsistencia o no del arrendamiento, tras la realización del cambio de titularidad de la finca arrendada. Se trata de una cuestión cuya solución no ha dependido nunca de la naturaleza del derecho de arrendamiento, sino de la protección que las leyes especiales conceden al arrendatario.

IV. INEFICACIA DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO SOMETIDOS A LA LEGISLACION COMUN

Los contratos de arrendamiento sometidos al Derecho común no han planteado problemas a la jurisprudencia, en cuanto a su resolución, tras la adjudicación del bien en procedimiento hipotecario.

Siguiendo los pasos del Código napoleónico, retorna a la idea del Derecho romano clásico establecido en la *Ley Emptorem* que concibiendo el arrendamiento como un derecho personal establecía que el comprador de la finca no estaba obligado a respetar el arrendamiento concertado por el propietario anterior, si no había comprado con esa obligación. Como consecuencia de ello, el arrendador quedaba contractualmente obligado para con el arrendatario a satisfacerle la oportuna indemnización.

Este criterio permaneció en el Derecho intermedio o común, plasmandose en el aforismo *emptio tollit locatum* (venta quita renta). Posteriormente este criterio fue atemperándose al objeto de proteger la continuidad del arrendatario.

En esta línea, en los países latinos, por obra de los glosadores, comenzó a protegerse el arrendamiento en aquellas casas en que se hubiese pactado expresamente un plazo de duración. Asimismo, en opinión de BARTOLO, la finca arrendada debería de quedar vinculada a la respon-

sabilidad de la cantidad que debiera de satisfacer el arrendador al arrendatario, como indemnización de los perjuicios que se derivasen del incumplimiento del contrato arrendaticio, procediéndose a vender la finca en estos casos.

En los países de tradición germana se seguía el criterio opuesto al seguido en el Derecho romano. La compra no quita la renta (*Kauf bricht nicht miete*).

En España, *Las Partidas* continuaron la tradición romana sentando el principio de que venta quita renta, aun cuando el arrendamiento fuese a tiempo cierto, aunque en este caso el arrendador se obligaba frente al arrendatario a *tornarle tanta parte del loquero, quanto tiempo jincaba que debía della aprovechar*. Pese a ello, existían dos supuestos, en los que, aún en el caso de venta, el arrendamiento continuaba: cuando en la compraventa se hubiera impuesto al adquirente el respeto de la locación por todo el tiempo pactado para su duración, y cuando el arrendamiento se hubiere pactado para toda la vida del arrendatario o para siempre en beneficio de él y de sus herederos.

Con la entrada en vigor del Código Civil se vuelve al criterio establecido en la *Ley Emptorem* en los artículos:

- 1549: Con relación a terceros no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad.
- 1571: El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

La registrabilidad de los arrendamientos viene recogida en el artículo 2, quinto, de la Ley Hipotecaria siempre que su duración exceda de seis años, o aquellos en los cuales se hayan anticipado las ventas de tres o más, o cuando, sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiese convenio expreso de las partes para que se inscriban.

De estos artículos se deduce que, salvo en aquellos casos en que entre el vendedor y el comprador se haya pactado lo contrario o en los que se haya procedido a inscribir el arrendamiento, en los demás el comprador puede dar por terminado el arriendo.

Lo que podríamos preguntarnos, en este punto, es si el adjudicatario en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, de una finca sometida a un arrendamiento de los regulados en el Derecho común, está incluido o no en el concepto de comprador a que se refiere el artículo 1.571 citado. La jurisprudencia los ha equiparado, pero tampoco ha argumentado en exceso la equiparación a efectos de la resolución del arrendamiento.

La jurisprudencia siempre ha interpretado que el adquirente de una

finca por título de ejecución hipotecaria, que haya sido objeto de un arrendamiento con posterioridad a la constitución de una hipoteca, si es de las sometidas al Derecho común, puede ejercitar la facultad reconocida en el artículo 1.571 del Código Civil y darlo por terminado. Entendemos que sólo en aquellos casos en que se haya pactado lo contrario entre comprador y vendedor podrá continuar el arriendo, y ello con independencia de que se haya o no inscrito la relación arrendaticia en el Registro de la Propiedad, puesto que en virtud de lo dispuesto en la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, después de la adjudicación, dicha inscripción, caso de existir, se cancelaría (11).

En estos casos el adjudicatario podrá ejercitar la acción de desahucio para hacer desaparecer la relación arrendaticia (12).

Haciendo un juicio crítico de la solución adoptada para los arrendamientos de Derecho común, puede apuntarse que se aparta de los criterios lógicos de la adquisición y sucesión de derechos establecida en nuestro Ordenamiento. En este sentido —como indicaba ENNECERUS-NIPPERDEY al estudiar la sucesión de derechos (13)— el sucesor sólo tiene derecho si existe el del causante. Especialmente en la adquisición derivativa traslativa que constituye la compraventa, que se recoge en el artículo 1.571 del Código Civil, las limitaciones a que está sometido el derecho del autor o titular original del derecho, deberían de transferirse del derecho del auto-vendedor al derecho del sucesor-comprador. Sin embargo, como se deriva de su texto, la solución es la contraria, en virtud del mandato legal que contiene, fundamentado en la *Ley Emptorem* romana, extendida su aplicación al adjudicatario en ejecución hipotecaria.

V. LA INEFICACIA DE LOS ARRENDAMIENTOS RUSTICOS CONSTITUIDOS CON POSTERIORIDAD A LA HIPOTECA

Las contrariedades y complejidad jurídica que entraña la solución de la ineficacia de los arrendamientos en general, constituidos con posterioridad a la hipoteca, quizá pueda explicarse de mejor forma con

(11) En este sentido se han pronunciado las Sentencias de 2 de diciembre de 1939 (RAJ 89 bis): «... anulada la inscripción por la cancelación subsiguiente, el contrato de que aquí se trata quedó como contrato no inscrito, sin efectos contra terceros», y de 22 de mayo de 1963 (RAJ 3.587), que declara que al cancelarse la inscripción del arrendamiento registrado con posterioridad a la hipoteca ejecutante, éste deviene ineficaz frente al adjudicatario de la finca arrendada.

(12) Así se han pronunciado, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1970 (RAJ 1.659), de 17 de octubre de 1958 (RAJ 3.102) y de 22 de noviembre de 1916 (CJT 138N87).

(13) Cfr. ENNECERUS-NIPPERDEY, *ob. cit.*, pág. 25.

relación a los arrendamientos rústicos cuya nueva Ley hace referencia a cada una de las distintas formas de adquisición de derechos.

En la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos, la cuestión que nos ocupa, siguiendo los criterios del Código Civil, parecía regularse en el artículo 74, que establece:

«El adquirente de la finca, aun cuando estuviere amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador.»

Así pues, en caso de transmisión de la finca, el adquirente no podrá rescindir el contrato que esté vigente al tiempo de la transmisión.

Sin embargo, el artículo 74 tan sólo contempla los casos de sucesión derivativa traslativa en los que existe un cambio de sujeto, una idéntica relación jurídica y un nexo que ligue a los dos sujetos, autor y sucesor.

Si hiciésemos la equiparación que realiza la jurisprudencia, al interpretar el artículo 1.571 del Código Civil, entre venta voluntaria y venta judicial, parecería que, en la adjudicación en subasta de una finca rústica arrendada el adjudicatario no podría extinguir el arriendo.

Sin embargo, la transmisión en subasta judicial no puede ser considerada sucesión derivativa traslativa porque sólo se produce en ella el requisito del cambio de sujeto, no se transmite la misma relación jurídica, ni existe un nexo que ligue exclusivamente al propietario hipotecante y al adjudicatario.

La adjudicación de la finca en subasta judicial constituye un supuesto de lo que hemos venido a denominar «adquisición consitutiva de retorno», que provoca no sólo la pérdida del derecho derivado, sino también la de todos los que procedan de éste. Esta pérdida —como veíamos— se produce por necesidad jurídica y derivada de las limitaciones que el titular del derecho derivado (en este caso el propietario hipotecante) tiene sobre su capacidad de disponer respecto al mismo. Si bien el titular del derecho derivado puede, durante la subsistencia de este derecho, realizar actos jurídicos con relación al mismo, estos actos sólo tendrán eficacia en la medida cuantitativa y temporal que su propio derecho le consienta. La condición que afecta al propietario hipotecante es el cumplimiento de la obligación principal al objeto de evitar la ejecución hipotecaria que ponga fin a los derechos derivados constituidos.

Estos supuestos de cambios de titularidad que no implican sucesión vienen regulados en el artículo 78 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que establece:

«La resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada, facultará al que resulta propietario para pedir la resolución del arrenda-

miento, sin perjuicio de las acciones que correspondan a los que concertaron el arrendamiento.»

Este artículo es una derivación del número 13 de la misma Ley de Arrendamientos Rústicos, que dispone:

«Los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y *cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca* se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador, subsistiendo el arrendamiento durante el correspondiente año agrícola; también podrán subsistir durante el tiempo concertado en el contrato, cuando éste excediere de la duración de aquellos derechos, si a su otorgamiento hubiese concurrido el propietario.»

A los efectos que venimos examinando, el derecho del propietario hipotecante habría de situarse en la categoría de «análogo derecho» a que se refiere el precepto.

En estas normas de arrendamientos rústicos se marca perfectamente la diferencia entre la transmisión o cambio de titularidad de la finca arrendada en la que se produce el fenómeno sucesión y los cambios de titularidad producidos por necesidad jurídica, es decir, cuando entre los titulares inmediatos no se produce el fenómeno sucesión jurídica, por extinguirse el derecho derivado del arrendamiento y se consolida en el derecho constituyente. En el primer caso subsiste el contrato de arrendamiento y en el segundo caso se extingue el arrendamiento.

La cuestión ya había sido resuelta en parecidos términos en los artículos 3, 9, 24, 25 y 27 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 y 1942, y así lo interpretó el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de febrero de 1945, que declaró extinguido el arrendamiento rústico fundando el fallo en los siguientes argumentos:

a) La hipoteca, cuando llega su efectividad, destruye cuantas cargas y limitaciones de disposición, uso, goce y disfrute que se constituyan con posterioridad a la misma, incluido el arrendamiento, porque, de no entenderse así, el efecto hipotecario sería vacuo.

b) El remate en la ejecución hipotecaria no es una transmisión sujeta al artículo 27 ó 9, pues viene de acto precedente que no autoriza el derecho a ceder el disfrute y por esto lo deshace y lo resuelve, según prevé el artículo 25. Sería de aplicación el artículo 3 para percibir que los actos del arrendador no pueden tener más trascendencia que los de su propio derecho, y como el de ésta no llegaba a cederlo en oposición o perturbación del otro antecedente, la consecuencia de resolución proviene de su origen.

c) El concepto resolución no viene limitado al usufructo ni a otros supuestos que indiquen la integración en uno de los derechos confluentes o la vuelta a su posición inicial de un derecho transitoriamente osten-

tado, y no hay motivo técnico para dejar fuera del ámbito del artículo 25 al caso de hipoteca anterior que se ejecuta.

VI. INEFICACIA DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS CONSTITUIDOS CON POSTERIORIDAD A LA HIPOTECA

La solución sobre la ineficacia de los arrendamientos posteriores a la hipoteca, que parece alcanzarse con claridad, pero no sin ciertas contradicciones, en el Derecho común y en la Ley especial de Arrendamientos Rústicos, alcanza su máxima complejidad con relación a los arrendamientos urbanos.

La Ley de Arrendamientos Urbanos, apartándose del criterio de la *Ley Emptorem*, establecido en el artículo 1.571 del Código Civil, disponía en su artículo 57:

Cualquiera que sea la fecha de la ocupación de viviendas, con o sin mobiliario, y locales de negocio, llegado el día del vencimiento del plazo pactado, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones. Se aplicará igual norma en los casos de extinción de usufructo, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 114, causa 12.

En este precepto parecían contenidos todos aquellos supuestos en que un tercero sucede al arrendador de una forma u otra. Se incluirían, por tanto, la compraventa voluntaria, la adquisición hereditaria, la donación, la adjudicación en venta judicial, etc... La subsistencia del contrato se produciría tanto en los casos de transmisión (sucesión entre transmitente y adquirente) como en los de cambio de titularidad por necesidad jurídica.

La doctrina jurídica se ha ocupado de este problema, principalmente al extinguirse el usufructo, cuyo titular ha otorgado un contrato de arrendamiento. Desde este punto de vista, si bien se ha observado en nuestra legislación una tendencia a proteger socialmente la continuidad del arrendamiento, en el artículo 114, 12, de la Ley de Arrendamientos Urbanos ya se observa un cambio de criterio al decretar la resolución de los arrendamientos llevado a cabo por el usufructuario en los casos en que el titular dominical pruebe que las condiciones pactadas por el usufructuario anterior sean notoriamente gravosas para la propiedad.

Se recoge en este precepto uno de los casos en que el cambio de titularidad se produce como consecuencia de la extinción por necesidad jurídica del derecho derivado concedente del arrendamiento y subsiguiente consolidación del derecho a favor del constituyente. A ellos se

remite el artículo 57, aplicando iguales efectos en los casos de extinción del usufructo, salvo que las condiciones pactadas por el usufructuario anterior sean notoriamente gravosas para la propiedad (art. 114, 12).

Llegados a este punto, conviene preguntarse si cabe aplicar la misma solución para el derecho derivado en que se convierte la propiedad hipotecada tras la ejecución hipotecada, que no viene expresamente prescrita en la Ley especial.

Para su solución conviene remitirse al artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que «en aquellos casos en que la cuestión debatida, no obstante referirse a las materias que esta Ley regula, no aparezca expresamente prescrita en la misma, los Tribunales aplicarán sus preceptos por analogía».

Por consiguiente, para los casos en que el derecho del arrendador se destruya a consecuencia de la ejecución hipotecaria, la solución ha de encontrarse analógicamente en la propia Ley de Arrendamientos Urbanos y más concretamente el artículo 114, 12, que declararía su extinción en los casos en que las condiciones pactadas por el propietario hipotecante o titular del derecho derivado, resulten notoriamente gravosas para el nuevo propietario o adjudicatario.

Ello resulta lógico si pensamos en que la subsistencia del arrendamiento constituiría una imposición de un acto jurídico realizado por un tercero que ha dispuesto, sin la intervención del titular del derecho constituyente, de la esfera jurídica de este último. No parece lícito imponer gravosamente un contrato a una persona, sin que ésta haya intervenido.

Así se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1988, declarando el principio de derecho natural, promulgado axiomáticamente por la razón, según el cual nadie puede disponer de derechos que no le pertenecen ni adquirir de quien no está facultado para transferirlos (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1943, 14 de noviembre de 1949, 9 de julio de 1951 y 15 de mayo y 24 de junio de 1952), doctrina aplicable igualmente a los arrendamientos urbanos (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1955, 27 de abril y 31 de mayo de 1957; 9 de febrero, 27 de junio y 2 de mayo de 1958; 5 de febrero, 23 de abril, 28 de octubre y 30 de diciembre de 1959, y 19 de abril de 1960) y expresiva de que el contrato de arrendamiento otorgado por el usufructuario queda resuelto de derecho por fallecimiento de éste o cesación del usufructuario.

Tanto en el caso del usufructuario como en el del deudor hipotecario el cambio de titularidad del bien urbano se produce por necesidad jurídica, con ausencia total de voluntariedad por parte del arrendador con derecho limitado. En ninguno de ambos supuestos se hace menester

comportamiento voluntario alguno. El usufructuario va a perder su derecho por el mero transcurso del tiempo o cumplimiento de la obligación y el deudor hipotecario por el incumplimiento de su obligación y posterior ejecución hipotecaria.

Sin embargo, los anteriores criterios jurídicos, en orden a la resolución del arriendo por aplicación analógica de la doctrina para la resolución de los arriendos concertados por el usufructuario no disponen de refrendo jurisprudencial.

Solamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1968 apunta, como un argumento más, a la hora de combatir que la adjudicación hipotecaria no extingue, sin más, el arrendamiento concertado con posterioridad a la constitución de la hipoteca, la aplicación analógica de lo prevenido para el arrendamiento celebrado por el usufructuario.

En apoyo de esta postura se han pronunciado LLOPIS GINER, FUENTES LOJO y ROCA SASTRE.

De ser aceptada la aplicación analógica del artículo 114, 12, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con relación al artículo 57 del mismo texto, podemos entrar a analizar cuándo habrá de entenderse que «las condiciones pactadas fueron notoriamente gravosas para la propiedad». Para ello es preciso examinar la jurisprudencia recaída sobre la resolución de arrendamientos suscritos por el usufructuario. Los criterios vienen a ser del siguiente tenor: «escasa contraprestación económica», «excesiva concesión de libertades al arrendatario», «posibilidad de irrogación de daños al bien arrendado», «autorización de subarriendo ilimitado» o «desequilibrio entre las prestaciones» o «escasez o mezquindad de la renta» (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1964, 17 de octubre de 1964, 18 de diciembre de 1973, 25 de mayo de 1974, y 20 de noviembre de 1977 de la Audiencia Territorial de Valladolid).

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 27 de enero de 1986, plantea igualmente la cuestión de que no parecería irracional, ni abusivo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 219, 2, del Reglamento Hipotecario, que en la escritura de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada, respecto de aquellos arrendamientos posteriores y que por la renta estipulada pudiesen disminuir el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula válida de estabilización o aunque se contenga, cuando la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar el interés legal del dinero y un 50 por 100 más no cubra la responsabilidad total asegurada.

Por consiguiente, el arrendamiento otorgado por el propietario una

vez constituida la hipoteca, ha de extinguirse al producirse la transmisión subsiguiente a la ejecución promovida por el acreedor hipotecario, por las mismas razones que se produce para el arrendamiento otorgado por el titular del usufructo y, en general, por el titular de un derecho derivado. Especialmente cuando las condiciones de esa carga sean especialmente perjudiciales para el nuevo propietario o titular del derecho constituyente (14).

A esta interpretación, en favor de la purga de los arrendamientos posteriores a la hipoteca, se ha sucedido la supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos, que deroga el régimen del artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dispuesta en el artículo 9.º del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica.

A raíz de este precepto quiebra el principio de la protección social a ultranza de los intereses del arrendatario y comienzan a sopesarse los mal deparados intereses del arrendador.

Desde esta perspectiva, en primer lugar, podría incluso considerarse como causa que ocasiona gravosidad para el propietario-adjudicatario la contratación de arrendamientos sometidos a prórroga forzosa sobre los bienes hipotecados.

Finalmente la extinción del arrendamiento puede argumentarse por vía de la aplicación directa de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, de forma que cancelándose la inscripción del arrendamiento, éste deviene ineficaz frente al adjudicatario por razón de su extinción, no considerando en nada impeditivo, para lo razonado, la específica normativa de la Ley de Arrendamientos Urbanos. En este sentido se habían pronunciado las Sentencias de 22 de mayo de 1963 y de 4 de mayo de 1961 y, finalmente, la Sentencia de 31 de octubre de 1986, que declara la extinción del arrendamiento tras la ejecución hipotecaria en una interpretación lógica de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en relación con la regla 8.ª en cuanto que los asistentes a la subasta aceptan las cargas y gravámenes anteriores al del actor, pero no las posteriores, que no se mencionan, y al expresarse por mandato legal en el auto de adjudicación, que se cancelan todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, de donde se deduce la ineficacia de un mero derecho personal, posterior a la constitución

(14) El Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de mayo de 1952, ha declarado que «... el nudo propietario... ni es sucesor en concepto jurídico... del usufructuario ni, por ende, trae causa alguna de que el que le vincule para subrogarse en las obligaciones que aquél contrajo, estando respecto del arrendatario en el caso del principio *res inter alios acta nec nobis prodest nec nocet*...», y que «... la cosa usufrutuada al revertir a la posesión del nudo propietario, terminado el usufructo, no puede volver con otros gravámenes que los que tuviera al constituirse aquél...».

de la hipoteca, como es al arrendamiento de industria o de local de negocio establecido sobre unos locales a favor del recurrente.

En contra de esta interpretación se han manifestado un importante sector doctrinal (15) y jurisprudencial (16), que opta en favor de los

(15) FLÓREZ DE QUIÑONES: «Nota a la Sentencia de 5 de febrero de 1945», en *RDP* (1945), págs. 531 y sigs. RODRÍGUEZ AGUILERA y PERE RALUY: «La prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos», en *RGD* (1961), pág. 633, quien siguiendo a MORO LEDESMA en dictamen publicado en el *ADC* (1956), pág. 1344, afirma que con ocasión de la reforma de 1959 del Reglamento Hipotecario, se pretendió dar algún paso en orden a la tutela de los acreedores hipotecarios, frente a los arrendamientos otorgados por el arrendador en perjuicio de sus acreedores. La reforma, en este aspecto, se limitó, sin embargo, como no podía ser menos (pues ni el Reglamento Hipotecario podía derogar el art. 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ni era procedente tal derogación), a regular la «acción de devastación» en un apartado —21, 2.º, del artículo 219 del Reglamento— que virtualmente no tendrá repercusión en la posición del arrendatario.

(16) En la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1968 se dispone: «Que en el régimen del Código Civil hay que admitir la extinción de todo arrendamiento por resolución de derecho del arrendador, y así, conforme a su artículo 480, el otorgado por el usufructuario queda extinguido al fin del usufructo, y cuando el cambio de propiedad se opera por vía de compraventa, la norma general contenida en el artículo 1.571 es que el comprador de una finca arrendada tiene derecho a dar por terminado el arrendamiento, pero la Ley de Arrendamientos Urbanos no sigue ese sistema, sino el supuesto de subsistencia de la relación arrendaticia, a pesar de los cambios que acontecen en la propiedad o titularidad de la finca objeto del contrato de arrendamiento, sin tener en cuenta si ésta figura o no inscrita en el Registro de la Propiedad, régimen diferente y especial que, sustancialmente, está estatuido en el artículo 57, conforme al cual, llegado el día del vencimiento del plazo pactado, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones sin que el precepto prejuzgue los casos en que tal sucesión se pueda producir, y al referirse a un supuesto típico de resolución del derecho del arrendador, el de la extinción del usufructo, dispone también la subsistencia de la relación arrendaticia, y sólo por excepción admite la resolución del contrato cuando se prueba que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario fueron notoriamente gravosas para la propiedad, todo lo cual está proclamando que la legislación especial de alquiler no es un derecho positivo normal, sino excepcional y de emergencia, cuya finalidad es la de proteger en el grado máximo posible al inquilino o arrendatario y, al efecto, establece como principio fundamental y más importante de todos el de la prórroga forzosa para el arrendador, principio que no puede quedar enervado por la consideración de aquellos otros que son propios del Derecho privado tradicional ni, por tanto, en este caso, por la aplicación de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria; la interpretación contraria conduciría a un resultado diametralmente opuesto al querido por la Ley especial y, por otra parte, la sentencia recurrida no contiene declaración alguna en orden a si el arrendamiento concertado por el hipotecante lo fue en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad, tema éste cuya aplicación, que no se prejuzga, requeriría el decir si en tal caso cabría no aplicar por analogía lo prevenido en el arrendamiento celebrado por el usufructuario, por todo lo cual se ha de concluir que el contrato de arrendamiento de que se trata no se ha extinguido, sino que, por el contrario, *continúa subsistente*, y que, por tanto, el actor y hoy recurrente conserva su condición de inquilino del piso objeto del retracto, sin que a tal conclusión se oponga lo resuelto en las Sentencias de 5 de febrero y 22 de diciembre de 1945, 4 de mayo de 1961 y 22 de mayo de 1963, porque la primera, pronunciada por la Sala de lo Social, se refiere a un arrendamiento de

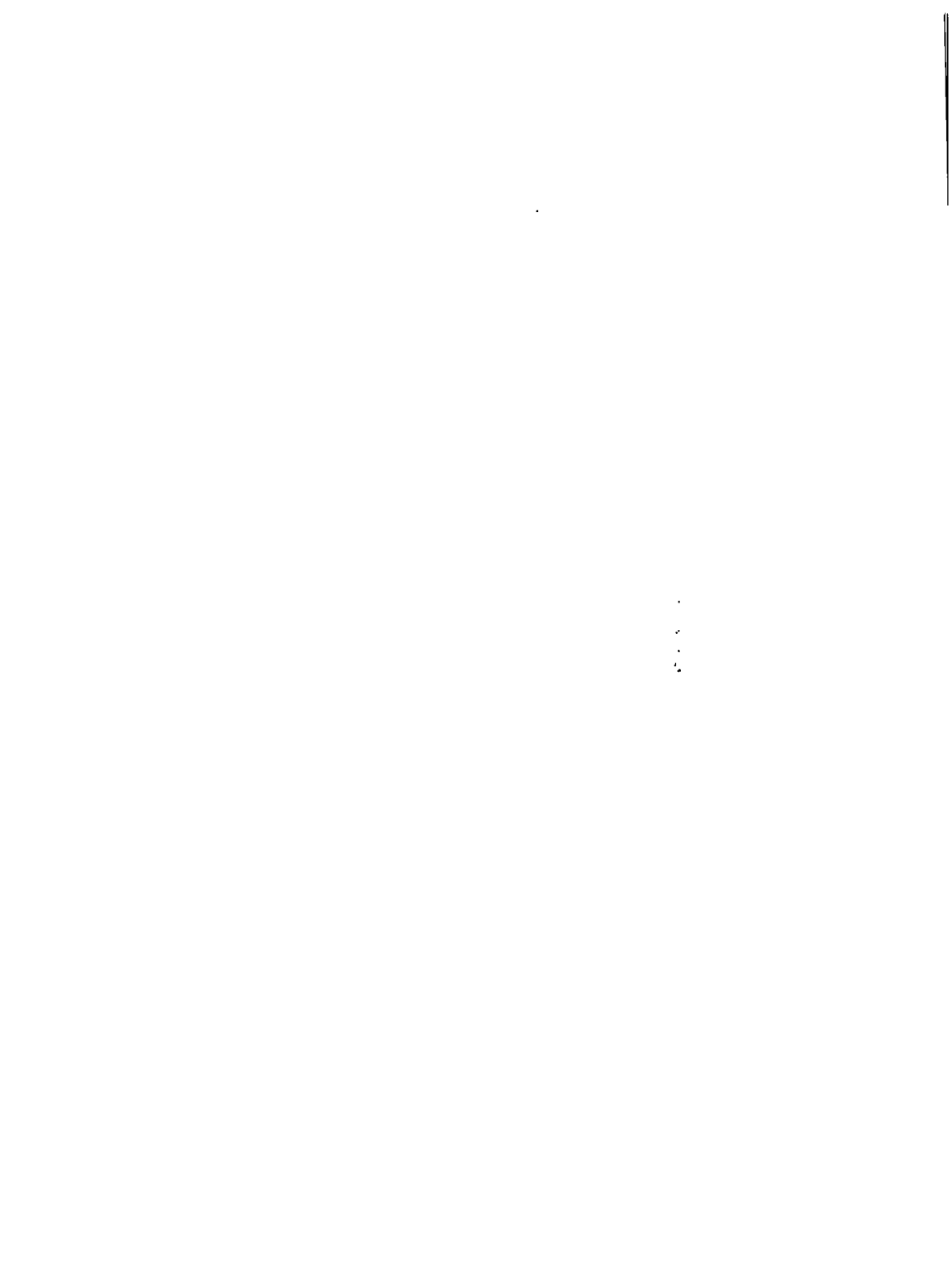
intereses de los arrendatarios frente a la tutela de los derechos de los acreedores hipotecarios, cuya preferencia entre unos y otros se encuentra pendiente de un criterio jurisprudencial más claro y de una modificación futura de nuestra Ley de Arrendamientos Urbanos.

EDUARDO ESTRADA ALONSO
Doctor en Derecho. Abogado

finca rústica regulado por la legislación especial sobre la materia; la segunda se dictó en el caso de un arrendamiento sometido a Derecho común; la tercera no resolvió el fondo de la cuestión planteada, pues se limitó a declarar la inadecuación del procedimiento, y en cuanto a la cuarta y última, porque, en todo caso, una sola sentencia no constituye doctrina legal».

En el mismo sentido, la de 7 de julio de 1975 de la Audiencia de Cáceres (*RGD*, 1976, pág. 1169).

DICTAMENES Y NOTAS



Sociedades Agrarias de Transformación: Su regulación vigente

ANTECEDENTES

Aunque hay otros más lejanos en el asociacionismo rural, el precedente más próximo de las Sociedades Agrarias de Transformación lo tenemos en los llamados Grupos Sindicales de Colonización, que fueron reconocidos por la Ley de Colonización de Interés Local de 1940. Su nacimiento respondió a la necesidad de dar vida a agrupaciones de agricultores que se constituían con finalidades concretas y que fueron objeto de varias reglamentaciones fragmentarias. Entre ellas estuvo una Orden del Ministerio de Agricultura de 1941, aprobando el modelo de reglamento interno, que se caracterizaba por una gran flexibilidad y una menor exigencia de requisitos que las cooperativas. Ello permitió un fácil funcionamiento y trajo consigo una enorme proliferación de estos Grupos, toda vez que, con menos trámites, que el labrador siempre considera engorrosos, gozaban de personalidad jurídica y tenían iguales ventajas fiscales que las cooperativas.

La personalidad de los Grupos se reconoció expresamente por la Ley de Ordenación Rural de 1968 y después la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 vino a confirmar la existencia y legalidad de estas agrupaciones y en todos los Registros de la Propiedad de España hay abundante constancia de su existencia. La figura caló profundamente en la realidad cotidiana de los hombres del campo, los cuales acudían primordialmente a ella para cubrir sus necesidades asociativas.

La formal adscripción de estos Grupos a la Obra Sindical de Colonización hizo que, al desaparecer ésta por virtud de lo dispuesto en la Ley de libertad sindical de 1 de abril de 1977, se produjese un vacío

normativo que era urgente remediar. El Real Decreto-ley 31/1977, de 2 de junio, en su disposición adicional segunda, letra c), facultaba al Gobierno para «la regulación, adaptación y sistematización fiscal de los actuales Grupos Sindicales de Colonización que, con la denominación de Sociedades Agrarias de Transformación, tendrán plena personalidad jurídica».

Basado en esta norma de indudable rango legal, por Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, se aprobó el *Estatuto de las Sociedades Agrarias de Transformación*, que constituye su norma orgánica y que vamos a estudiar a continuación.

CONCEPTO Y NATURALEZA

El Real Decreto de 1981, en su artículo 1.º define a las Sociedades Agrarias de Transformación (SAT) como «sociedades civiles de finalidad económico-social en orden a la producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrarios y la prestación de servicios comunes que sirvan a aquella finalidad».

Se concibe a las SAT como sociedades civiles, sujetas en primer lugar a las normas del Estatuto y subsidiariamente a las civiles comunes referentes al contrato de sociedad. No requieren, como veremos, escritura pública, a no ser que se aporten bienes inmuebles, y tampoco necesita la inscripción en el Registro Mercantil, y estos rasgos confirman su naturaleza de sociedad civil. Es una sociedad de tipo personalista, en la que los socios integran el elemento sustancial. Es prevalente el *intuitus personae* y secundarios los bienes o capital aportados.

Otra característica es la de su finalidad específica, de índole económico-social. Está limitada a la actividad agraria, ganadera o forestal; no puede constituirse una SAT para fines distintos; es una sociedad civil con finalidad estricta y particularmente de ámbito rural. Lo que caracteriza en último término a las SAT es la realización de una empresa o actividad en común que permita a sus socios la obtención de resultados o mejoras en sus actividades o productos exclusivamente agrarios. El artículo 1.º del Real Decreto extiende esa actividad a los servicios, pero éstos han de ser prestados tan sólo en la misma actividad agrícola, ganadera o forestal. Tal requisito esencial es calificado en el acto de su inscripción en el Registro especial que después diremos, donde se analiza esta finalidad de la sociedad, rechazándose su constitución cuando no se da tal finalidad comunitaria de carácter agrario.

Estas sociedades civiles no se adaptan a los llamados principios cooperativos y esto las diferencia claramente de las cooperativas agra-

rias. Su finalidad de cultivo, transformación o servicios rurales podrán coincidir, pero hay otros datos diferenciales que las separan netamente. Se inscriben en Registros administrativos distintos; en las cooperativas los beneficios se reparten en forma de «retornos», en proporción a la actividad o servicio que el socio haya tenido en la cooperativa, con independencia del capital aportado, mientras que las SAT distribuyen pérdidas y ganancias en proporción a las aportaciones, como toda sociedad; varía el número mínimo de socios exigidos en ambas figuras; en las cooperativas cada socio tiene siempre un voto igual a los demás, mientras que en las SAT puede haber voto en relación con la aportación; el sistema de transmisión de participaciones sociales es distinto, pues en las cooperativas puede hacerse entre los socios o por sucesión *mortis causa* y en las SAT, aunque se transmitan, los adquirentes no tendrán la condición de socios hasta que no sean expresamente aceptados, si reúnen las condiciones señaladas en los Estatutos. Un punto importante de diferenciación está en que las cooperativas han de reservar dos fondos de carácter obligatorio: el de educación y obras sociales y otro de reserva obligatoria equivalente al 15 por 100 de los excedentes netos; en la regulación de las SAT no existe ningún fondo obligatorio. Por último, en la liquidación, las cooperativas se reintegran las aportaciones y los fondos de reserva voluntarios, mientras que en el fondo de reserva obligatorio sólo se puede reintegrar en una mitad; la otra mitad es irrepartible, como lo es en su totalidad el fondo de educación y obras sociales; en las SAT se reintegra el haber social totalmente, en proporción a las aportaciones. En definitiva, la cooperativa está sujeta a los principios de cooperación de tinte marcadamente social. Las SAT son sociedades.

El Real Decreto-ley 31/1977, de 2 de junio, que antes hemos citado como norma básica de esta nueva figura que vino a suceder a los llamados hasta entonces Grupos Sindicales de Colonización, reconoció a estas sociedades plena personalidad y lo mismo se confirma en el artículo 1.º, 2, del Real Decreto de 1981, que aprobó su Estatuto. Se les otorga personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de su finalidad desde su inscripción en el Registro General de Sociedades Agrarias de Transformación existente en el Ministerio de Agricultura o en algunas Comunidades Autónomas, como hemos de ver.

El Tribunal Supremo ha reconocido estas características y así en la Sentencia de 22 de septiembre de 1987 se señala que «las SAT y su figura antecedente, los Grupos Sindicales de Colonización, nunca constituyeron meras comunidades de bienes carentes de personalidad jurídica, sino verdaderas asociaciones de agricultores y ganaderos para cumplimiento de los fines comunes de cultivo, producción y desarrollo de

sus tierras y ganados», señalando todas las normas que han presidido el tránsito desde las antiguas agrupaciones incardinadas en una jerarquización sindical hasta las actuales asociaciones de mayor autonomía.

El artículo 3.º del Real Decreto se ocupa de la denominación, domicilio y duración. El nombre es libremente acordado por los socios, sin que pueda coincidir con otro preexistente, seguido de la expresión «Sociedad Agraria de Transformación» o la abreviatura «SAT» y del número que le corresponda en el Registro especial, debiendo expresarse también la clase de la responsabilidad de esta sociedad frente a terceros. El domicilio será en el término municipal donde radique su actividad principal y, en cuanto a la duración, se considerará indefinida, a no ser que se determine otra cosa en el acto constitutivo.

CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN

El Real Decreto de 1981, aprobatorio del Estatuto de las SAT, dejó en nebulosa todo lo referente a los requisitos y procedimiento para la constitución de estas sociedades, limitándose a indicar como normas básicas de esta constitución las disposiciones del mismo Real Decreto (que no existen), y con carácter subsidiario las que resulten de aplicación de las sociedades civiles. Por supuesto, el documento constitutivo idóneo puede y debe ser la escritura pública, la cual además será necesaria cuando se aporten bienes inmuebles a la sociedad, si se desea inscribir la aportación en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria.

El vacío del Real Decreto se ha suplido por la Orden del Ministerio de Agricultura de 14 de septiembre de 1982, cuyo artículo 2.º establece que, en todo caso, la constitución de una SAT se llevará a efecto *por escrito*, formalizándose mediante los siguientes documentos:

a) Acta fundacional, con expresión de fecha, lugar y promotores, objeto y domicilio sociales, cifra del capital social, valor de cada uno de los resguardos en que se divide, número total de éstos, desembolso inicial y plazos ulteriores, duración de la sociedad, primeros cargos rectores y persona facultada para tramitar el expediente de constitución.

b) Relación de socios con nombre y apellidos, número del D.N.I., estado civil, profesión, edad y domicilio, condición o título por el que se asocia o representación debidamente acreditada que, en su caso, ostenta, clase y valor de sus respectivas aportaciones.

c) Estatutos sociales que han de regir la actividad funcional interna de la sociedad.

d) Memoria descriptiva del objeto y actividades sociales a realizar

y de las obras e instalaciones necesarias para ello, datos técnicos y económicos, justificación de la asociación por los beneficios que de ella se derivarán y explotaciones, colectividades o ámbitos agrícolas afectados.

Naturalmente, si se constituye una SAT en escritura, todos estos documentos pueden reunirse en su redacción, bien formando parte de su contexto o como documentación unida que se insertará con las copias que se expidan para su inscripción en los Registros especiales de las SAT o en los de la Propiedad correspondientes.

La inscripción de la SAT en el Registro especial es requisito esencial y constitutivo para que la sociedad nazca y goce de personalidad y capacidad para obrar en el ámbito del cumplimiento de sus fines, según prescribe el artículo 1.º del Estatuto. Este Real Decreto de 1981 se refería al Registro General de SAT del Ministerio de Agricultura y la Orden citada de 14 de septiembre de 1982 lo hacía radicar en el Instituto de Relaciones Agrarias (IRA), Organismo autónomo de este Ministerio, que habría de centralizar el sistema de publicidad de las SAT. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 148 de la Constitución, se han transferido a las Comunidades Autónomas las materias relativas a la agricultura y varias de ellas las han asumido con normativa propia, organizando sus respectivos Registros de SAT. Hasta el momento lo han hecho Cataluña, País Vasco y Galicia y por ello habrá que acudir en estos casos a los distintos Registros regionales, con la misma efectividad que les atribuyen las correspondientes normas autonómicas.

ESTATUTOS SOCIALES

Al igual que toda persona jurídica formada por un número plural de socios, las SAT han de tener unos Estatutos que recojan las normas sociales, pactos y condiciones estipulados por los promotores, donde se fije el fin social y se coordinen los derechos y obligaciones de los socios.

El Real Decreto no determina pautas rígidas en cuanto a su contenido, aunque sí han de recogerse los aspectos fundamentales que diferencian a las SAT de los otros tipos de sociedad. Tanto la finalidad netamente rural como las condiciones específicas que han de reunir los socios han de quedar reflejadas en los Estatutos con total nitidez; una sociedad especial y personalista ha de contener en su norma funcional los criterios de selección de sus socios. Por ello, ha de tener el contenido mínimo que se deduce de lo anterior y que se recoge en el artículo 12 del Real Decreto.

La calificación previa a la inscripción en el Registro especial central o en los autonómicos existentes servirá de control a la Administración

para asegurarse de que los fines sociales y las condiciones personales de los socios se ajustan a las normas vigentes. Por medio de este trámite o acto administrativo se encauza debidamente esta especial corriente asociativa del campo. Cualquier modificación que se realice en el texto de los Estatutos inscritos en los Registros de SAT deberá ser igualmente inscrita y sólo tendrá eficacia desde ese momento.

Junto a los Estatutos propiamente dichos, puede haber un reglamento de régimen interno, que no tiene por qué estar sujeto al trámite de la inscripción en cuanto que sólo recoja determinados aspectos de desenvolvimiento de las normas estatutarias y no tenga repercusión alguna fuera del ámbito interior de la sociedad. Naturalmente, habrá de ser acordado por los socios, constando en el acta su aprobación y contenido y entre ellos tendrá la eficacia interna de pacto social.

Como hemos dicho, el Real Decreto de 3 de agosto de 1981 dedica a esta materia el artículo 12, que sienta el principio de la libertad de los socios para establecer las normas estatutarias que hayan de regir la actividad de la sociedad, pero con sujeción a lo que resulte al ser calificado su contenido por el Instituto de Relaciones Agrarias (u organismos autonómicos competentes que le sustituyan), pudiendo denegarse su inscripción en el Registro especial si el contrato de constitución o el contenido de sus normas incumplen lo dispuesto en el Real Decreto.

Según el número 3 del artículo 12 dicho, el Estatuto social consignará cuantas menciones se estimen necesarias para el normal desenvolvimiento funcional de la SAT, si bien en todo caso, habrá necesariamente de expresar:

- a) Denominación, objeto, domicilio y duración de la SAT.
- b) Cifra del capital social, número de fracciones representadas y materializadas en los respectivos resguardos y valor de cada una de éstas.
- c) Forma de participación de los socios en las actividades sociales, régimen de las reuniones y acuerdos.
- d) Composición y número de miembros de la Junta Rectora, forma concreta de elección de presidente, ya sea por sistema individual o por el de lista o candidatura completa, y períodos de renovación parcial con proporcionalidad de cargos.
- e) Formas y plazos de liquidación por cese como socio.
- f) Efectos de la transmisión de las aportaciones sociales por actos *inter vivos* o *mortis causa*, salvaguardando el derecho de continuidad de los herederos como socios si estos reúnen las condiciones exigidas en los artículos 5.º y 6.º del Real Decreto (ser titular de explotación agraria o trabajador agrícola o persona jurídica con fines agrarios y que cumplan las condiciones de ingreso fijadas).

- g) Normas de disolución y liquidación de la SAT.
- h) Representaciones o quórum requeridos, personales o de capital, para la toma de acuerdos en Asamblea General y expresión concreta de cuáles son éstos según materias.
- i) Facultades del gerente o Consejo de Gerencia, así como, en su caso, de cualesquiera otros órganos previstos en el artículo 10, número 3, con determinación expresa de las facultades que la Junta Rectora pudiera delegarles. También podrán las SAT realizar el nombramiento de Letrado asesor, con las mismas funciones y competencias que para tal cargo establece la Ley 39/1975, de 31 de octubre.
- j) Régimen económico y contable.

Socios

El artículo 5.º del Real Decreto establece que podrán asociarse para promover la constitución de una SAT:

- a) Las personas que ostenten la condición de titular de explotación agraria o trabajador agrícola.
- b) Las personas jurídicas que persigan fines agrarios.

El número mínimo de socios necesario para constituir una SAT será de tres, con la expresa condición, además, de que el número de socios individuales habrá de ser siempre superior al de socios personas jurídicas. Estas últimas, para intervenir como tales socios, deberán otorgar apoderamiento suficiente a fin de facilitar su actuación.

Siendo la finalidad concreta de las SAT de índole exclusivamente agraria, el Real Decreto requiere para ser socio la cualidad de titular de una explotación o ser trabajador agrícola. Creemos que también es titular el propietario de una explotación agraria, de las tierras, bosques o ganados, aunque se dedique a otra profesión, pues el artículo 5.º no exige la actividad directa y personal del aspirante a socio. Con esto se posibilita la constitución de una SAT con personas que son propietarios agrícolas, aunque no sean trabajadores habituales del campo. La idea asociativa sólo pide el interés de sus miembros para complementarse en sus diversos elementos, permitiendo que el trabajo de unos y las aportaciones de los otros se puedan explotar en común, siempre que no haya una dependencia laboral entre ambos elementos, con un estatus de igualdad en la participación empresarial y en la adopción de decisiones.

Por otro lado, el apartado b) faculta para asociarse a «las personas jurídicas, en las que no concurriendo las condiciones expresadas anteriormente, persigan fines agrarios». Con ello viene a aceptarse la tesis

de que quienes se marquen una finalidad agrícola, aunque no sean titulares de una explotación, puedan acceder a la SAT con el solo requisito, en este caso, de constituirse previamente en otra sociedad o persona jurídica de finalidad agraria.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Explotaciones Familiares Agrarias y Agricultores Jóvenes, la Instrucción 3/1984 del Instituto de Relaciones Agrarias amplía la posibilidad de asociarse a estos últimos agricultores, admitiendo que «serán considerados aptos para constituir una SAT quienes, sin reunir la condición de titular de explotación o trabajador agrícola y *no superados los treinta y cinco años*, demuestren poseer una capacitación profesional suficiente para desarrollar una adecuada gestión empresarial o, en su caso, se comprometan a adquirirla». Aunque se trate de favorecer a los trabajadores jóvenes, hay que reconocer que la amplitud e indeterminación de esta norma de carácter interno abre exageradamente las puertas de los Registros administrativos.

En cuanto a la admisión de socios, el artículo 6.º se limita a imponer su regulación como uno de los extremos de consignación necesaria en los Estatutos sociales, pero deja tal regulación, en cuanto a sus normas concretas, al criterio de los promotores o redactores estatutarios.

También deja en libertad a los Estatutos para señalar cuáles sean las causas de la baja y sus efectos, pero habrán de considerarse en todo caso las siguientes:

- a) La transmisión total de la participación social por actos *inter vivos*.
- b) La muerte o incapacidad legal del socio.
- c) La separación voluntaria.
- d) La exclusión forzosa.

En los Estatutos se podrán fijar también otras causas de baja, como, por ejemplo, la disconformidad con futuras obligaciones económicas o sociales, la modificación del objeto social, la fusión o absorción con otras entidades o el desdoblamiento de la propia SAT. La exclusión forzosa, según determina el artículo 6, 3, *in fine*, sólo podrá acordarse en los supuestos expresamente señalados en los Estatutos y por acuerdo de la Asamblea General, siendo necesario el voto de la mayoría absoluta.

En el número 4 de este artículo 6.º se determina que el socio que cause baja continuará siendo responsable frente a la SAT del cumplimiento de las obligaciones contraídas hasta la fecha de esta baja. Aunque no se diga expresamente, entendemos que tal responsabilidad alcanza tanto a las obligaciones de orden interno como las de la sociedad con respecto a terceros; esto no es contrario al criterio de responsabi-

lidad limitada, que es posible, como veremos, sino simple consecuencia de la asunción por el socio de cuantas obligaciones sociales se hayan contraído por la Asamblea o por otros órganos sociales competentes.

Las relaciones internas de los socios serán las fijadas en los Estatutos sociales. El artículo 7.º señala cuáles son sus *derechos y obligaciones*:

Los socios tienen derecho a:

- a) Tomar parte en la Asamblea General y participar con voz y voto en la adopción de sus acuerdos.
- b) Elegir y ser elegido para desempeñar cargos en los órganos de gobierno de la sociedad.
- c) Exigir información sobre la marcha de la sociedad.
- d) Las ganancias o beneficios comunes proporcionales a su participación.
- e) Los derechos reconocidos en los Estatutos o en este Real Decreto.
- f) Impugnar los acuerdos sociales contrarios a las leyes o Estatutos o lesivos para la sociedad.

Los socios están obligados a:

- a) Participar en las actividades de la SAT en los términos previstos en los Estatutos.
- b) Acatar los acuerdos válidamente adoptados por los órganos de gobierno.
- c) Satisfacer puntualmente su cuota de participación en el capital social y las demás obligaciones personales o económicas impuestas por los Estatutos sociales.
- d) Cumplir cuantas obligaciones se deriven de su condición de socio.

RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS SOCIALES

El Real Decreto, en su artículo 1.º, apartado 2, dice que el patrimonio de la SAT es independiente del de sus socios y dispone que de las deudas sociales responderá, en primer lugar, el patrimonio social y, subsidiariamente, los socios de forma mancomunada e ilimitada, salvo que estatutariamente se hubiera pactado su limitación. O sea, que, en principio, se establece la responsabilidad ilimitada de los socios por las deudas sociales, pero a continuación se permite la posibilidad de que en los Estatutos se limite dicha responsabilidad. Queda, por tanto, al criterio de los promotores de una SAT el señalar en los Estatutos que han de regirla los límites de la responsabilidad de los socios compo-

mentos. Como medida precautoria para aquellos que contraten con estas SAT, el artículo 3.º, 2, del Real Decreto exige, junto a la denominación social, la expresión de la clase de responsabilidad de la misma frente a terceros.

En la esfera rural es importante contar con la limitación de la responsabilidad de los socios, ya que la sujeción del patrimonio personal agrario, normalmente modesto, a los avatares de la marcha de la SAT podría suponer una gran rémora capaz de dificultar la creación de estas sociedades. De ahí la permisión a limitar la responsabilidad, que es, además, la norma casi generalmente adoptada en la práctica del campo.

CAPITAL SOCIAL

Estará integrado por las aportaciones realizadas por los socios a la SAT, bien en el acto de constitución o en los plazos posteriores que se dirán. Las aportaciones podrán ser dinerarias o no dinerarias, debiendo fijarse en metálico la valoración de estas últimas; esta valoración no podrá ser superior a la cifra que resulte de aplicar los criterios establecidos en los expedientes fiscales para la comprobación de valores. Así lo establece el artículo 8 del Real Decreto, el cual dice también que no podrá constituirse una SAT que no tenga totalmente suscrito su capital social, debiendo estar desembolsado al menos en un 25 por 100; el resto deberá desembolsarse en un plazo máximo de seis años.

En el número 5 del mismo precepto se señala un doble tope máximo al decir que «el importe total de las aportaciones de un socio al capital social no podrá exceder de la tercera parte del mismo». Y añade que el montante social de las aportaciones de las personas colectivas asociadas no alcanzará en ningún caso el 50 por 100 del capital social.

Las dos limitaciones que anteceden tienen el fin de evitar que un solo socio, y más aún si es persona jurídica, se pueda convertir en hegemónico o mayoritario o pretenda erigirse en socio prácticamente único de la sociedad. Se busca con esta norma el funcionamiento social de modo normal, potenciando la defensa de los intereses comunitarios. De ahí también la precaución del artículo 11, 2, de que en los Estatutos sociales se podrá establecer que «para la adopción de los acuerdos que entrañen obligaciones económicas para los socios, estos dispongan del número de votos que correspondan a la cuantía de su participación en relación con el capital social».

PARTICIPACIONES SOCIALES

Están representadas por resguardos nominativos que no tienen en ningún caso el carácter de títulos-valores ni otorgan la condición de socios, ya que solamente materializan la parte del capital aportada por el socio. Así lo establece de modo terminante el artículo 8 del Real Decreto, que después se limita a señalar que estos resguardos deberán expresar la denominación y número registral de la SAT, la identidad del titular, fecha del acuerdo de la emisión y, por último, el valor nominal, importe desembolsado y, en su caso, cuantía y fechas de los sucesivos desembolsos.

ORGANOS SOCIALES

Establece el Real Decreto de 1981 tres órganos esenciales: la Asamblea General, como órgano supremo de expresión de la voluntad de los socios; la Junta Rectora, que es el órgano de gobierno, representación y administración ordinaria de la SAT, y el presidente, como órgano personal con facultades representativas (art. 10).

La *Asamblea General*, constituida por todos los socios, expresa la voluntad social con el carácter de órgano supremo de decisión. Vemos, pues, que la estructura orgánica de la SAT se adecua a la general de otros tipos de sociedades, contando con un órgano decisor o «legislativo» propio, en el que se deciden los asuntos mediante la adopción de los acuerdos pertinentes que han de programar la marcha de la entidad.

La *Junta Rectora* se compone de un número mínimo de cinco miembros: presidente, secretario y tres vocales. Claro que esto no podría aplicarse a los casos de sociedades de sólo tres asociados, pues entonces no habría Junta, sino Asamblea como único órgano colegiado; así se dispone en el número 2 del artículo 10 de referencia, según el cual, en las SAT cuyo número de socios sea inferior a diez, la Asamblea asumirá las funciones que competen a la Junta Rectora, constituyendo ambas un solo órgano. El número máximo de miembros de la Junta Rectora se fija en doce, los cuales deberán tener en todo caso la condición de socios y su elección corresponde a la Asamblea General.

El *presidente* es el órgano unipersonal que tendrá las facultades que se le otorguen en los Estatutos sociales, entre las cuales el Real Decreto señala como imprescindible la de la representación de la SAT, sin perjuicio de las conferidas a la Junta Rectora.

Los acuerdos de los órganos colegiados, Asamblea y Junta Rectora, salvo disposición contraria de los Estatutos sociales o acuerdo expreso de la Asamblea General, según el artículo 11 del Real Decreto, se adop-

tarán por mayoría simple de los asistentes; en los acuerdos de la Junta Rectora, esta mayoría deberá superar, al menos, la mitad de sus componentes.

Cada socio dispondrá de un voto y en esto hay paridad, en principio, con el régimen de las cooperativas. Pero esa paridad se rompe, y así ocurre en la generalidad de los casos, cuando en el mismo artículo 11 del Real Decreto se permite que en los Estatutos sociales se podrá establecer que para la adopción de acuerdos que entrañen obligaciones económicas para los socios, éstos dispongan del número de votos que corresponda a la cuantía de su participación en relación con el capital social. O sea, que, junto al voto puramente personal, lo normal es que en los Estatutos se adopte el voto proporcional al capital aportado, con lo que la SAT se define abiertamente como sociedad y no como cooperativa.

En caso de empate, el voto del presidente será dirimente en las votaciones de los órganos sociales y una vez adoptados válidamente los acuerdos, los socios quedan sometidos a su cumplimiento, sin perjuicio de su facultad para impugnarlos ante la jurisdicción ordinaria civil; pero sólo pueden impugnar estos acuerdos los socios asistentes a las reuniones que hayan hecho constar en acta su oposición o aquellos que hayan sido privados ilegítimamente de su voto.

DISOLUCIÓN

El artículo 13 del Real Decreto señala varias causas de disolución sensiblemente paralelas a las de toda sociedad en general, tales como el cumplimiento del plazo para el que se habían constituido, la conclusión del objeto social o la imposibilidad de realizarlo, la cesación de actividades por dos años, la alteración sustancial de los caracteres propios que configuran las SAT y las demás que se especifiquen en los Estatutos.

Una norma especial se contiene en la letra *a)* donde se considera causa de disolución de la SAT el acuerdo de la Asamblea General, expresamente convocada al efecto, adoptado en primera convocatoria por los dos tercios de los socios, y en segunda por mayoría simple de éstos, debiendo estar en todo caso representado al menos el 50 por 100 del capital. Se establece, pues, un quórum especial para la disolución de estas sociedades, en defensa de los intereses de sus miembros: el acuerdo es trascendental y no puede quedar al arbitrio indolente de una mayoría no representativa. Se requiere, además, *dos tercios de los socios*; no se habla de votos, sino de socios, lo que para este acuerdo especial hace inservible el voto proporcional, aunque existiese en las normas

estatutarias; aunque se tratase de una cuestión económica como motivadora de la disolución, esta decisión queda excluida, por mandato expreso, de la alternativa del voto proporcional.

LIQUIDACIÓN

Una vez acordada la disolución la SAT, lo mismo que otras sociedades, entra en el período de liquidación que tendrá una duración máxima de un año. La SAT conserva mientras tanto su personalidad, pero deberá añadirse a su nombre y número la frase «en liquidación».

La Asamblea General elige una Comisión Liquidadora integrada por un número impar de socios no superior a cinco, que actuará colegiadamente, plasmando sus acuerdos en el libro de actas de la sociedad. Cuando no fuera posible formar esta Comisión, la formarán los mismos miembros de la Junta Rectora.

En todo supuesto de liquidación, los socios que aportaron bienes inmuebles, salvo expresa renuncia, tendrán derecho preferente a que se les adjudiquen los mismos bienes que aportaron, aunque hayan de compensar en dinero las diferencias de valor. Este precepto salvaguarda el interés, muchas veces personal y afectivo, que tienen los agricultores por recuperar las fincas concretas que aportaron, casi siempre adquiridas a título hereditario y con su carga emocional.

Realizadas las operaciones de liquidación, la Comisión presenta a la Asamblea General el balance final y una vez aprobado se procederá a socilitar la cancelación de la hoja social de la SAT en el Registro especial, lo que se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y en el de la provincia donde radique el domicilio social.

NORMAS FISCALES

Evolución del régimen especial

La llamada «Ley de Exenciones» de 28 de enero de 1906 es la primera disposición que de modo orgánico y directo reconoce un sistema fiscal especial en beneficio de los sindicatos agrícolas, referido precisamente a los impuestos que entonces se llamaban de derechos reales y timbre. Su artículo 6.º declaraba exentos la constitución, modificación, unión o disolución de sindicatos agrícolas, así como los actos y contratos que tuvieran por objeto directo cumplir los fines que se enumeraban en el artículo 1.º que constituían su campo apropiado. Esa enumeración de finalidades agrícolas y sociales, contenida en el artículo 1.º de la Ley, era de tal modo el único fundamento del trato fiscal favorable que en

el último párrafo del repetido artículo 6.º se ordenaba el cese fulminante de las exenciones tributarias para aquellas asociaciones que, aun con apariencia de sindicatos agrícolas, tuviesen fines diferentes a los señalados.

La Ley Sindical de 1941 derogó formalmente a la llamada de exenciones, pero se cuidó, sin embargo, de dejar a salvo expresamente «los beneficios atribuidos a los sindicatos agrícolas por la Ley de 28 de enero de 1906», de los cuales podrán seguir gozando, cosa que siempre ha sido efectiva en la realidad.

La Ley de Cooperativas de 1942, iniciando el trato igual para todas las agrupaciones agrarias, estableció en el artículo 31 que «las sociedades cooperativas seguirán disfrutando de los beneficios de orden fiscal y exenciones de cualquier clase que tuvieren concedidas a la publicación de esta Ley, así como los determinados en la Ley de 28 de enero de 1906 para los sindicatos agrícolas».

La Orden del Ministerio de Hacienda de 27 de enero de 1948, determinando el alcance de las exenciones tributarias *en favor de sindicatos agrícolas y demás instituciones de carácter cooperativo*, así literalmente, reconoció esta equiparación total y sin restricciones.

El Decreto de 9 de abril de 1954 aprobó el Estatuto Fiscal de las Cooperativas, regulando orgánicamente las normas sobre bonificaciones a las figuras asociativas, señalando los requisitos y el alcance de la protección. Por Decreto de 17 de diciembre de 1959 se dispuso que las normas de dicho Estatuto eran plenamente aplicables a los Grupos Sindicales de Colonización.

REGULACIÓN ACTUAL. NORMAS VIGENTES

Tanto el expreso mandato del artículo 230 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 como la publicación subsiguiente de varios textos reguladores de impuestos hicieron necesaria la aparición de una nueva normativa especial. Y por Decreto 888/1969, de 9 de mayo, se aprobó el actual Estatuto Fiscal de las Cooperativas, que introduce algunas modificaciones respecto al anterior en cuanto a las condiciones exigidas para la protección.

Y por Decreto 1515/1970, de 21 de mayo, se declara de aplicación a los Grupos Sindicales de Colonización, *constituidos para los mismos fines que caracterizan a las cooperativas del campo*. los preceptos contenidos en el Decreto 888/1969, *en idénticos términos y límites* (art. 1.º).

Ya hemos visto que el Real Decreto-ley 31/1977, de 2 de junio, confirió al Gobierno la facultad de regular, adaptar y sistematizar fiscalmente las normas antes aplicables a los Grupos Sindicales de Coloniza-

ción, que pasan a llamarse Sociedades Agrarias de Transformación. En ejecución de esta autorización, de rango legal indiscutible, se regulan estas asociaciones; la disposición final del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, establece literalmente: «Las Sociedades Agrarias de Transformación *continuarán* disfrutando de las exenciones fiscales y beneficios de cualquier clase actualmente reconocidos, sin perjuicio de las que, como sociedades de Derecho común, pudieran serles aplicables.»

Con arreglo a estas normas, la paridad fiscal entre cooperativas y SAT es evidente. Así lo ha entendido repetidamente la jurisprudencia del Tribunal Económico-Administrativo Central: Resoluciones de 18 de marzo de 1976, 8 de mayo de 1980 y 22 de junio de 1983, y *especialmente la de 6 de julio de 1988*, dictada en recurso interpuesto por la Dirección General de Tributos para unificar criterios. Igualmente el Tribunal Supremo ha dicho en su Sentencia de 22 de octubre de 1981 que «cualquier interpretación distinta de la igualdad entre Grupos Sindicales y cooperativas del campo, a efectos tributarios, es pretender algo que no puede inducirse ni deducirse de la letra o del espíritu que informa el precepto interpretado». En la de 14 de mayo de 1984 se dice que «en el Grupo solicitante del beneficio fiscal concurren las circunstancias que le hacen asimilable a las cooperativas del campo a los efectos de la obtención de dicho beneficio y, por ende, conforme se establece en el Decreto 1515/1970, de 21 de mayo, le son aplicables los preceptos para aquéllas contenidos en el Decreto 888/1969, sin que en la actualidad en la nueva normativa se haya establecido ningún tipo de innovación respecto al régimen anteriormente vigente en relación con los beneficios fiscales, según se deduce del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, regulador de las Sociedades Agrarias de Transformación, denominación que comprende a los antiguos Grupos Sindicales de Colonización». Y en la más reciente de 27 de abril de 1988 se declara igualmente exenta la adquisición de bienes por una Sociedad Agraria de Transformación, explicándose que no se trata de extender la exención tributaria más allá del supuesto para el que fue concedida —en contra de lo dispuesto en el artículo 24, 1, de la Ley Tributaria—, sino de aplicarla al caso para que se otorgó, aunque ciertamente habiendo cambiado la denominación y, en alguna forma, la naturaleza del sujeto beneficiario de la exención, aunque no la finalidad para que fue concedida; esta sentencia acude a los razonamientos de la de 1984, antes citada, dándolos por reproducidos.

BENEFICIOS FISCALES DE LAS SAT

Aceptada por el Tribunal Supremo la remisión del Decreto de 21 de mayo de 1970 al Estatuto Fiscal de las Cooperativas, entendemos que las SAT gozan de los mismos beneficios, que, puestos en relación con las leyes reguladoras de los distintos impuestos, son los siguientes:

REQUISITOS PARA LA PROTECCIÓN

El Estatuto Fiscal clasifica a estas asociaciones a los efectos fiscales en protegidas y no protegidas. Para obtener la protección deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. *Personales y reales.*—Son estas:

1.º Según el artículo 6.º, que asocien para los fines propios de estas entidades a agricultores y ganaderos, siempre que no exceda de 300.000 pesetas la riqueza imponible por la Contribución Rústica de las fincas o explotaciones agrícolas o ganaderas que cultive o explote cada asociado dentro del contorno geográfico a que se extienda estatutariamente la actividad cooperativa. Excepcionalmente se admitirá la concurrencia de otros asociados cuya riqueza imponible sea superior a la indicada siempre que el número de éstos no sea superior al 5 por 100 del total de socios y además la riqueza imponible correspondiente a los mismos no sume en conjunto más del 25 por 100 del total correspondiente a todos los asociados.

2.º Que no se den las causas de pérdida de los beneficios que se señalan en el artículo 8, tales como que la asociación adquiera materias o productos pertenecientes a personas extrañas para cederlas a terceros, con o sin transformación, así como cuando los productos agrícolas o ganaderos aportados por los socios sean objeto de algún proceso industrial antes de su venta.

2. *Formales.*—El artículo 2 del Estatuto impone a todas las asociaciones, protegidas o no, la obligación de comunicar su constitución a la Delegación de Hacienda de su domicilio en el plazo de tres meses desde su inscripción en el Registro especial, acompañando una copia de sus Estatutos y de su aprobación.

Aunque el disfrute de las exenciones se entiende concedido de pleno derecho, según el artículo 12 y las asociaciones protegidas disfrutan automáticamente de los beneficios fiscales, en los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados corresponde la declaración de las exenciones en cada caso a la Oficina Liquidadora compe-

tente ante la cual se presenten los documentos que contengan los actos en cuestión.

A) *Impuesto de Transmisiones Patrimoniales*

Por el momento, y dada la paridad fiscal del régimen de la SAT con el de las cooperativas, consideramos actos exentos en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, los señalados en el número 12 de la letra B) del artículo 48 de la Ley reguladora, en su Texto Refundido de 30 de diciembre de 1980, o sean:

— En cuanto a operaciones societarias: La constitución, aumento de capital y fusión de las SAT fiscalmente protegidas, con arreglo a su normativa específica.

— Y en cuanto a transmisiones patrimoniales onerosas: La adquisición por estas sociedades de bienes o derechos que tiendan directamente al cumplimiento de sus fines sociales.

Fuera de estos actos habrá sujeción a los tipos normales. Así, en las operaciones societarias no hay exención para la disminución de capital ni para la disolución; en cuanto a la transformación, tampoco, salvo el caso especial que hemos de señalar a seguido.

También quedan fuera de los beneficios fiscales los actos jurídicos documentados que realicen: agrupaciones, segregaciones, divisiones de terrenos y obras nuevas que declaren, quedan sujetas al tipo del 0.50 por 100 en general.

Como disposición especial, quedan exentos del Impuesto, según el número 7 de la disposición adicional tercera de la Ley de Cooperativas de 1987, todos los actos necesarios para la transformación en cooperativas de las SAT.

Por último, digamos que también la Ley de Cooperativas vigente señala en su artículo 148 que en las uniones o cooperativas de segundo grado podrán ser socios las SAT integradas por titulares de explotaciones agrarias o trabajadores agrícolas. Pues bien, aquí también hay una bonificación en cuanto que el Real Decreto 1855/1978, de 29 de junio, basado también en el repetido Real Decreto-ley 31/1977, declara no sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados los actos y contratos realizados por las cooperativas de segundo o ulterior grado para que se constituyan conforme a las normas legales en vigor.

B) *Impuesto de Sociedades*

Se rige actualmente por la Ley de 27 de diciembre de 1978, cuya disposición final tercera deroga todas las normas legales y reglamentarias que hasta entonces habían regulado este impuesto, por lo que debemos entender sin valor lo que disponían los artículos 11 y 14 del Estatuto Fiscal de las Cooperativas. Ahora bien, la Ley de este Impuesto concede un trato especial nuevo a las cooperativas que creemos debe aplicarse a las SAT en virtud del criterio de igualdad dicho. Consiste en la bonificación del 50 por 100 de la cuota que establece el artículo 25, 3.º, a), respecto a la parte de ingresos que correspondan a las explotaciones. El tipo sobre el que habrá de aplicarse esa bonificación parece será el 35 por 100 que es el general para las sociedades.

C) *Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas*

Aunque éste ha sido sustituido por el IVA, puede tener efectividad en Canarias, Ceuta y Melilla y por eso lo estudiamos. El Reglamento que se aprobó por Real Decreto 2609/1981, de 18 de octubre, menciona de modo expreso a las Sociedades Agrarias de Transformación, declarando exentas en el número 9 de su artículo 34 «las ventas, transmisiones, entregas, arrendamientos, ejecuciones de obras y servicios que celebren las cooperativas fiscalmente protegidas entre sí o con sus miembros. Esta exención no alcanza las operaciones celebradas con personas que no sean miembros de las cooperativas, ni tampoco a las importaciones. La exención será aplicable a las operaciones que realicen las Sociedades Agrarias de Transformación fiscalmente protegidas con sus miembros». Esta es la única norma fiscal vigente que contiene una referencia expresa a las SAT, lo que es natural, puesto que las demás eran anteriores a esta denominación, nacida en 1977. Al ser este Reglamento posterior al Real Decreto de 1981, regulador de las SAT, puede ser básico su criterio de equiparar fiscalmente las SAT con las cooperativas y aplicarse a otros impuestos, considerando este reconocimiento como una especie de interpretación auténtica de la legislación anterior que reconocía esta igualdad sin reserva alguna.

D) *Impuesto Industrial*

El artículo 10 del Texto refundido de Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales menciona a las cooperativas fiscalmente protegidas y las entidades que, a efectos tributarios, estén equiparadas a ellas. Esta norma está vigente, pues sólo se derogó por la Ley de 8 de septiembre de 1978 la parte de la cuota por beneficios. Por tanto, sub-

siste la bonificación del 95 por 100 reconocida en el citado artículo 10 para la Licencia Fiscal, sin que tampoco sea trascendente el cambio de naturaleza operado en el tributo, que ha pasado a ser un tributo local.

E) *Impuesto sobre el Valor Añadido*

No hay bonificación ni exención alguna en este Impuesto respecto a cooperativas o agrupaciones agrarias. Sólo que se aplica en los tipos impositivos el más benévolo, o sea, el 6 por 100, por tratarse de productos destinados a la alimentación humana o animal, pero no en consideración a proteger la agricultura de grupo.

F) *Impuestos municipales y provinciales*

El último párrafo del artículo 11 del Estatuto Fiscal, tan citado, hace una referencia general al establecer que «las exenciones y bonificaciones citadas alcanzarán, en su caso, a los recargos provinciales y municipales». De aquí se colige que es lógico que si el Estado concede beneficios fiscales en sus impuestos, el trato favorable se extienda a las participaciones que en cada uno de ellos corresponda a la entidad local correspondiente. El Estatuto no contiene, en cambio, ninguna exención o bonificación respecto a tributos íntegramente municipales o provinciales, cuya importancia puede ser considerable. Ni la Ley de Bases del Régimen Local de 1985 ni la de Haciendas Locales de 1988 contienen en su texto disposiciones sobre el particular, aunque tampoco prohíben a estas Entidades el acordar la concesión de beneficios. En consecuencia, aunque esto no sea frecuente, conviene estudiar las correspondientes ordenanzas fiscales de ámbito local por si existiese algún beneficio aprovechable.

PROBABLE REGULACIÓN FUTURA

Con vistas a un futuro donde se solucione toda esta cuestión, señalemos que la disposición final quinta de la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987 encarga al Gobierno la remisión a las Cortes del Proyecto de Ley sobre régimen fiscal de las cooperativas, que deberá contener las normas precisas para resolver todas las posibles dudas, incluyendo claramente el régimen fiscal de las SAT.

Hay ya en las Cortes un Proyecto de Ley de Régimen Fiscal de las Cooperativas, redactado en 1988 por la Dirección General de Tributos, cuya disposición adicional primera se refiere expresamente a las SAT, a las cuales trata con un criterio excesivamente restringido, reconociéndoles tan solo los siguientes beneficios fiscales:

1. En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, exención total para los actos de constitución y ampliación de capital.

2. En Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales disfrutarán de una bonificación del 95 por 100 de la cuota correspondiente a las actividades que realicen sin que el Estado quede sujeto al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 187, 1, del Texto refundido de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

3. En el Impuesto General sobre Tráfico de Empresas, disfrutarán exención las operaciones sujetas que realicen las SAT con sus socios en Canarias, Ceuta y Melilla. Se exceptúan de esta exención las entregas de bienes inmuebles.

En cuanto al Impuesto de Sociedades no se les concede bonificación alguna y, en consecuencia, las SAT quedarán sometidas al régimen tributario general.

Es de lamentar que en estos proyectos normativos se pretenda olvidar tanto los antecedentes, desde la Ley de Exenciones de 1906 hasta la fecha, la aplicación constante de la normativa vigente, apoyada firmemente por una jurisprudencia uniforme y, sobre todo, las razones evidentes de la finalidad social y económica de la SAT como figura imprescindible para centrar la agricultura de grupo.

¿Cuál, pues, puede ser el motivo? Quizá no ande lejos el intento captatorio que se encierra en la disposición adicional tercera de la nueva Ley General de Cooperativas, donde se declaran exentos todos los actos necesarios para que las SAT se conviertan en cooperativas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) ACUERDOS INTERNACIONALES Y DERECHO COMUNITARIO

1. *Convenio con Hungría en materia penal.*—En el *BOE* del día 12 de enero se publica el Instrumento de ratificación del Convenio sobre ejecución recíproca de resoluciones judiciales en materia penal entre España y Hungría, firmado en Budapest el 28 de septiembre de 1987.

Ambos Estado se comprometen a ejecutar recíprocamente las resoluciones penales dictadas con carácter definitivo por un Tribunal de alguno de los dos Estados en las que se condene a un nacional de otro a una pena o medida privativa de libertad.

2. *Convenio sobre responsabilidad por productos.*—El Instrumento de ratificación de este Convenio sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, se publica en el *BOE* del 25 de enero pasado.

Según el artículo 1.º, el presente Convenio determinará la legislación aplicable a la responsabilidad de los fabricantes y otras personas señaladas en el artículo 3 por los daños causados por un producto, comprendidos los derivados de la descripción inexacta del producto o la falta de indicación adecuada de sus cualidades, características o modo de empleo.

Cuando hubiere sido transferida la propiedad o el disfrute de un producto a la persona que sufra el daño por aquella a quien se imputa la responsabilidad, no se aplicará el Convenio a las relaciones entre las mismas.

El presente Convenio será de aplicación independientemente de la jurisdicción o de la autoridad que haya de conocer del litigio.

En los artículos 3, 4 y 5 se dice lo siguiente:

ARTÍCULO 3

El presente Convenio será aplicable a la responsabilidad de las siguientes personas:

1. fabricantes de productos acabados o de componentes;
2. productores de productos naturales;
3. proveedores de productos;
4. otras personas, comprendidos los reparadores y almacenistas, la cadena comercial de preparación y de distribución de un producto.

También se aplicará el presente Convenio a la responsabilidad de los agentes o empleados de las personas arriba señaladas.

ARTÍCULO 4

La legislación aplicable será el derecho interno del Estado en cuyo territorio se haya producido el daño, en el caso de que dicho Estado sea también:

- a) el Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada, o
- b) el Estado en el que se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o
- c) el Estado en cuyo territorio el producto ha sido adquirido por la persona directamente perjudicada.

ARTÍCULO 5

No obstante las disposiciones del artículo 4, la legislación aplicable será el derecho interno del Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada en el caso de que dicho Estado sea también:

- a) el Estado en el que se encuentra el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o
- b) el Estado en cuyo territorio, hubiese sido adquirido el producto por la persona directamente perjudicada.

3. *Carta Europea de Autonomía Local.*—Ha sido hecha en Estrasburgo y se publica en el *BOE* del día 24 de febrero.

Empieza con un preámbulo ilustrativo de sus finalidades que dice así:

Los Estados miembros del Consejo de Europa, firmantes de la presente Carta, considerando que el objetivo del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus miembros, a fin de salvaguardar y promover los ideales y los principios que son su patrimonio común;

Considerando que uno de los medios para que este fin se realice es la conclusión de acuerdos en el campo administrativo;

Considerando que las Entidades locales son uno de los principales fundamentos de un régimen democrático;

Considerando que el derecho de los ciudadanos a participar en la gestión de los asuntos públicos forma parte de los principios democráticos comunes a todos los Estados miembros del Consejo de Europa;

Convencidos de que en este nivel local este derecho puede ser ejercido más directamente;

Convencidos de que la existencia de Entidades locales investidas de competencias efectivas permite una administración a la vez eficaz y próxima al ciudadano;

Conscientes de que la defensa y el fortalecimiento de la autonomía local en los diferentes países de Europa representan una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización del poder;

Afirmando que esto supone la existencia de Entidades locales dotadas de órganos de decisión democráticamente constituidos que se benefician de una amplia autonomía en cuanto a las competencias, a las modalidades de ejercicio de estas últimas y a los medios necesarios para el cumplimiento de su misión.

De su articulado destacamos los tres siguientes:

Art. 2.º *Fundamento constitucional y legal de la autonomía local.*— El principio de la autonomía local debe estar reconocido en la legislación interna y, en lo posible, en la Constitución.

Art. 3.º *Concepto de la autonomía local.*—1. Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes.

2. Este derecho se ejerce por Asambleas o Consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal y que pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos. Esta disposición no causará perjuicio al recurso a las asambleas de vecinos, al referéndum o a cualquier otra forma de participación directa de los ciudadanos, allí donde esté permitido por la Ley.

Art. 4.º *Alcance de la autonomía local.*—1. Las competencias básicas de las Entidades locales vienen fijadas por la Constitución o por la Ley. Sin embargo, esta disposición no impide la atribución a las Entidades locales de competencias para fines específicos, de conformidad con la Ley.

2. Las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad.

3. El ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía.

4. Las competencias encomendadas a las Entidades locales, deben ser normalmente plenas y complejas. No pueden ser puestas en tela de juicio ni limitadas por otra autoridad central o regional, más que dentro del ámbito de la Ley.

5. En caso de delegación de poderes por una autoridad central o regional, las Entidades locales deben disfrutar en la posible de la libertad de adaptar su ejercicio a las condiciones locales.

6. Las Entidades locales deben ser consultadas, en la medida de lo posible, a su debido tiempo y de forma apropiada, a lo largo de los procesos de planificación y de decisión para todas las cuestiones que les afectan directamente.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Durante los meses de enero y febrero pasados no se ha publicado en el *BOE* ninguna disposición de ámbito nacional que tenga rango legal.

De rango administrativo, destacamos el Real Decreto señalando el salario mínimo interprofesional y las normas de cotización a la Seguridad Social para este año, así como el Real Decreto 122/1989, de 3 de febrero, por el que se acuerdan medidas para la efectividad de la planta judicial.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

1. *Asturias*.—Ley de 31 de diciembre de 1988, publicada en el *Boletín del Principado* del 11 de enero, creando el Consejo Económico y Social, como órgano colegiado de carácter consultivo para las cuestiones sobre estas materias en el ámbito regional.

2. *Canarias*.—Ley de 15 de febrero de 1989, que publica el *Boletín* autonómico el día 17 siguiente, sobre Normas provisionales para carreteras de Canarias.

3. *Cataluña*.—Ley de 16 de febrero de 1989, sobre Centros recreativos turístico en Cataluña, que publica su *Diario Oficial* del día 20 del mismo mes. Tiene por objeto regular estos centros, su instalación en

zonas que se determinan, así como condiciones mínimas, inversiones y servicios que deben reunir.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Ciclos de conferencias en el Colegio de Registradores.*—El día 25 de enero tuvo lugar el acto de clausura del ciclo de conferencias del Centenario de la Ley de Bases del Código Civil, bajo la presidencia del ilustrísimo señor Director General de los Registros y del Notariado, don JOSÉ CÁNDIDO PAZ-ARES RODRÍGUEZ. Como disertación final, el Subdirector General, don ANTONIO PAU PEDRÓN expuso su tema «La evolución de los principios jurídicos hipotecarios», con la profundida y contenido que son normales en este destacado Registrador.

Por otra parte, se ha iniciado un nuevo ciclo de conferencias, a desarrollar también en el Colegio de Registradores en la primera mitad de este año 1989.

Durante los meses de enero y febrero han tenido lugar las siguientes conferencias:

- «Disposiciones Generales del proyecto de reforma de Sociedades de Capital. Fundación de la Sociedad», por don JOAQUÍN LANZAS GALVACHE, Registrador Mercantil (Sevilla). 30-1-89.
- «El depósito de cuentas en el Registro Mercantil», por don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil (Barcelona). 6-2-89.
- «Insuficiencias de la Legislación Mercantil», por don CARLOS GARCÍA RODRÍGUEZ, Registrador Mercantil (Madrid). 13-2-89.
- «Inversiones extranjeras en Sociedades Españolas», por don FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, Notario de Madrid. Vice-Decano del Colegio Notarial. 20-2-89.
- «Aumento y reducciones de capital», por don ENRIQUE PIÑEL LÓPEZ, Abogado del Estado excedente. Asesoría Jurídica de la Asociación de la Banca Privada. 27-2-89.

2. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*—Han continuado las conferencias del segundo ciclo de Conmemoración del Centenario del Código Civil. En los meses de enero y febrero pasado se han desarrollado las siguientes:

- «La filiación en el Código Civil», por el Académico de número excelentísimo señor don MANUEL ALBALADEJO GARCÍA. 9-1-89.
- «Los bienes en el Código Civil», por el Catedrático de Derecho

Civil de la Universidad de Valladolid excelentísimo señor don JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. 23-1-89.

- «El matrimonio en el Código Civil», por el Académico de número excelentísimo señor don AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN. 6-2-89.
- «Las obligaciones en el Código Civil», por el Académico de número excelentísimo señor don LUIS DíEZ PICAZO. 20-2-89.

3. *IV Jornadas Notariales Iberoamericanas.*—Se han celebrado en Acapulco, con asistencia de una nutrida representación española, cuya delegación estaba presidida por el Decano de Baleares, don JOSÉ MANUEL LACRUZ LAGUNERO.

Se presentaron interesantes ponencias. Por parte española fueron las siguientes:

- «Jurisdicción voluntaria y función notarial», por don JOSÉ MANUEL LACRUZ LAGUNERO.
- «Posición jurídica de los profesionales, maestros, juristas y notarios hacia la contratación equilibrada y justa», por don MANUEL BURDIEL HERNÁNDEZ.
- Y «Problemas de representación en el Derecho internacional privado», por don JOSÉ VICENTE MARTÍNEZ BORSO.

4. *Curso de Urbanismo.*—Organizado por la Escuela Libre de Derecho y Economía, se ha celebrado en los días 6 al 10 de febrero un curso de especialización sobre la ejecución de los planes por el sistema de compensación, bajo la dirección de don FRANCISCO PERALES MADUEÑO. Han sido profesores don PEDRO SANZ BOIXREU, don ANTONIO ARMENGOT DE PEDRO, don LUIS FELIPE ARREGUI LUCEA y el Registrador don JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ.

5. *Homenajes a don Juan Vallet de Goytisolo.*—Este distinguido miembro de nuestro Consejo de Redacción fue objeto de homenaje en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en su sesión del día 6 de febrero, con motivo de haber cumplido sus veinticinco años de vida académica.

Igualmente ha sido homenajeado en un acto celebrado el día 24 del mismo mes en la Academia Matritense del Notariado, con motivo de ofrecerle el primer ejemplar del libro editado en su honor por el Colegio Notarial de Madrid.

Nos sumamos a estos homenajes que nos honran.

6. *El Código Civil en el Valle del Nalón.*—Conmemorando el centenario de la publicación del Código Civil, una Comisión de juristas del Valle del Nalón ha organizado un interesante ciclo de conferencias que

se desarrollan en Sama de Langreo, a cargo de destacados profesionales.

Ya ha expuesto su trabajo sobre «CASTÁN y el Código Civil» el Registrador de San Sebastián y Director del Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores don JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ.

Entre otras, están previstas conferencias sobre «Nombres asturianos en la codificación civil», por don PLÁCIDO PRADA ALVAREZ-BUILLA, Registrador de Pola de Laviana, y «Capitalismo, burguesía y codificación civil», por don GERMÁN GALLEGRO DEL CAMPO, Registrador de Pola de Siero.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Única. *Sentencia de 9 de febrero de 1989.*—IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.—Es inconstitucional la imposición conjunta de los ingresos de los cónyuges, debiendo considerarse nulos los preceptos que la ordenan.—Pleno del Tribunal.—Ponente: D. Francisco Rubio Llorente (suplemento del *BOE* del día 2 de marzo).

Antecedentes.—1. El Pleno del Tribunal Constitucional dictó, en el recurso de amparo 752/1985, Sentencia 209/1988, de 10 de noviembre, concediendo el amparo solicitado frente a la Sentencia de la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona de 19 de junio de 1985. En la parte dispositiva de la sentencia dictada en el recurso de amparo se decidió lo siguiente:

«1.º Anular la Sentencia número 495 de la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona, dictada el 19 de junio de 1985, en cuanto confirma la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Tarragona de 28 de octubre de 1983, que desestimando la reclamación deducida por el recurrente contra la Inspección Provincial de Hacienda de 25 de mayo del mismo año, estimó correcta la imposición por la Inspección al recurrente y a su cónyuge de la acumulación de sus rentas en la declaración correspondiente al ejercicio de 1980.

«2.º Reconocer al recurrente el derecho a no ser discriminado fiscalmente por el hecho de haber contraído matrimonio y a hacer por separado su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del ejercicio 1980.

«3.º Someter al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad relativa a los artículos 4.2, 5.1 (regla primera), 7.3, 23 (en relación con el 24.7), 31.2 y 34.3 y 6 de la Ley 44/1978, teniendo en cuenta la reforma operada por la Ley 48/1985, con referencia a los artículos 14, 18, 31 y 39 de la Constitución.»

2. Mediante Providencia del día 22 de noviembre, acordó el Pleno del Tribunal tener por formadas las actuaciones para sustanciar la cuestión de inconstitucionalidad relativa a los artículos 4.2, 5.1 (regla primera), 7.3, 23 (en relación con el 24.7), 31.2 y 34.3 y 6 de la Ley 44/1978, teniendo

en cuenta la reforma operada por la Ley 48/1985, relativa al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con referencia a los artículos 14, 18, 31 y 39 de la Constitución. Se acordó, asimismo, dar traslado de las actuaciones que se han formado procediendo la cuestión, conforme establece el artículo 37.2 de la LOTC; al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Se dispuso, por último, la publicación de la incoación de la cuestión en el *Boletín Oficial del Estado* para general conocimiento.

Fallo.—El Tribunal Constitucional, en Pleno, ha dedecido declarar:

1.º La inconstitucionalidad y nulidad, con los efectos que se indican en el fundamento undécimo, de los artículos 7, apartado tercero; 31, apartado segundo, y 34, apartados tercero y sexto, de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre.

2.º La inconstitucionalidad del artículo 4.2 de la citada Ley, en cuanto que no prevé para los miembros de la unidad familiar, ni directamente ni por remisión, posibilidad alguna de sujeción separada.

3.º La inconstitucionalidad del artículo 24, apartado b), de la misma Ley, en la redacción anterior a la Ley 37/1988, en cuanto que no incluye entre los períodos impositivos inferiores a un año, el correspondiente a los matrimonios contraídos en el curso del mismo.

La sentencia se razona ampliamente en los siguientes,

Fundamentos jurídicos.—1. La cuestión que, en uso de lo dispuesto en el artículo 55.2 de nuestra Ley Orgánica, se plantea en la STC 209/1988 versa sobre dos distintos conjuntos de preceptos de la Ley 44/1978. De una parte, la duda de constitucionalidad se plantea en relación con el sistema que resulta de la conexión entre los artículos 4.2, 5.1 (regla primera), 7.3, 31.2 y 34.3 y 6 de la indicada Ley, en su relación con otros preceptos de la misma, que fueron reformados primero por la Ley 48/1985, y más tarde por otras disposiciones, entre las que se ha de señalar, especialmente, la Ley 33/1987 (art. 91), la Ley 37/1988 (art. 85) y el reciente Real Decreto-ley 6/1988. En segundo lugar, la cuestión tiene por objeto el conjunto integrado por los artículos 23 y 24.7 de la Ley 44/1978, el segundo de los cuales modificado por Ley 48/1985, que suprimió el apartado 7, cuestionado, y llevó su contenido al apartado 1, b), del mismo artículo, ha sufrido una nueva y sustancial alteración por obra de la Ley 37/1988 (art. 83), que adiciona a ese apartado un nuevo párrafo c).

Como las dudas sobre la constitucionalidad no surgen de la consideración aislada de cada uno de los artículos mencionados, sino en razón del sistema que su conexión genera y del que forman parte, además, otros preceptos no cuestionados de la misma Ley, es indispensable comenzar por precisar con exactitud el objeto de la cuestión antes de entrar a analizar las razones que permitan decidir sobre su adecuación o inadecuación a las normas constitucionales que en nuestra sentencia se indicaban.

2. El primero de los conjuntos cuestionados arranca del apartado segundo del artículo 4, que en su apartado 1.º define los sujetos pasivos del impuesto. Es este apartado segundo el que sienta el principio basilar de

que cuando las personas definidas como sujetos pasivos estén integradas en una unidad familiar, «todos los componentes de ésta quedarán conjunta y solidariamente sometidos al impuesto como sujetos pasivos». No se pretende convertir con ello a la unidad familiar en sujeto pasivo del impuesto (como tal figuraba en el proyecto gubernamental, expresamente modificado en este extremo por las Cortes), pero sí en una determinación decisiva del régimen al que han de quedar sometidos quienes la integran.

De las modalidades de la unidad familiar sólo interesa a nuestro objeto la definida en la regla primera del artículo 5.1, esto es, «la integrada por los cónyuges y, si los hubiere, por los hijos menores. ., con excepción de los que, con consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos». Hechos determinantes son la existencia de unión conyugal y, en el caso de que haya hijos menores, la dependencia de éstos respecto de los padres. No se integran en la unidad los hijos mayores de edad, sean perceptores o no de rentas propias, aunque convivan con los padres, y no es en rigor necesario, no ya que los cónyuges vivan juntos, sino ni siquiera que tengan ambos su residencia en territorio español, pues el artículo 6.3 precisa que se considerará que la unidad familiar es residente en territorio español, determinando así la existencia de una obligación personal de todos sus miembros, «siempre que en él resida cualquiera de los cónyuges».

A efectos de la determinación de la base imponible y no obstante la aparente pluralidad de sujetos pasivos, el artículo 7.3 ordena la acumulación de todos los rendimientos e incrementos de patrimonio de todos los miembros de la unidad familiar, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio. Esta acumulación da lugar a una declaración única, que ambos cónyuges están obligados a suscribir (art. 34.3), siendo ambos (así como los hijos menores no independizados, si los hubiere) solidariamente responsables del pago de la cuota resultante (art. 31.2), así como de las sanciones que procedan por las infracciones previstas en los artículos 77 a 82 de la Ley General Tributaria (art. 34.6).

El incremento de la carga tributaria que, dada la naturaleza progresiva del impuesto, resulta inevitablemente de la acumulación de rentas, es paliado a través de un sistema de deducciones que ha sufrido avatares sucesivos, reflejo, sin duda, del deseo del legislador de aproximar la regulación del impuesto a los imperativos constitucionales.

Inicialmente, en la redacción originaria de la Ley 44/1978, el sistema estaba integrado, en lo que aquí importa y excluidas las deducciones que no se aplicaban en exclusiva a este tipo de unidades familiares, por las siguientes:

Por razón de matrimonio (8.500 pesetas).

Incremento de la deducción general, resultado de multiplicar la cifra establecida por ésta por el coeficiente que resulte de multiplicar por 1,3 el número de miembros de la unidad familiar cuando varios de ellos obtengan rendimientos por trabajo o por el ejercicio de actividades empresariales, profesionales o artísticas en cuantía superior a las 75.000 pesetas anuales.

Se trata, como se ve, en todo caso, de deducciones fijas que no guardan relación alguna con la base imponible y que, por consiguiente, no corrigen en absoluto o sólo muy débilmente, para rentas muy bajas, las consecuencias derivadas del incremento de la progresividad que resulta de la acumulación.

La rigidez del sistema se reduce merced a la reforma introducida por la Ley 48/1985 en el artículo 29 de la Ley 44/1978, reforma que, entre otras finalidades, persigue explícitamente la de dulcificar el riguroso tratamiento que para determinadas unidades familiares se sigue de la acumulación de rentas. A tal fin incrementa la cuantía de la deducción general y del coeficiente por el que ésta ha de multiplicarse cuando sean más de uno los miembros de la unidad familiar perceptores de rentas de trabajo o de actividades empresariales, profesionales o artísticas; incorpora una deducción variable aplicable sólo en el mismo supuesto anterior (inicialmente, sin embargo, sólo a rentas procedentes del trabajo personal dependiente) y cuyo valor se determina según una fórmula polinómica que toma en cuenta la magnitud de la base imponible y la relación existente entre la mayor y la segunda de las rentas tomadas en consideración.

Este valor tiene, sin embargo, un límite máximo (315.000 pesetas en la Ley 21/1986, de Presupuestos para 1987), de manera que, a partir de ciertos niveles de renta, la corrección del incremento de progresividad resultante de la acumulación cesa de actuar.

El sistema actual, recogiendo el cambio introducido por la Ley de Presupuestos para 1988, mantiene la incompatibilidad entre la deducción variable y la aplicación de las deducciones fijas, así como la supresión de la deducción general, pero tanto la Ley 37/1988 como el Real Decreto-ley 6/1988 elevan de manera significativa el límite máximo de la deducción variable, cuya cuantía se determina en la última de las citadas disposiciones mediante unas tablas de doble entrada que hacen jugar, sin embargo, las mismas magnitudes que la fórmula polinómica relacionada.

Como es evidente, el sistema no prevé correctivo alguno para el incremento resultante de la acumulación cuando las rentas acumuladas tienen un origen distinto del señalado y de hecho no articula más técnica correctora que la de la deducción variable, cuya eficacia es sensible sólo en los niveles inferiores al citado máximo, a partir del cual el incremento de la progresividad no es ya objeto de paliativo alguno.

3 El segundo conjunto de preceptos cuestionados [23 y 24, 1, b)], en su interpretación literal, imponían la sujeción continua con acumulación de rentas a todas las personas que constituyesen matrimonio en la fecha de devengo del impuesto (31 de diciembre), fuese cual fuese el momento en el que lo hubiesen contraído, en tanto que autorizaban la declaración individual de quienes para esa fecha no formasen parte de una unidad familiar, aunque hubiesen estado integrados en una unidad de este género que se hubiese disuelto en el transcurso del año precedente y en el bien entendido de que la declaración individual quedaba referida exclusivamente al tiempo que mediase entre la disolución y la fecha del devengo.

La diferencia de trato que de este sistema resultaba entre los integrantes de matrimonios disueltos y celebrados en el curso del año ha sido eliminada recientemente por la Ley 37/1988, de Presupuestos para 1989, cuyo artículo 83 ha añadido un nuevo párrafo c) al apartado primero del artículo 24 de la Ley 44/1978. Como es obvio, esta modificación sustancial, que al eliminar la omisión del supuesto subsana el vicio de inconstitucionalidad que en la redacción anterior creíamos advertir, no nos dispensa de pronunciarnos sobre la constitucionalidad de los preceptos cuestionados, que en virtud de la regla *tempus regit actum* pueden ser aún aplicados en actuaciones administrativas o judiciales en curso.

4. Precisado lo anterior y antes de entrar en el análisis de los pre-

ceptos cuestionados teniendo siempre presente, claro está, la conexión que entre ellos media, parece conveniente hacer también algunas consideraciones generales sobre el conjunto de normas constitucionales que nuestra STC 209/1988 mencionaba, en cuanto que también entre algunas de ellas median conexiones específicas, sean con otras de las mencionadas, sea con otros preceptos constitucionales no incluidos en la enumeración, además de la relación de sistema existente entre todas las que integran nuestra Constitución y de la que deriva la obligación primordial del intérprete de llevar a cabo su tarea desde la perspectiva de la totalidad.

Entre las mencionadas conexiones son dos, sobre todo, las que conviene subrayar. De una parte, la que media entre los artículos 14 y 31; de la otra, la existente entre los artículos 39 y 32.

La relación entre el principio general de igualdad consagrado por el artículo 14 CE y los principios rectores del sistema fiscal, que se especifican en el artículo 31 CE, está, por así decir, explícitamente incorporada a este último precepto, que menciona también, entre dichos principios, el de igualdad. Es evidente que ésta se predica, como no podía ser de otro modo, de la situación ante la Ley Reguladora del Impuesto de todos los sujetos del mismo y que carece de sentido referirla a la situación de las unidades tributarias que, como tales, no son titulares de derechos u obligaciones de clase alguna. Pero dejando de lado, por el momento, esta evidencia, lo que interesa poner de relieve ahora, para evitar después reiteraciones fatigosas, es que como la carga tributaria a que cada sujeto ha de hacer frente es función de su capacidad económica, la definición de ésta y el método para determinarla han de ser establecidos mediante normas que efectivamente den a todos los sujetos un trato igual y no introduzcan entre ellos diferencias resultantes de su propia condición personal, o de las relaciones que existen entre ellos y otras personas cuando ni aquella condición ni estas relaciones son elementos determinantes del impuesto en cuestión. Añadir, para concluir, que la igualdad es perfectamente compatible con la progresividad del impuesto y que sólo exige que el grado de progresividad se determine en función de la base imponible y no en razón del sujeto es una precisión que, por su obviedad misma, apenas resulta necesaria.

En lo que toca a la segunda de las mencionadas conexiones hay que reconocer, en primer término, que la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el capítulo III del título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. No cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género (cf., por ejemplo, nuestra STC 155/1987), ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida. La necesidad de actuar siempre *toto systemate perspecto*, que el Abogado del Estado preconiza en el punto I, 2, de sus alegaciones y que llevada a su extremo privaría en gran parte, si no en todo, de fuerza al mandato constitucional, entendida en sus justos términos, no puede ser óbice para que se examine desde la

perspectiva de éste una norma o un conjunto de normas que por sí solas determinan, en aspectos importantes, el régimen jurídico de la entidad protegida.

Esta es, en el apartado primero del artículo 39 CE, la familia, una institución cuya trascendencia social no necesita ponderación y cuya definición exacta desde el punto de vista constitucional no es problema que ahora deba ocuparnos. Sea cual fuere, en efecto, el concepto constitucionalmente adecuado de familia, no es discutible que tal concepto incluya, sin duda, la familia que se origina en el matrimonio, que es, en todo caso, la que especialmente toman en consideración tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas en 1948 (art. 16, 1), como los Tratados sobre Derechos Fundamentales suscritos por España (así, el Convenio de Roma —artículo 12—, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —artículo 23— y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —artículo 10, 1—). El régimen del matrimonio está deferido por la Constitución (artículo 32) a la Ley, con la importante precisión de que ésta ha de asegurar en todo caso la plena igualdad jurídica de los cónyuges; un mandato éste del que se deduce naturalmente la necesidad de que el legislador, teniendo siempre en cuenta la realidad objeto de regulación, no condicione o determine la situación de los cónyuges de manera que ésta no sea efectivamente igual en el ejercicio de los derechos, por ejemplo, y por la inmediata relación que guarda con el tema que ahora nos ocupa, en el ejercicio del derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio.

Concluidas estas consideraciones generales pasamos ya al análisis de cada uno de los preceptos cuestionados.

5. El primero de ellos, enunciado en el apartado segundo del artículo 4 de la Ley 44/1978, es el que determina que todos los miembros de la unidad familiar quedarán conjunta y solidariamente sujetos al impuesto como sujetos pasivos.

En razón de la remisión que el mencionado precepto hace a otros de la misma Ley (los aquí cuestionados), en los que se definen las distintas modalidades de la unidad familiar y se determina su régimen tributario, el Abogado del Estado afirma en sus alegaciones que su posible inconstitucionalidad sólo podrá venir o de que se considerase en todo caso inconstitucionalmente ilegítima la existencia de un régimen tributario específico para las personas que se integren en unidades de convivencia estable o porque se entendiese que el adjetivo «familiar» impide extender a todas ellas el régimen a que se sujeta a los cónyuges. Sostiene que la primera razón ha quedado desechada por la sentencia de donde surge la presente cuestión y aduce que la segunda desaparece si se entiende análogicamente que el régimen de la unidad familiar es también aplicable a otras unidades convivenciales no basadas en el matrimonio.

Prescindiendo ahora de toda consideración sobre ese efecto limitativo que el adjetivo «familiar» puede tener en relación con la posibilidad de aplicar análogicamente el concepto a otras unidades de convivencia, que es cuestión sobre la que más tarde hemos de volver, el argumento del Abogado del Estado no puede ser aceptado sin algunas puntualizaciones previas.

La primera de ellas es la de que, en contra de lo que de la lectura de las mencionadas alegaciones se deduce, nuestra STC 209/1988 no afirmó que el principio de la sujeción conjunta y solidaria de los cónyuges (y

sus hijos menores) al impuesto fuera constitucionalmente incuestionable. Nos limitamos a afirmar, como hipótesis, que en sí mismo puede no ser arbitrario, esto es, creador de una diferencia irrazonable porque en aquel recurso de amparo, cuyo objeto no era, ni podía ser, el examen de constitucionalidad de las normas en abstracto, nuestro juicio no se vertía sobre ese principio de organización del impuesto, sino sobre las consecuencias que la aplicación de ese principio, con el desarrollo concreto que de él se hace en la Ley 44/1978, había tenido sobre el recurrente desde el punto de vista del principio de igualdad. Ni es éste el único que ahora debemos tomar en consideración, ni podemos ahora eludir el análisis del principio mismo aisladamente considerado para precisar cuáles son los límites que en relación con el concepto mismo de la sujeción conjunta se derivan de la Constitución. La segunda de las referidas puntualizaciones es la de que, como antes señalamos, el precepto que ahora consideramos ha de ser visto en su conexión sistemática con el conjunto de que forma parte y que, en consecuencia, la decisión final sobre su constitucionalidad no puede hacerse olvidándola, esto es, sin tomar en cuenta las consecuencias que de ese principio detrae la Ley en la que se inserta.

Como es obvio, esa decisión final, en cuanto que impuesta por las conclusiones a la que el análisis de los restantes preceptos cuestionados haya de llevarnos, sólo podrá alcanzarse una vez realizado aquél, por lo que, en este estadio de nuestro razonamiento, es sólo el concepto mismo de sujeción conjunta y solidaria de varios individuos al impuesto el que debemos contemplar en relación con los preceptos constitucionales propuestos.

Punto de partida obligado de nuestras breves consideraciones es la determinación de qué es lo que ha de entenderse por «sujeción conjunta y solidaria» de diversos individuos a un impuesto que es, *ex definitione* (artículo 1, 1, de la Ley 44/1978), de «naturaleza personal», y que «grava la renta de los sujetos pasivos en función de su cuantía y de las circunstancias personales y familiares» (*ibid.*). Como principio opuesto al de sujeción separada, con arreglo al cual cada individuo tributa separadamente por sus propias rentas y es responsable de una obligación tributaria absolutamente individualizada, en la sujeción conjunta varios individuos son considerados como integrantes de una «unidad tributaria» o contribuyente, de manera que la obligación tributaria principal de cada uno de ellos se concreta mediante la determinación de una cuota única, correspondiente al conjunto, a la unidad tributaria en cuestión.

Como simple instrumento técnico, la sujeción conjunta es, en sí misma, constitucionalmente neutral y, por tanto, constitucionalmente admisible en la medida en la que su utilización legislativa no lesione los derechos constitucionalmente garantizados de los sujetos pasivos del impuesto, que son, naturalmente, los individuos y no el conjunto determinado por el legislador, de manera que existen límites constitucionales que el legislador no puede en ningún caso ignorar al hacer uso de esta figura.

El primero y muy obvio es el de que la forzada inclusión de varios sujetos en una unidad tributaria para sujetarlos conjuntamente a un impuesto de naturaleza personal no puede ser arbitraria, pues de otro modo lesionaría, ya por eso, el principio de igualdad. Como el correlato lógico de un tributo personal y directo sobre la renta de las personas físicas es la imposición separada, esto es, la sujeción separada al impuesto de cada una de ellas, la sujeción conjunta que implica en sí misma un trato diferenciado, sólo es constitucionalmente admisible en la medida

en la que esté fundada en una razón que sea congruente con el fin de la norma, esto es, en el caso que aquí nos ocupa, en la razón de que esta sujeción conjunta es necesaria o, al menos, conveniente para determinar la renta de los distintos sujetos.

En segundo término, y como exigencia derivada de los artículos 14 y 31, es indispensable que la sujeción conjunta no incremente la carga tributaria que, con arreglo a las normas generales, le correspondería a cada uno de los sujetos pasivos integrados en la unidad tributaria de acuerdo con su propia capacidad económica, de manera que la sujeción conjunta no actúe como un factor que agrave la obligación propia de cada uno de estos sujetos en relación con la que tendrían si, con la misma capacidad económica, la imposición fuese separada. Dada la existencia de una cuota única que la sujeción conjunta comporta, esta limitación constitucional puede concretarse en la afirmación de que tal cuota única no puede exceder en su cuantía de la que resultaría de adicionar las cuotas separadas que corresponderían a cada uno de los sujetos pasivos, aunque, como es obvio, sí puede ser menor si el legislador emplea también este instrumento de la sujeción conjunta, como es casi inexcusable, para cumplir la obligación de proteger la familia que le impone el artículo 39, 1, de la Constitución.

Por último, y dado que la sujeción conjunta lleva inevitablemente a realizar conjuntamente actuaciones que en la sujeción separada serían estrictamente individuales, el desarrollo de aquélla ha de hacerse en términos que no resulten tampoco discriminatorios de cada uno de los sujetos del impuesto o lesionen otros derechos de éstos.

Dicho lo anterior, es claro que la valoración constitucional concreta de la figura de la sujeción conjunta sólo puede hacerse examinando la utilización que en la Ley se hace de este instrumento. El examen del artículo 5, 1, nos permitirá establecer si la aplicación de la sujeción conjunta a los integrantes de esta modalidad de unidades familiares es o no arbitraria; el del artículo 7, 3, ilustrará sobre la proporcionalidad o falta de proporcionalidad existente entre la distinción establecida entre los sujetos conjuntamente al impuesto (si tal distinción resulta legítima) y los que tributan separadamente, de manera que nos llevará a una conclusión sobre su constitucionalidad en relación con los artículos 14, 31 y 39, 1, de nuestra Constitución, y, por último, el análisis de los artículos 31, 2, y 34, 3 y 6, de la Ley, que también ha de hacerse desde esta misma perspectiva, lleva, en cuanto que son estos preceptos los que disciplinan las actuaciones conjuntas, a examinar el sistema asimismo a la luz del derecho a la intimidad.

6. La sujeción conjunta al impuesto, de la que nos hemos ocupado en el anterior apartado, se impone, en lo que aquí nos concierne, a los miembros de la unidad familiar descrita en la regla primera del apartado primero del artículo 5, a cuyo análisis, desde el punto de vista de la constitucionalidad, se consagra esta parte de nuestros fundamentos.

Esta regla establece como primera de las modalidades de la unidad familiar (primera, también seguramente, en orden a su importancia) «la integrada por los cónyuges y, si los hubiese, los hijos menores legítimos, legitimados, reconocidos o adoptados, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos». De acuerdo con lo ya expuesto nuestro examen ha de centrarse en las razones que abonan en este caso la sujeción conjunta al impuesto de diversos sujetos

pasivos que, en principio, habrían de estar separadamente sujetos a él, pues si tales razones no existieran o no fueran admisibles por resultar incongruentes con la finalidad perseguida, el trato diferente sería arbitrario y, por tanto, contrario a las exigencias derivadas del artículo 14 de nuestra Constitución.

Dos razones se dan en la exposición de motivos de la Ley para justificar la introducción de la unidad familiar como unidad contribuyente: La existencia de economías de escala derivadas de la vida en común y la dificultad de discernir, en el caso de la familia, los ingresos y los gastos que corresponden a cada miembro (BOC, núm. 46, de 11 de enero de 1978). El primero de estos dos argumentos justificaría, de ser aceptable, una mayor carga tributaria de los integrantes de unidades familiares en relación con los individuos aislados que gozan de iguales ingresos, por ser menores los gastos necesarios de aquéllos en relación con los de éstos y, por tanto, también mayor su renta disponible. El segundo de ellos, por el contrario, admitida su corrección, no autoriza en modo alguno esta conclusión.

La supuesta disminución de gastos por las economías de escala que resultan de la convivencia, es también el argumento central que el Abogado del Estado utiliza en sus alegaciones para sostener la adecuación del actual sistema del impuesto sobre la renta de las personas físicas al principio de igualdad. Se trata, dice en síntesis, de una presunción basada en la experiencia y cuya utilización legislativa no puede hacerse otro reproche desde el punto de vista de la igualdad, que el doble de haberse plasmado en un concepto de unidad familiar que no incluye todas las situaciones del mismo género y haberse acogido además en forma tal que no permite la prueba en contrario. Bastaría, a su juicio, con salvar, en la fase de aplicación de la Ley, estos defectos para mantener la validez constitucional de aquélla.

Los remedios que se sugieren (extensión analógica de la norma a otras situaciones de convivencia semejantes y posibilidad de invalidar la presunción mediante la prueba en contrario) no son, sin embargo, ni técnica, ni jurídica, ni lógicamente posibles. El primero de ellos, ya considerado por el legislador como una consecuencia necesaria de sus propios postulados en la misma exposición de motivos antes citada, fue allí mismo desechado «por la dificultad fáctica de probar tanto las uniones como las separaciones de hecho». A ello habría que añadir no sólo la dificultad resultante de la necesidad de incluir también unidades convivenciales sin comunicación sexual o no basadas en la relación familiar, sino, sobre todo, después de la Constitución, en la imposibilidad que de su artículo 18 se deriva para llevar a cabo indagaciones que afectan directamente al ámbito de la intimidad. No se necesita mucha imaginación para evocar el caos que esta posibilidad de corrección del sistema engendraría. Más evidente es aún la imposibilidad de la segunda vía de corrección que se nos sugiere, por tratarse en este caso de una imposibilidad lógica. La transformación de la actual presunción *iuris et de iure* en *praesumptio iuris tantum*, admitiendo la prueba dirigida a demostrar que no se ha producido el incremento de capacidad económica que el legislador presume, es virtualmente imposible en tanto que no se conozcan con exactitud la magnitud del presumido incremento y los factores que supuestamente lo originan y, como es claro, no hay ni en la Ley ni en el ordenamiento entero norma alguna que permita esa determinación.

Bastaría quizá con lo dicho para evidenciar que la utilización de la unidad familiar como unidad contribuyente en cuanto implica una diferenciación fiscal de sus miembros por el hecho de serlo, no puede ser considerada como una diferenciación razonable (ni, por tanto, constitucionalmente legítima) si se la considera apoyada, como razón única, en la de un supuesto incremento de la capacidad económica de sus miembros. Pero es que, además, esta razón no puede ser aceptada como fundamento de la norma por la muy simple causa de que no es congruente con el sentido de ésta. No se trata sólo, en efecto, de que, como ya sabemos, la definición de unidad familiar no incluye, ni en éste ni en otros casos, las unidades de convivencia de otro género, aunque respecto de ellas serían presumibles las mismas economías de escala, es que, además, de acuerdo con la propia definición legal, quedan excluidos de la unidad familiar todos los demás individuos (hijos mayores de edad, ascendientes) que convivan con los cónyuges, obtengan o no rentas, mientras que, de otra parte, se consideran parte de ella en todo caso los cónyuges y los hijos menores, aunque algunos de ellos vivan en España y otros en el extranjero.

La única razón congruente con la decisión legislativa es aquella que, prescindiendo total y absolutamente de las supuestas e inconcretas «economías de escala», se apoya en la existencia de unas relaciones que efectivamente se dan entre los cónyuges y sus hijos menores y no entre los integrantes de otras unidades de convivencia. A esta razón apunta el segundo de los argumentos utilizados en la exposición de motivos al referirse, como veíamos, a la dificultad de discernir, en el caso de la familia, los ingresos y gastos imputables a cada uno de sus miembros. No se trata, en rigor, de una dificultad de discernimiento originada en la opacidad de la relación existente entre la fuente de la renta y el inmediato perceptor de ésta, dificultad que, por ejemplo, en lo que toca a los ingresos procedentes del trabajo asalariado no parece evidente, sino del hecho de que no basta con el conocimiento de esa relación para determinar a quién debe imputarse la renta, pues efectivamente, entre los cónyuges o entre éstos y sus hijos menores se produce *ope legis* una comunicación de rentas que no se da, de modo jurídicamente necesario, en otras unidades de convivencia, además, claro está, de que los cónyuges perciben, frecuentemente, si no siempre, rentas comunes.

La administración por los padres de los bienes de los hijos (art. 164 del Código Civil) y la posibilidad de que gozan de destinar sus rentas al levantamiento de las cargas familiares, sin estar obligados a la rendición de cuentas (art. 165 del Código Civil), permiten entender que se opera por esta vía entre padres e hijos una transferencia de capacidad tributaria. Otro tanto sucede en la relación entre cónyuges; de modo palmario, claro está, cuando el régimen económico del matrimonio es el de la sociedad de gananciales o cualquiera de los otros regímenes semejantes a él existentes, como regímenes legales, en determinadas partes del territorio nacional, pero también, aunque en distinta medida, en aquellos otros casos en los que, como régimen legal o pactado, la relación económica entre los cónyuges se basa en el principio de separación, en el de participación o en cualquier otro. De otra parte, y como es claro, tanto en el caso de la sociedad de gananciales como en otros regímenes económicos matrimoniales existen, o pueden existir, fuentes de renta que corresponden indistintamente a ambos cónyuges.

En la relación de los cónyuges entre sí y con sus hijos menores existen, pues, por mandato legal, unos rasgos peculiares que no se dan en otras estructuras de convivencia y que en cuanto comportan rentas comunes y comunicación de renta entre los distintos integrantes de la unidad familiar pueden ser legitimamente tomados en cuenta por el legislador al configurar el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La tipificación como unidad familiar del conjunto formado por padres e hijos menores puede ser considerada, desde esta perspectiva, fundada en una razón congruente con la finalidad de la norma, lo que permite afirmar, sin duda, que no es contraria al principio de igualdad, por no ser razonable, la diferenciación que de ella resulta entre los sujetos pasivos del impuesto, según que estén o no integrados en unidades familiares de este género.

Es cierto que las diferencias existentes entre los distintos regímenes económicos matrimoniales, así como otras circunstancias, hacen que sea de muy diferente intensidad, de unos casos a otros, la comunicación de rentas que sustancialmente justifica la sujeción común. Es innegable, sin embargo, que la legislación tributaria, en atención a su propia finalidad, no está obligada a acomodarse estrechamente a la legislación civil (que, sin embargo, tampoco puede ignorar) y que, en consecuencia, es en principio constitucionalmente lícito que el régimen fiscal del matrimonio sea establecido de modo uniforme, sin atender a la variedad posible en la práctica. No puede ignorarse, sin embargo, el hecho de que en ésta hay supuestos en los que la sujeción conjunta resultaría discriminatoria por la inexistencia de las circunstancias que normalmente la justifican. El legislador de 1978, al optar por la sujeción conjunta, debió, en consecuencia, tomar en cuenta esta posibilidad para establecer en estos casos, como en aquellos otros de los que más adelante (fundamento noveno) nos ocuparemos, fórmulas de imposición separada.

La sujeción conjunta se justifica tan sólo, como acabamos de ver, en virtud de unas relaciones jurídicas específicas que no guardan relación necesaria con el presunto incremento de la capacidad económica que para los miembros de la familia resultaría de su pertenencia a ésta. Las consecuencias jurídicas que el legislador extraiga de tal diferencia, la diferencia de trato de los sujetos integrados en la unidad familiar en relación con quienes no lo están, sólo serán aceptables, en consecuencia, en la medida en la que sean también adecuadas y congruentes con tal diferencia, salvo en la medida en que, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 39, 1, de la Constitución Española, ésta sea tomada también en consideración por el legislador para dispensar a los integrantes de la unidad familiar un trato fiscal más favorable que el que reciben los sujetos no integrados en unidad alguna.

7. La diferenciación de trato entre sujetos del impuesto integrados y no integrados en una unidad familiar resulta sobre todo, en cuanto que se trata de un extremo decisivo para la determinación de la deuda tributaria de la norma que determina la acumulación de «todos los rendimientos e incrementos de patrimonio de todos los miembros de la unidad familiar, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio», esto es, la norma contenida en el artículo 7, 3, de la Ley 44/1978, central en el sistema, como afirma el Abogado del Estado y a cuyo análisis consagramos el presente fundamento.

El efecto que la acumulación de rentas produce en un impuesto per-

sonal y progresivo es bien conocido y no necesita ser de nuevo expuesto en detalle, pues es claro que el incremento de la base imponible determinado por la acumulación llevará necesariamente a la aplicación de mayores tipos, de tal modo que la cuota resultante será mayor que la adición de las cuotas que, separadamente, corresponderían a cada uno de los sujetos del impuesto integrados en la unidad familiar. La diferencia entre la cuota única y la adición de las hipotéticas cuotas separadas será tanto mayor cuanto más acusada sea la progresividad y desaparecería por entero (prescindiendo de otros mecanismos de corrección) con la eliminación de ésta, es decir, con la transformación del impuesto progresivo en proporcional. Consecuencia necesaria y por nadie discutida de este efecto de la acumulación es la de que los cónyuges, conjuntamente considerados, han de pagar una cuota superior, en medida variable, a la adición de las que habrían de pagar tributando separadamente; lo mismo ocurre, claro está, con los hijos menores, en su caso.

Este incremento de la carga tributaria sería constitucionalmente aceptable, desde la perspectiva de los artículos 14 y 31 de nuestra Constitución, en la conexión ya antes comentada, si efectivamente fuese la convivencia la razón de la diferenciación, si de la convivencia se siguiera también un incremento en alguna medida cuantificable de la capacidad económica de cada uno de los cónyuges y de cada uno de los hijos y si, por último, la mayor cuantía de la cuota a pagar estuviese en relación con este incremento de la capacidad económica. No dándose, como hemos tratado de evidenciar en el anterior apartado de estos fundamentos, las dos primeras condiciones, resulta imposible y superfluo todo razonamiento sobre la tercera de ellas, pues, como es claro, la consideración sobre la relación o proporcionalidad existente entre el incremento de la cuota y el de la capacidad económica exigiría tener noticia de la magnitud, siquiera sea aproximada, que a este último se atribuye, en tanto que, de otra parte, resulta ocioso entrar en ese cálculo, si hubiera sido posible, dado que en ningún caso puede aceptarse que la tributación conjunta de los miembros de la unidad familiar resulte justificada por el hecho de la convivencia y la disminución de gastos que de él puede derivarse.

Quizá por estas mismas razones, la defensa de la constitucionalidad de este precepto no se intenta por esta vía, sino con una doble argumentación que parte, efectivamente, del supuesto de que los cónyuges fueron objeto, al menos, hasta 1985, de un mayor gravamen que los no casados e incluso de la aceptación implícita de que esta mayor carga tributaria era, mientras existió, constitucionalmente inaceptable. Esta doble argumentación consiste en sostener, de una parte, que la tributación separada de los cónyuges se traduciría en una grave «desperecuación» desfavorable para aquellas familias (la mayoría en nuestro país) en la que es uno sólo de los cónyuges el que obtiene toda la renta y en afirmar, de la otra, que la mayor carga impositiva con la que se discriminaba a los matrimonios cuyos dos componentes trabajan fuera del hogar ha desaparecido en virtud de los paliativos introducidos por el legislador, especialmente a través de la llamada deducción variable que introduce la Ley 48/1985, y que para el ejercicio de 1989 debe ajustarse a las previsiones de la Ley 37/1988, y para los siguientes, a las del Real Decreto-ley 6/1988. Ambas argumentaciones han de ser separadamente analizadas.

La primera de ellas puede ser desechada sin muy largo razonamiento, porque, como fácilmente se entiende, arranca del incierto supuesto de

que la única alternativa posible al sistema de la pura y simple acumulación de rentas, tal como se establece en este precepto, es la declaración separada de los cónyuges. Una cosa es la acumulación de rentas para aplicar al resultado de la adición el tipo que corresponda, y otra, bien distinta, la consideración conjunta de ambas rentas con las que se opera después para imputarles a los cónyuges (como ocurre en el sistema más simple de *splitting*) o a todos los miembros de la unidad (según el sistema de cociente familiar) a fin de aplicar el tipo que corresponda al resultado de esta imputación. En particular, no se percibe cómo podría perjudicar a la mayor parte de los hogares (aquellos en los que toda la renta es obtenida por uno sólo de los cónyuges) la división por dos de la renta única, con la consiguiente disminución del tipo efectivamente aplicable.

Al margen de su nula eficacia suasoria, el argumento tiene interés como testimonio de la pervivencia de una concepción del impuesto sobre la renta que no se adecúa en absoluto a la realidad jurídica presente. En el fondo de esta comparación entre familias parece estar latente, en efecto, la idea de que el sujeto pasivo del impuesto no es el individuo, sino la familia, o dicho de otro modo, que se trata de un «impuesto de grupo»; sólo a partir de tal idea puede aceptarse como pertinente la comparación entre distintas familias para apreciar la existencia de desigualdades. Esta idea es, como indicamos, históricamente correcta. La «tributación familiar» ha existido entre nosotros, de una u otra forma, al menos, desde la Contribución Extraordinaria de Guerra de 1810, y todavía en la última regulación anterior a la de la Ley 44/1978, la del Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas (Texto Refundido aprobado por Decreto 3358/1967), todas las rentas de la familia se acumulaban en la persona que tuviese la administración legal de la sociedad conyugal (art. 14), esto es, generalmente del marido, en tanto que no había deducción alguna por razón de matrimonio, sino «por esposa» (art. 36). Esta «tributación por grupo», a la que el sistema de acumulación pura parece responder efectivamente, no cuadra, sin embargo, ni con los propios presupuestos de los que arranca la Ley 44/1978, para la cual, como antes destacamos, el único sujeto pasivo posible de un impuesto sobre la renta de las personas físicas es la persona misma, el individuo (una proclamación formal que encubre una realidad bien distinta), ni con las exigencias que se derivan de los principios de igualdad y capacidad económica, referibles sólo a las personas físicas o jurídicas, sino también con los que se deducen del concepto de familia y matrimonio que alienta en los artículos 39 y 32, y que es incompatible con una concepción de grupo en la que sólo es *sui iuris* la cabeza y *alieni iuris* todo el resto de sus integrantes, siquiera sea únicamente a efectos fiscales.

La sujeción conjunta al impuesto de los miembros de la unidad familiar no puede transformar el impuesto sobre las personas físicas en un impuesto de grupo porque esta transformación infringe el derecho fundamental de cada uno de tales miembros, como sujetos pasivos del impuesto a contribuir, de acuerdo con su propia capacidad económica, en la misma cuantía en que habrían de hacerlo si, manteniendo esa misma capacidad, tributasen separadamente. La igualdad absoluta, matemática, es, ciertamente, tal vez un ideal inalcanzable en cada caso concreto, pero el sistema debe tender hacia ella y, en consecuencia, la consideración conjunta de todas las rentas, su adición, no puede ser utilizada como un procedimiento suficiente para determinar por sí solo la base imponible,

sin combinarlo con alguna técnica que tome en consideración el número de miembros que componen la familia y, eventualmente, la distribución real entre ellos de las rentas adicionales.

Más largo análisis requiere el segundo de los citados argumentos, esto es, el que afirma que la discriminación efectivamente existente con anterioridad ha desaparecido en virtud de los paliativos introducidos, sobre todo, a partir de 1985.

Estos paliativos operan, en general, de acuerdo con la pauta establecida en el artículo 1, 3, de la Ley de Impuestos, mediante la aplicación de deducciones con las que se pretende tomar en consideración, como ordena el apartado 1.º del mismo artículo, las circunstancias personales y familiares del sujeto pasivo. Algunas de estas deducciones (las previstas en el apartado D del art. 29), aunque calificadas de familiares porque efectivamente tienen, en general, su origen en las relaciones de parentesco, no operan sólo en favor de las unidades familiares que aquí nos ocupan, sino de todos los sujetos pasivos del impuesto y no pueden ser tomadas en consideración, por tanto, como un posible instrumento de corrección del incremento de gravamen que resulta de la acumulación de rentas. Otros benefician sólo a este tipo de unidades familiares, en cuanto que se conceden por razón de matrimonio, o a todas las unidades familiares, sea cual fuere la modalidad, pero tampoco pueden ser consideradas en modo alguno como un paliativo del incremento de progresividad, no sólo porque al no guardar relación alguna con la cuantía de la base no pueden cumplir esta función, que es la razón esencial, sino también porque de hecho, como en el caso de la llamada «deducción general», mientras existió, el incremento debido a la acumulación no procede siempre, sino sólo cuando las rentas acumuladas tienen determinado origen. Es cierto que para determinados niveles de la base imponible, estas deducciones fijas, cuya cuantía puede ser modificada anualmente por el legislador (que naturalmente puede también dejarla incambiada año tras año), pueden absorber el incremento de la progresividad resultante de la acumulación, aunque sin duda las tendencias inflacionistas presentes en nuestra economía hacen que, en general, sea cada vez menor el número de unidades familiares cuyos miembros ven así desaparecer la discriminación que de otro modo sufrirían; pero igualmente cierto es que no pueden producir este efecto respecto de las bases imponibles que superen una determinada magnitud y que, en consecuencia, los miembros de las unidades familiares correspondientes seguirán siendo tratados de un modo distinto y más gravoso que los sujetos pasivos que, con idéntico nivel de renta, no están integrados en una unidad familiar.

El único mecanismo al que, en principio, cabe atribuir alguna eficacia correctora es, en consecuencia, el de la «deducción variable», por ser el único que, de algún modo, establece una conexión entre la cuantía de la deducción y la de la base imponible.

Esta deducción variable presenta, tanto en la fórmula general prevista en el artículo 29, B, de la Ley 44/1978, tras la modificación introducida por la Ley 48/1985, como en la fórmula establecida para el ejercicio de 1989 en la Ley 37/1988, como, para lo sucesivo, por el Real Decreto-ley 6/1988, las siguientes características: a) Se aplica sólo en el caso de que existan rentas acumuladas procedentes de rendimientos del trabajo o de actividades empresariales, profesionales o artísticas, pero no cuando la acumulación es de rentas de otro origen. b) La cuantía de la deducción

varía en función de un doble parámetro, el de la magnitud de la base imponible total, de una parte, y el de la relación que media entre ella y la segunda de las rentas acumuladas, de la otra. c) En ambos casos, la deducción tiene un tope máximo, de tal modo que el incremento de progresividad no es ya objeto de corrección alguna para las bases imponibles que excedan de una determinada cifra (9.000.000 de pesetas en el Real Decreto-ley 6/1988). La técnica utilizada por la Ley 48/1985 y después por la Ley 37/1988 y por el Real Decreto-ley 6/1988 es, pues, sensiblemente la misma, aunque difiera el modo de presentación y sea también diferente la cuantía de la deducción correspondiente a cada nivel (mayor en el Real Decreto-ley que en la fórmula originaria de la Ley de 1985, aunque la diferencia aparente ha de ser corregida teniendo en cuenta que según esta fórmula la deducción variable se adiciona a las demás deducciones, lo que no ocurre con el Real Decreto-ley y en la corrección de la fórmula operada por la Ley 37/1988).

Las similitudes estructurales existentes (subrayadas, por lo demás, por el propio Abogado del Estado en las alegaciones hechas en relación con el Real Decreto-ley 6/1988) permiten el juicio conjunto de las distintas disposiciones, pues si bien es claro que la mayor cuantía de las deducciones previstas en el Real Decreto-ley, en relación con la Ley y la elevación en el tope máximo de la deducción posible, harán que sea mayor el número de unidades familiares que, merced a su aplicación, vean corregido el incremento de gravamen resultante de la acumulación de rentas, este incremento seguirá pesando sobre otras, ya que las modificaciones meramente cuantitativas no afectan a la estructura del mecanismo ideado por el legislador.

La sola existencia de esta estructura del sistema corrector evidencia su incapacidad para alcanzar el fin que se le asigna, esto es, el de eliminar el incremento de la progresividad que resulta de la pura acumulación de las rentas obtenidas por los sujetos pasivos a imposición conjunta, obligados así a soportar una carga tributaria mayor que la que, de acuerdo con las normas generales, correspondería a estos mismos individuos si las rentas que se les imputan fuesen separadamente sometidas al impuesto.

Es evidente, en efecto, en primer lugar, que el mecanismo corrector no opera en absoluto, por definición, cuando las rentas acumuladas son rentas de capital, puesto que, como decimos, en cualquiera de sus fórmulas la deducción variable sólo es aplicable cuando las diversas rentas acumuladas proceden del trabajo o de actividades empresariales, profesionales o artísticas. La cuestión que esta exclusión plantea no es, naturalmente, la de la justificación de la distinción que, con carácter general, pueda establecer la Ley entre rentas de uno u otro origen, pues parece poco dudoso que en un Estado social y democrático de Derecho, el legislador puede dar un tratamiento distinto a las rentas del capital y a las procedentes del trabajo. La cuestión es, simplemente, la de la justificación que, desde el punto de vista de la igualdad contributiva, pueda darse al hecho de que dos perceptores de rentas de capital hayan de satisfacer, si se unen en matrimonio, una cuota tributaria superior a la adición de las que pagarían por esas mismas rentas si no estuviesen casados, o dicho de otro modo, al hecho de que no se intente corrección alguna al incremento de la progresividad resultante de la acumulación cuando son rentas de capital las acumuladas.

La única explicación ofrecida es la de que, a diferencia de lo que ocurre

con las rentas no procedentes del capital, cuya titularidad no puede ser fácilmente enmascarada, la titularidad de los activos que generan rentas de capital puede ser transferida a otros miembros de la unidad con el fin de reducir la cuota total, puesto que, en el supuesto de tributación separada, es claro que a las bases impositivas resultantes del fraccionamiento les sería de aplicación un tipo más bajo y, por consiguiente, sería menor la cantidad resultante de la adición de cuotas que la cuota única correspondiente a la base imponible existente antes de la transferencia parcial. La posibilidad de una combinación de este género es, desde luego, innegable, pero no es, por el contrario, evidente que para impedir la disminución de ingresos del erario público que de ella se seguiría pueda el legislador ignorar la existencia de límite que a su actuación impone el principio constitucional de igualdad, de manera que para impedir la disminución de ingresos que para la Hacienda origina una operación jurídica lícita, pueda vulnerar el derecho a la igualdad de todas las personas titulares de rentas de capital que contraen matrimonio. El fin perseguido por la norma es constitucionalmente irreprochable, pero no en el medio utilizado, y el precepto que determina la acumulación de rentas, no corregido en absoluto en sus efectos por lo que toca a las rentas de capital, es ya, por ello, contrario a la igualdad constitucionalmente exigible.

En segundo lugar, y como es evidente, el sistema deja también fuera a las rentas procedentes de la actividad personal cuando exceden de un límite que ha variado en el tiempo, pero que no ha desaparecido, pues en todas sus formulaciones la deducción variable limita sus efectos a determinados niveles de renta, más allá de los cuales juega ya libremente el incremento de progresividad resultante de la acumulación. Esta limitación de efectos perjudica, aparentemente, a un porcentaje pequeño de las unidades familiares existentes en el país, pero por pequeño que este porcentaje sea y por grande que sea la renta de las unidades familiares afectadas por el perjuicio, no se nos ha ofrecido otra razón para justificarlo que la de que la reforma del sistema impositivo indispensable para evitarlo acarrearía una mayor complejidad y, por consiguiente, mayores costos de gestión y de cumplimiento. Cabe, en lo posible, que ello sea efectivamente así, pero aun aceptándolo, tampoco se percibe la razón por la cual el precio de la simplificación deba ser satisfecho por los perceptores de rentas elevadas sólo si, además de ello, están casados. Como a efectos del principio de igualdad, la comparación debe establecerse entre personas con el mismo nivel de rentas, la diferencia de gravamen entre contribuyentes aislados o integrados en una unidad familiar es incompatible con dicho principio, con absoluta independencia de cuál sea el número o el nivel de rentas de los afectados, cuando tal diferencia es una consecuencia necesaria del sistema y no un caso aislado producido por circunstancias que el legislador no pudo tener en cuenta.

Del análisis anterior se sigue que el mecanismo ideado para corregir los efectos discriminatorios del sistema de acumulación, aunque los atenua, no los elimina, y a veces pone de relieve la existencia de otras desigualdades (así, por ejemplo, la que nace de la influencia que sobre el mayor o menor incremento de la progresividad inducido por la acumulación tiene la relación existente entre las rentas acumuladas, o la discriminación de que son objeto las rentas menores, cuando son más de dos las rentas de trabajo acumuladas). No puede considerarse, por tanto, que la adopción y los sucesivos perfeccionamientos de dicho mecanismo,

expresión, sin duda, de un laudable desco de acomodar la regulación del impuesto sobre la renta de las personas físicas a las exigencias derivadas de la garantía constitucional de la igualdad, hayan conseguido su objetivo, que probablemente sólo puede alcanzarse operando sobre la estructura misma del sistema y no mediante la superposición al mismo de mecanismos que operan únicamente sobre los efectos. Pese al esfuerzo del legislador, el artículo 7, 3, de la Ley 44/1978 es incompatible con el principio de igualdad. La nulidad que de ahí resulta impide naturalmente la aplicación de los mecanismos correctores contenidos en las Leyes 48/1985 y 37/1988, así como en el Real Decreto-ley 6/1988.

Debemos ahora contrastarlo con los demás preceptos constitucionales que citábamos al plantear esta cuestión.

La violación del artículo 39, 1, de la Constitución Española que el sistema de acumulación de rentas implica se produce, en primer término, y sobre todo, por las mismas razones que obligan a considerar que tal sistema es incompatible con el principio de igualdad. Si la carga tributaria que pesa sobre una persona integrada en una unidad familiar es mayor que la que pesa sobre otro contribuyente con idéntico nivel de renta, pero no integrado en una unidad de este género (o, lo que es lo mismo, mayor que la que pesaría sobre esa misma persona si no constituyera parte de una familia, a efectos fiscales), es evidente que no sólo se lesiona el principio de igualdad, sino que directamente se va en contra del mandato constitucional que ordena la protección de la familia, a la que, al obrar así, no sólo no se protege, sino que directamente se la perjudica. Existen, además, otros efectos del sistema por los que también éste resulta cuestionable desde esta misma perspectiva.

Se trata, sobre todo, de la incidencia que el sistema mismo tiene sobre la división de trabajo en el seno del matrimonio y, en particular, sobre el acceso de los cónyuges al mercado de trabajo, es decir, en la práctica, sobre la influencia que el sistema puede ejercer sobre la opción de la mujer entre el trabajo en el hogar o su incorporación al mercado de trabajo, pues partimos del supuesto de que cualquier norma que incida sobre la vida de la familia debe ser respetuosa con la concepción de ésta que alienta en la Constitución, de la que forma parte la igualdad entre los cónyuges. Esa igualdad se verá seguramente alterada cuando la libertad de elección u oficio de uno de los cónyuges se vea condicionada por las consecuencias económicas que, en razón de la norma tributaria, se seguirán de su elección, y aunque carecemos de estudios sociológicos que claramente lo establezcan, parece poco dudoso que el sistema de acumulación de rentas, en cuanto que incrementa la carga tributaria de la familia, desestimula, por decir lo menos, el trabajo fuera del hogar del posible receptor de la segunda renta, que es, en la mayor parte de los casos, la esposa. El uso que de la acumulación de rentas se ha hecho en otros países con la finalidad expresa de «devolver la mujer al hogar» avala claramente esta deducción. También desde este punto de vista, pues, el precepto que ahora analizamos se concilia difícilmente con el artículo 39, 1, en relación con el 32, ambos de la Constitución Española, cuyo respeto exige, en primer lugar, la neutralidad del sistema tributario respecto de la situación recíproca de los cónyuges.

Esta idea de neutralidad es también la que, de acuerdo con el principio de igualdad, debe inspirar el régimen tributario de los sujetos inte-

grados en una unidad familiar, de manera tal que su gravamen no se vea incrementado como consecuencia de la integración.

La existencia de transferencias de capacidad económica entre los cónyuges o entre éstos y otros miembros de la unidad familiar, así como la existencia de fuentes de renta de titularidad compartida y otras razones (y, entre ellas, muy especialmente, la obediencia al mandato constitucional de protección a la familia), dotan de fundamento suficiente a la diferenciación establecida por la Ley del Impuesto entre los sujetos integrados en una unidad familiar y los que no lo están y, en consecuencia, obligan a considerar que la imposición conjunta no es en sí misma contraria a la Constitución por arbitraria o irrazonable, como ya antes veíamos. Esta resulta transgredida, sin embargo, cuando el tratamiento fiscal distinto que, como consecuencia de esa diferenciación, reciben los cónyuges resulta más gravoso que el que recibirían si no lo fueran, pues la diferencia establecida no autoriza en modo alguno a extraer de ella consecuencias que no son congruentes con su propia razón de ser. Esta es, sin duda, la finalidad que persiguen los diversos sistemas que el Derecho comparado ofrece y de los cuales recoge un buen elenco el informe de la Secretaría de Hacienda que el Abogado del Estado acompaña a sus alegaciones, pues en todos ellos, con una u otra técnica, se intenta asegurar una tributación *per capita* de los cónyuges que no exceda de la que les correspondería de no haber contraído matrimonio.

8. El artículo 31 dispone, en su apartado segundo, que «los sujetos pasivos que componen una unidad familiar están solidariamente obligados frente a la Hacienda pública al pago de la deuda tributaria que corresponda a la acumulación de rendimientos e incrementos previstos en el artículo 7, 3, de esta Ley (se refiere, claro está, a la Ley 44/1978), sin perjuicio del derecho a prorratearla entre sí, según la parte de renta que corresponda a cada uno de ellos. A efectos de este prorrateo, integran la deuda tributaria los conceptos comprendidos en los epígrafes *a)*, *b)* y *c)* del artículo 58 de la Ley General Tributaria». Merced a esta remisión a la Ley General Tributaria se excluyen en apariencia de la responsabilidad solidaria el recargo de apremio y las sanciones pecuniarias, de manera que aquélla se limita, en principio, además de a la cuota, a los recargos legalmente exigibles, los intereses de demora y el recargo por aplazamiento o prórroga. Tal limitación es, sin embargo, meramente aparente, pues el apartado cuarto del mismo artículo (cuyo contenido se reitera después, con cierta redundancia en el apartado sexto del art. 34, igualmente cuestionado) incluye también en la responsabilidad solidaria frente a la Hacienda pública los recargos de apremio y las sanciones pecuniarias, sin perjuicio de que el pago de aquéllas o éstas haya de correr a cargo del miembro de la unidad familiar cuya conducta los originó.

Esta extensión, inclusive a las sanciones, de la responsabilidad solidaria de todos los miembros de la unidad familiar ha suscitado reservas en algunos sectores de la doctrina, tanto en lo que afecta a su fundamentación genérica como, más en concreto, en lo que respecta a la posibilidad de que, merced a la misma, pueda dirigirse el Fisco contra el patrimonio de aquellos miembros de la unidad familiar que ni han de suscribir la declaración única, ni efectuar los pagos, ni realizar acto alguno relacionado con la gestión del impuesto y que, por tanto, no tienen posibilidad alguna de cometer infracciones sancionables. Esas reservas, por fundadas que sean, han de quedar, sin embargo, fuera de nuestro análisis, pues na-

cen de razones que no fueron tomadas en consideración en nuestra STC 209/1988 y que no han sido, en consecuencia, sometidas a debate. La cuestión planteada es, en sus términos más estrictos, la de la compatibilidad de la norma que impone la responsabilidad solidaria de todos los miembros de la unidad familiar con los artículos 14, 18.1, 31 y 39 de nuestra Constitución.

Como es obvio, la regla que impone la responsabilidad solidaria de todos los miembros de la unidad familiar respecto de la deuda tributaria única sólo tiene sentido a partir del supuesto de la sujeción conjunta de todos los integrantes de la familia al impuesto y en nuestro sistema está en estrecha conexión con el mandato que impone la acumulación de rentas. Su análisis ha de hacerse, pues, en dos planos distintos. De una parte, por así decir en abstracto, como componente del sistema de sujeción conjunta de todos los miembros de la unidad familiar. De otra parte, en la conexión concreta que guarda con la acumulación de rentas.

La finalidad que la Ley persigue al imponer la responsabilidad solidaria frente a la Hacienda pública de todos los miembros de la unidad familiar es, sin duda, constitucionalmente intachable, puesto que intenta garantizar el cumplimiento de un deber constitucional. Es también indudable, sin embargo, que la extensión de la responsabilidad de cada uno de los integrantes de la familia hasta el monto total del crédito exigible por el Fisco, conjuntamente de todos ellos, puede hacer la situación de aquellos individuos contra los que la Hacienda se dirija más penosa que sería si hubieran quedado sujetos separadamente al tributo y que la norma que impone la solidaridad pasiva parece chocar así contra las exigencias que derivan de los artículos 14 y 31, de una parte, y de la otra, en cuanto que se trata de un disfavor que sólo puede afectar a los miembros de una familia, también del 39, 1.

Esta aparente contradicción con la Constitución que, desde luego, no puede ser desechada con el argumento de que de esa mayor carga que se arroja sobre ciertos miembros de la familia se alivia, por el contrario, a otros, llevaría, de ser real, a declarar la inconstitucionalidad de la sujeción conjunta al impuesto, pues la responsabilidad solidaria es una consecuencia casi ineluctable de la sujeción conjunta que comporta, como ya señalamos, el establecimiento de una cuota única para la unidad tributaria. En esta relación estrecha entre sujeción conjunta y solidaridad se encuentra también por ello, como es evidente, la razón de la legitimidad constitucional del Instituto, pues si lo que justifica el trato diferenciado de los individuos integrantes de una unidad familiar, en relación con quienes no lo están, es precisamente la existencia entre aquéllos de una comunicación de rentas, que hace muy difícil o imposible el establecimiento de bases imponibles y cuotas individualizadas, no puede entenderse como lesiva de la igualdad contributiva (o del mandato constitucional de protección a la familia) la extensión de la responsabilidad de cada uno de los miembros de la unidad a la totalidad de esa cuota única.

La regulación del prorrateo que se hace en el apartado tercero, y que desarrollan los artículos 133 a 135 del Reglamento de la Ley, ha sido objeto de algunas críticas doctrinales y puede originar, sin duda, en cuanto que establece un distanciamiento quizá excesivo entre la relación externa y las relaciones internas, alguna desigualdad en situaciones concretas, que podrían ser evitadas con técnicas que impusieran al Fisco la obligación de precisar cuál es la porción de deuda que, a efectos internos,

corresponde a cada uno de los sujetos de la unidad familiar. El mero riesgo de esta desigualdad originada por la aplicación de la norma, pero no como consecuencia necesaria de ella, no autoriza, sin embargo, a oponerle tacha alguna de inconstitucionalidad.

En la conexión concreta que ahora guarda la regla de la responsabilidad solidaria con el sistema de simple acumulación de rentas de la unidad familiar impuesto por el artículo 7, 3, al que expresamente se remite el apartado segundo del artículo 34, la norma viola los artículos 14, 31 y 39, 1, de la Constitución, pues está referida a una obligación cuyo contenido económico se establece en violación tanto del principio de igualdad, en relación con el de capacidad económica, como del mandato de protección a la familia.

9. El apartado tercero del artículo 34 establece que las unidades familiares integradas por un matrimonio con o sin hijos menores habrán de presentar una declaración única, que habrá de ir suscrita, además, por ambos cónyuges, sobre quienes pesa conjuntamente el deber de declarar. Como esta obligada actuación conjunta de los dos esposos puede dar lugar a situaciones que naturalmente no son posibles en las demás modalidades de unión familiar, en las que es uno sólo el obligado a declarar (obligación que a veces recae sobre una persona ajena a la unidad misma), el precepto se completa con una serie de normas relativas a aquellas situaciones en las que, por discrepancia, no cabe la actuación conjunta.

Para estos casos se prevé, en primer lugar, que ambos cónyuges hagan constar en la declaración «las circunstancias y datos concretos que motiven y reflejen la discrepancia», y si aún esto resultara imposible que presenten declaraciones individuales «de sus propios elementos de renta y de la de los restantes sujetos de la unidad familiar», supuesto al que se anudan unas consecuencias que después se comentarán.

La necesidad que la sujeción conjunta entraña de liquidar el impuesto sobre la renta correspondiente a los miembros de una unidad familiar a través de una declaración única es palmaria, sobre todo cuando el procedimiento seguido es el de la autoliquidación y siendo éste constitucionalmente legítimo y de común empleo, según evidencia el Derecho comparado, es claro que en la medida en que no es contraria a la Constitución la sujeción conjunta de los integrantes del matrimonio y sus hijos menores tampoco lo es la exigencia de una declaración común. Menos dudas aún suscita la constitucionalidad de la actuación conjunta, esto es, de la imposición conjunta a ambos esposos del deber de declarar y de suscribir ambos, en consecuencia, la declaración única, comprensión de todas las rentas percibidas por los distintos miembros de la unidad familiar y de todos los datos que les afecten y sean relevantes para la determinación de la deuda tributaria, pues a partir del imperativo constitucional (artículo 32) de plena igualdad de los cónyuges difícilmente cabe imaginar otra fórmula.

No basta, sin embargo, con esta consideración en abstracto del mandato que impone a los esposos conjuntamente el deber de declarar, pues ese mandato es sólo el núcleo sustancial de un precepto que aparece inserto en una determinada conexión y que contiene normas concretas, cuya consideración es indispensable para resolver sobre la constitucionalidad de la disposición legal sometida a nuestro examen.

El deber de declarar de los esposos surge, según resulta de la conexión entre el precepto que ahora analizamos y el que le precede en el apartado

primero del mismo artículo, no en razón de sus rentas propias, sino, por así decir, en razón de las percibidas por todos los integrantes de la unidad familiar. Ese apartado, al imponer el deber de declarar a todos cuantos obtengan rendimientos sometidos al impuesto, dispensa de tal deber a quienes los perciban por debajo de un determinado mínimo (en la actualidad, 865.000 pesetas), a efectos del cual, concluye, se computarán todos los ingresos de la unidad familiar. Se sigue de ello, en consecuencia, que quedan obligados a declarar ambos esposos, aunque ninguno de ellos obtenga rentas en la cuantía mínima, a partir de la cual surge para el resto de los sujetos pasivos aquel deber. Esta obligación (cuya existencia, dicho sea de paso, evidencia que el legislador ha actuado como si el sujeto pasivo del impuesto fuese realmente la unidad familiar) implica una diferencia de trato que no puede justificarse por las mismas razones que justifican la que entraña la sujeción conjunta porque no es una consecuencia necesaria de ésta. La formulación del precepto es, en consecuencia, en esta conexión, discriminatoria y lo hace ya sólo por eso constitucionalmente ilícito.

A la misma conclusión se llega, en virtud de razones distintas, al analizar las previsiones que en el mismo se incluyen para aquellas situaciones en las que el acuerdo entre los cónyuges no es posible. Sea cual fuere el grado de ese desacuerdo, la Ley exige, en efecto, que cada uno de ellos declare no sólo sus propias rentas, sino también las del otro, como miembro que es de la unidad familiar. Y no sólo que las declare, sino incluso que haga una autoliquidación de acuerdo con su propia declaración, que se verá además incrementada en un 15 por 100. Para estos casos, el Reglamento de la Ley (que curiosamente no contiene previsión alguna en relación con aquellos otros, ciertamente improbables, en los que el desacuerdo se puede resolver mediante la expresión de sus «motivos y circunstancias», ni en lo tocante a la «imposibilidad de hecho» de suscribir declaración única, a la que la Ley se refiere en el apartado cuarto de este mismo artículo), dispone que la Administración girará una declaración provisional única, apoyándose en cada caso en los datos de una u otra declaración que proporcionen una cuota más alta, cuya cuantía sufrirá, además, un nuevo recargo del 15 por 100 y a cuyo pago se imputará el ya hecho a través de las respectivas autoliquidaciones.

El precepto lo lesiona el principio de igualdad, en cuanto que es aplicable sólo a los esposos, cuya sujeción conjunta al impuesto es, en principio, lícita, pero es, desde luego, claramente incompatible con el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18, 1, de la Constitución Española).

El Abogado del Estado niega esta contradicción, según ya antes señalamos, con el argumento que se recoge en los antecedentes con mayor detalle y que no resulta convincente por una doble razón.

La primera de ellas reside, como es evidente, en su propia debilidad. Es cierto que en el régimen legal de gananciales (cuya vigencia actual en algunos Estados de la Unión norteamericana parece haber sido, dicho sea de paso, el origen de *splitting*), ambos cónyuges están recíprocamente obligados a informarse periódicamente sobre la situación y rendimientos de sus respectivas actividades económicas (art. 1.383 del Código Civil) y que él, como en los que con carácter legal existen en diversas partes del territorio nacional (así como el de comunicación foral de la tierra llana de Vizcaya y algunas localidades de Alava, el de conquistas de Navarra o el aragonés), las ganancias de cada uno de los cónyuges se hacen comu-

nes a los dos, pero ni éste es el régimen legal en toda España, en una parte sustancial de la cual el régimen legal es, por el contrario, el de separación, ni, sobre todo, es la base de nuestro sistema jurídico, que en lo que se refiere al régimen económico del matrimonio se basa en la libertad de capitulaciones (art. 1.315 del Código Civil), que no pueden dispensar a los esposos ciertamente del deber de socorro mutuo (artículo 68 del Código Civil) ni de contribuir a los gastos comunes en una u otra forma, pero que sí les autoriza, claro está, a mantener en su relación recíproca la reserva que juzguen conveniente sobre sus propias actividades económicas. El límite de tal reserva viene dado por las normas que determinan el régimen económico-matrimonial, no por la Ley fiscal, y, en consecuencia, no puede ésta ni imponer la necesidad de romperla frente al otro cónyuge ni arrojar sobre éste la carga de declarar, cuantificándolos, los ingresos percibidos por su esposa o esposo, en contra de la voluntad expresa de ésta o éste.

Porque de lo que se trata es, en efecto, y con ello pasamos a la segunda de las razones antes mencionadas, de que en su forma actual la regulación de la declaración única y conjunta de los esposos impone a cada uno de ellos el deber de denunciar ante la Hacienda Pública las incorrecciones en que, a su juicio, incurre su respectivo cónyuge en la estimación de sus propias rentas. La obligada manifestación pública de una discordia en el seno de la familia no es tampoco compatible con la intimidad familiar.

El razonamiento podría continuarse, sin duda, tomando en consideración aquellos supuestos, bien posibles en la práctica, en los que la comunicación entre los esposos se ha roto de manera ocasional o no, pero en todo caso sin que tal ruptura se haya traducido en una modificación de la situación jurídica del matrimonio, de tal modo que la actuación conjunta ante la Hacienda obligaría a restablecer, con este solo fin, una relación que violenta la intimidad de las personas.

También desde la perspectiva que ahora adoptamos, esto es, la del derecho a la intimidad, resulta incompatible con la institución la actual regulación legal del deber conjunto de los cónyuges y, en consecuencia, también desde ella el precepto ha de ser declarado inconstitucional.

Esta conclusión evidencia la necesidad de que para resolver estas situaciones en las que la actuación conjunta de los cónyuges intenta ahora reforzarse por una vía que violenta la Constitución, como en relación con aquellas otras en las que la sujeción conjunta resultaría discriminatoria por la inexistencia fáctica de los supuestos que generalmente la justifican, el legislador ha de regular medios que hagan posible la imposición separada.

10. Como recordamos en el tercero de los fundamentos de esta Sentencia, el segundo conjunto de preceptos cuya constitucionalidad se cuestionó en el fallo de la STC 209/1988, es el integrado por los artículos 23 y 24, 7, de la Ley 44/1988, debiendo tenerse en cuenta, según también hemos tenido ocasión de advertir, que la segunda de las disposiciones cuyo examen de constitucionalidad entonces promovimos (el art. 24, 7) fue objeto, con independencia de determinadas modificaciones ahora intrascendentes, de una nueva localización sistemática en el cuerpo de aquella Ley por obra de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 48/1985, de tal modo que el contenido dispositivo de dicho precepto quedó incluido

en el artículo 24, 1, b), de la Ley reformada; es esta nueva numeración la que utilizaremos en adelante.

Ocurre también, y así lo ha destacado en sus alegaciones el Abogado del Estado, que el artículo 24, 1, de la Ley 44/1978 ha sido modificado, una vez dictada y publicada la Sentencia de que trae causa este proceso, por el artículo 83 de la Ley 37/1988, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, introduciéndose en aquel precepto un nuevo apartado c), en cuya virtud el período impositivo será también inferior al año natural «cuando el sujeto pasivo contraiga matrimonio conforme a las disposiciones del Código Civil». Esta innovación legislativa ha de evitar, ciertamente, que se reproduzcan en el futuro situaciones de discriminación como la constatada en la STC 209/1978, pero no hace ahora ocioso, en contra de lo argüido por el Abogado del Estado, el examen de los artículos 23 y 24, 1, b), de la Ley 44/1978 por referencia a la igualdad que la Constitución proclama (arts. 14 y 31, 1), pues el enjuiciamiento al que en este punto dimos lugar al conceder aquel amparo conserva aún hoy su sentido, que no es otro que el proceder, si así es preciso, a la definitiva expulsión del ordenamiento de las reglas o normas inconstitucionales, excluyendo todo vestigio de vigencia que las mismas pudieran contener aún.

La discriminación que apreciamos en el fundamento 11 de la STC 209/1988 proviene, como ya entonces apuntamos, de la misma regulación legislativa del período de imposición y devengo del impuesto. Tras fijar que el período es «el año natural» (art. 23), la Ley 44/1978 exceptuó de tal regla determinadas hipótesis, entre las que se contaban, por lo que ahora importa, los casos de disolución o separación matrimonial, a los que se añadieron, en la reforma que dio lugar al nuevo artículo 24, 1, b), los supuestos de nulidad matrimonial y de fallecimiento del padre o madre solteros, o de cualquiera de los hermanos sometidos a una misma tutela, situaciones todas ellas para las que el legislador dispuso que el período impositivo finalizara al verificarse las circunstancias así previstas. Estas excepciones a la regla de la imposición por períodos anuales completos expresan manifiestamente la pretensión del legislador de acomodar el período impositivo a la efectiva subsistencia de la unidad familiar, pero es patente que de la *ratio* de tal singularización no se extrajeron todas las consecuencias, pues el mismo fundamento existente para el fraccionamiento del período impositivo en la hipótesis de extinción de la unidad familiar se aprecia cuando de lo que se trata es de la constitución, por matrimonio, de esa misma unidad, no siendo discernible razón alguna que pudiera justificar la falta de previsión de tal supuesto a efectos de reconocerle idéntica trascendencia, en el artículo 24, 1, b). Esta omisión legislativa constituye una discriminación proscrita por los artículos 14 y 31, 1, de la Constitución, pues no puede el legislador tampoco, cuando adopte una regulación especial o excepcional, singularizar sin fundamento entre aquellos que, atendido el fin de la diferenciación, se encuentran en una posición igual. Así hemos de declararlo ahora, sin que la constatación de tal inconstitucionalidad determine, claro está, anulación alguna, pues para restablecer en este punto la igualdad que la Constitución impone basta con afirmar, con los efectos inherentes a nuestra Sentencia, que el artículo 24, 1, b), de la Ley 44/1978, en cuanto regla discriminatoria *ex silentio*, no podrá aplicarse en el futuro en los procedimientos y procesos relativos a situaciones nacidas bajo su vigencia.

11. Llegados al final de nuestro análisis, sólo resta antes de pronun-

ciar el fallo a que el mismo conduce cerrar la cuestión, que al término del fundamento 5.º dejábamos en cierto modo abierta, y precisar cuál es el alcance concreto que debe atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad en este supuesto, en el que juzgamos sobre un sistema articulado mediante distintos preceptos.

La cuestión a que antes nos referimos es la que abríamos al decir que la valoración constitucional concreta de la figura de la sujeción conjunta al impuesto sólo podía hacerse teniendo en cuenta la utilización que de tal figura hace la Ley. En ésta, como hemos visto, la figura es aplicada (artículo 5, 1, regla primera) a un grupo de personas entre las que existen efectivamente relaciones relevantes desde el punto de vista tributario, de tal modo que dicha aplicación no puede ser tachada de arbitraria, aunque tampoco impuesta en términos tales que hagan imposible la imposición separada cuando en la práctica no se dan efectivamente esas relaciones. Para hacer efectiva la sujeción conjunta al impuesto, el legislador ha utilizado, sin embargo, un sistema que es constitucionalmente inaceptable porque incrementa de manera claramente discriminatoria la cuota tributaria (art. 7, 3), a cuyo pago están solidariamente obligados todos los integrantes de la unidad familiar (arts. 31, 2, y 34, 6), debiendo los cónyuges que la integran suscribir conjuntamente una declaración única, o, en todo caso, cuando no hubiese acuerdo entre ellos, formular cada uno de ellos una declaración comprensiva de todas las rentas de la unidad familiar (art. 34, 2), con lo que se violenta tanto la intimidad individual de los propios cónyuges, como la de la familia. La verificación de estas transgresiones constitucionales lleva, como es inevitable, a la invalidación de tales preceptos, pero como hemos cuidado de subrayar, esta invalidación viene impuesta, en lo que toca a los artículos 31 y 34, no porque resulte contrario a la Constitución el núcleo central de estos preceptos (el establecimiento de la responsabilidad solidaria o la imposición del deber de formular conjuntamente una declaración única), sino por determinaciones en cierto sentido accesorias (la responsabilidad solidaria respecto de una obligación de pago cuyo contenido se determina según un método discriminatorio, en un caso; la regulación prevista para el supuesto de discordia entre los cónyuges, en el otro), que no guardan conexión necesaria con el principio de sujeción conjunta al impuesto, cuya invalidación no exigen en consecuencia. Tampoco hay relación necesaria, como ya hemos visto, entre el principio de sujeción conjunta y el sistema de acumulación de rentas que prevé el artículo 7, 3, que más bien implica una contradicción lógica con aquél. Si la razón de ser de la sujeción conjunta reside en la comunicación de rentas existente entre los integrantes de la unidad familiar, es obvio, en efecto, que los incrementos de renta de que unos miembros de dicha unidad se benefician como resultado de su integración en ella, significan una disminución en la renta de otros y que, en consecuencia, la determinación de la base imponible de la unidad tributaria ha de tomar en cuenta la pluralidad de sujetos, en lugar de ignorarla, como sucede en el caso de la pura acumulación.

Es claro, en razón de lo dicho, que la remisión que el artículo 4, 2, hace a los artículos 7, 3; 31, y 34, de la propia Ley 44/1978, queda ahora, al resultar éstos inválidos, privada de contenido; pero en cuanto que tal invalidez no se produce por razones que deriven necesariamente del principio de sujeción conjunta que el citado artículo 4, 2, consagra, no comporta la invalidez de éste.

Como hemos indicado en los fundamentos 6.º y 9.º de esta Sentencia, sin embargo, la validez, en principio, del sistema de la sujeción conjunta de todos los miembros de la unidad familiar al impuesto, no puede ser entendida en términos tan absolutos que permita ignorar la existencia en la práctica de supuestos en los que su aplicación concreta resulta imposible o produce efectos discriminatorios, sea porque modifica en términos que nada justifica el gravamen tributario que pesa sobre los sujetos pasivos, sea porque extiende la responsabilidad de éstos en razón de una solidaridad que, dadas las circunstancias, adolece de la misma falta de justificación.

En la medida en la que ni por su tenor literal, ni a través de la remisión a otros preceptos, el artículo 4, 2, abre posibilidad alguna de sujeción separada al impuesto de los miembros de la unidad familiar, para atender esos supuestos en los que la sujeción conjunta es imposible o carece de toda justificación, pero sólo en esa medida, la norma en él contenida ha de ser considerada contraria a la Constitución. Que esa posibilidad a que nos referimos sea establecida por el legislador como opción libre e incondicionada del contribuyente, junto a la sujeción conjunta, o como fórmula utilizable sólo en supuestos determinados, es cosa que únicamente al legislador toca decidir, en el caso de que no opte, como también es en principio constitucionalmente posible, por hacer de la sujeción separada al impuesto la regla universal, pues como es evidente este Tribunal ha de limitar su juicio a la opción realizada por el legislador de 1978, no modificada en lo sustancial por las reformas introducidas en 1985 y 1988. También es claro que, como ya decíamos respecto del artículo 24 de la Ley 44/1978 en el fundamento anterior, la constatación de la inconstitucionalidad del artículo 4, 2, de esta misma Ley no puede ir acompañada de la declaración de nulidad, pues su aplicación no ha violado ni viola precepto constitucional alguno en todos aquellos casos, sin duda, la mayoría, en los que entre los miembros de la unidad familiar sujetos conjunta y solidariamente al impuesto median las relaciones que justifican esta modalidad impositiva y, a través de ella, han podido beneficiarse también algunas medidas de protección a la familia.

En lo que toca a los efectos, hemos de comenzar por recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39, 1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (art. 38, 1, LOTC), y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad.

Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento.

La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el presente caso, con los artícu-

los 4, 2, y 24, 1, *b*), sin que sea necesario repetir o desarrollar las razones ya dadas. Más detalladas precisiones exige la determinación de cuál haya de ser el alcance de la nulidad de otros preceptos de la Ley.

La primera de tales precisiones es la que arranca de la constatación de que los preceptos de la Ley 44/1978 declarados inconstitucionales formaban parte de un sistema legal cuya plena acomodación a la Constitución no puede alcanzarse mediante la sola anulación de aquellas reglas, pues la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el régimen del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en términos compatibles con la Constitución. La infracción del principio constitucional de igualdad no podría ser reparada, en este caso, mediante la pura y simple extensión a los contribuyentes integrados en unidades familiares del régimen legal establecido para la tributación de quienes no lo están, pues, como es obvio, tal hipotética equiparación no sólo desconocería la legitimidad constitucional, repetidamente afirmada en esta Sentencia, que en principio tiene la sujeción conjunta al impuesto, sino que también habría de provocar, en el actual marco normativo, resultados irracionales e incompatibles, a su vez, con la igualdad, en la medida en que otras piezas del sistema legal (destacadamente, el sistema de deducciones) no han sido afectadas por el fallo de inconstitucionalidad y permanecen, por consiguiente, en vigor, una vez depurada la Ley de las disposiciones viciadas.

Le cumple, pues, al legislador, a partir de esta Sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa, que, como hemos venido señalando, no puede ser ni desconocida ni sustituida por este Tribunal Constitucional, al que en un proceso como el que ahora concluye, sólo le corresponde apreciar la conformidad o desconformidad con la Constitución de los preceptos enjuiciados (art. 27, 1, de su Ley Orgánica), cuya ilegitimidad constitucional, sea cual sea la fórmula utilizada (nulidad o simple inconstitucionalidad) hace jurídicamente imposible su aplicación al ejercicio de 1988, puesto que el impuesto a él correspondiente, aunque ya devengado, no puede ser liquidado y exigido de acuerdo con preceptos contrarios a la Constitución.

La segunda de las mencionadas precisiones es la de que entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquellas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (artículo 40, 1, LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9, 3, CE), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes; la conclusión contraria, en efecto, entrañaría —como con razón observa el representante del Gobierno— un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió sin éxito ante los Tribunales, en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales.

Por último, y para concluir, conviene precisar que tampoco en lo que se refiere a los pagos hechos en virtud de autoliquidaciones o liquidaciones provisionales o definitivas acordadas por la Administración puede fundamentar la nulidad que ahora acordamos pretensión alguna de restitución. También en este supuesto, en efecto, esa nulidad provoca una laguna parcial en un sistema trabado que, como tal, no es sustituido por otro sistema alguno.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por RICARDO EGEA IBÁÑEZ y
SALVADOR MÍNGUEZ SANZ

DOS ESPOSOS FORMALIZAN UN CONVENIO DE SEPARACION Y AUNQUE EL DOCUMENTO, SUSCRITO EN CANADA, NO ES CLARO DEL TODO, AL HABERSE REDACTADO POR TECNICOS EXTRANJEROS, DEBE PREVALECCER LA AUTENTICA VOLUNTAD DE LAS PARTES, INTERPRETANDO TODAS SUS CLAUSULAS, DE DONDE SE DEDUCE QUE LO PRETENDIDO FUE ACORDAR LA LIQUIDACION DE SU SOCIEDAD CONYUGAL (RESOLUCIÓN DE 23 DE JUNIO DE 1988. «BOE» DE 2 DE AGOSTO).

A) *Hechos*.—I. El día 4 de enero de 1983, en Columbia Británica (Canadá), don Antonio Felipe Barrena Lorrio y su esposa, doña María Concepción Gutiérrez de la Verde, formalizaron un convenio de separación (en el que la esposa figura con el nombre de María Concepción Barrena). En dicho convenio, entre otras, se establecen las siguientes cláusulas:

«3. Excepto lo previsto en otro lugar de este convenio, el esposo y la esposa conservarán cada uno de ellos sus propios dineros, ahorros, inversiones, seguro, pensiones o similares que cada una de las partes pueda tener o vaya a tener en su propio nombre, según el caso.

12. El esposo y la esposa por la presente convienen y acuerdan no hipotecar el crédito de la otra parte, y cada una de las partes mantendrá en todo momento libre a la otra parte de toda deuda, obligación y responsabilidad que a partir de ahora puede contraerse o incurrirse, así como de toda acción, actuación, reclamación y demanda, costas, demandas y gastos de cualquier clase con respecto a dichas deudas y responsabilidades, o cualquiera de ellas, y el esposo y la esposa por la presente acuerdan hacer lo necesario y suscribir los seguros que puedan ser necesarios para el cumplimiento de este pacto.

13. Cada una de las partes renuncia, cede y libera a la otra parte de todos los derechos, título e interés en el patrimonio de la otra parte, así como todo derecho a participar, beneficiarse o administrarse el patrimonio de la otra parte, y ninguna de las partes iniciará ninguna actuación, bien sea por Ley o en otra forma, contra el patrimonio de la otra, y teniéndose en cuenta además que si el esposo o la esposa falleciesen en vida de la otra parte, todos los bienes, si los hubiere, que de no ser por este pacto

pasarían a la otra parte y pertenecerían a la misma, recaerán por derecho de sucesión a una persona o personas a las cuales dichos bienes habrían sido transmitidos si el esposo y la esposa, y cada uno de ellos, hubiese fallecido sin testar y sin haber contraído matrimonio.

14. Excepto lo estipulado anteriormente en este convenio, la esposa y el esposo por la presente se liberan mutuamente de todo derecho que él o ella pudiera tener para administrar o compartir el patrimonio de la otra parte, y por la presente se relevan de todos los derechos que ella o él pudieran tener en el patrimonio según las estipulaciones de la Ley sobre Modificación de Testamentos y la Ley de Administración de Bienes de la Provincia Columbia Británica.

21. Las partes, y cada una de ellas, expresan, reconocen y acuerdan que los pagos y demás estipulaciones aquí contenidas constituyen una liquidación completa y final de todos los derechos contra la otra parte con respecto a los bienes, patrimonio y manutención de la otra parte, y en particular todos los derechos para una pensión alimenticia provisional y manutención permanente en cualquier acción que cualquiera de las partes pueda entablar contra la otra.»

Con posterioridad, el día 27 de julio de 1983, el señor Barrena compró el apartamento número 31 del edificio sito en Madrid, calle Capitán Haya, número 43, en escritura de dicha fecha ante el Notario recurrente, que se inscribió en el Registro de la Propiedad número 7 de los de Madrid el día 10 de octubre de dicho año. En la comparecencia de esta escritura, el citado señor Barrena manifestó que se encontraba casado, por lo que dicha finca fue inscrita en el mencionado Registro como ganancial de dicho señor y su esposa.

El día 19 de abril de 1985 se presentó demanda de divorcio ante el Tribunal Supremo de Columbia Británica, actuando el esposo como demandante y la esposa como demandada. El citado Tribunal dictó fallo de divorcio condicional, con fecha 28 de junio de 1985, que se transforma en sentencia absoluta de divorcio el día 11 de octubre del mismo año.

Posteriormente, el día 12 de noviembre de 1985, el esposo otorga acta de manifestación, también ante el Notario recurrente, en la que hizo constar que su situación conyugal real no era la de casado propiamente dicha, sino la de separado de cuerpos y bienes, según el convenio suscrito por ambos esposos, citado anteriormente.

Por último, el día 28 de noviembre de 1986, la Sala Primera del Tribunal Supremo de España dictó auto, concediendo el exequátur a la sentencia de divorcio del Tribunal Supremo de Columbia Británica.

II. Presentada el acta de manifestación antes citada, con la que se adjuntaban otros documentos, en el Registro de la Propiedad número 7 de los de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción a que se refiere el precedente documento, por no constar en el convenio de separación el régimen económico-matrimonial adoptado, ni el régimen de las futuras adquisiciones de don Antonio Felipe Barrena Lorrio y doña María Concepción Gutiérrez de la Verde.—Madrid, 10 de marzo de 1987.—El Registrador, firmado: José Velloso Jiménez».

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el derecho aplicable es el español, ya que ambos cónyuges ostentan la nacionalidad española. Que en el documento calificado, el señor Barrena hizo constar que su

situación conyugal real no era la de casado propiamente dicha, sino la de separado de cuerpos y bienes, según el convenio suscrito por ambos esposos el día 4 de enero de 1983. Que la nota de calificación en sí no es nada clara, pues no se sabe si el Registrador pone dos defectos o solamente uno, aunque emplea la conjunción copulativa «ni», impugnándose en todo caso ambos defectos. En realidad es un solo defecto, puesto que determinado el régimen matrimonial aplicable, el régimen de las futuras adquisiciones quedará sujeto a lo que la Ley disponga sobre el nuevo régimen matrimonial. Que las cláusulas 13 y 14 del convenio de separación son suficientemente expresivas para indicar que se ha pactado el régimen de separación de bienes, especialmente cuando el convenio se contempla en su conjunto. En el convenio se pactó liquidación de bienes y se liquidaron minuciosamente los bienes comunes, lo cual se redactó en inglés y en la forma que corresponde a la tradición jurídica de la Columbia Británica (Canadá). Que establecida la cesación de la sociedad conyugal no es preciso pactar ningún régimen especial, puesto que automáticamente entra en vigor el régimen de separación de bienes (art. 1.435, núm. 3, del Código Civil), y entrando en vigor dicho régimen, pertenecen a cada cónyuge los bienes que adquiriera por cualquier título (art. 1.437 del Código Civil). Que, por último, este tipo de inexactitudes registrales comprobables plenamente en virtud de documentos cuya validez no ha sido puesta en duda, se debe rectificar por el Registrador a instancia de parte, conforme declaró la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de marzo de 1978.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que en el acta de manifestación otorgada por el señor Barrena, ya como divorciado de su esposa, el día 12 de noviembre de 1985, pero antes del exequátur del Tribunal español, se solicita se inscriba la finca inscrita con carácter ganancial, adquirida mediante escritura de compraventa el día 27 de julio de 1983, como privativa del mismo, y apoya esta solicitud en el convenio de separación de 4 de enero de 1983, realizado en Columbia Británica (Canadá), que en el momento de la compra se omitió. Que examinado dicho convenio se observa una gran anarquía en su redacción de conjunto, resultando prácticamente todas sus cláusulas ambiguas, genéricas, y omiten la idea fundamental expresada en la nota registral recurrida. Parece que se desprende de la lectura del mismo una voluntad de los esposos de acabar con la vida en común, preparar un divorcio futuro, pero no excluyen una posible reconciliación. Que, por otra parte, en la demanda de divorcio se dice que los esposos formalizaron un contrato de separación por consenso mutuo, por última vez, el día 1 de abril de 1982, antes del convenio de referencia, que lleva la rúbrica de acuerdos de separación y arreglos económicos, y la situación económica se refiere a ingresos y capital de cada cónyuge. Que de todo lo anterior se desprende la idea de que no hay apoyo legal suficiente para solicitar la modificación de la inscripción registral ya practicada. En efecto, nos encontramos con que dicha inscripción reconoce un derecho a favor de dos personas, posteriormente una sola de ellas solicita la inscripción a su favor con carácter privativo y se opina que ello exigiría un documento en el que no hubiera ninguna duda sobre la voluntad de los esposos, sobre su extensión y contenido, requisitos que indudablemente no se dan en el presente caso. Que cabe preguntarse: ¿cómo puede olvidarse una persona al comparecer en una escritura de compra de una circunstancia

tan fundamental como señalar que está separado de su esposa y que hay un acuerdo previo de separación firmado casi siete meses antes de la compra?, y ¿cómo se dejan transcurrir más de dos años desde la compra hasta el acta de manifestación en la que se solicita se modifique la inscripción registral ya practicada y que es posterior al divorcio? Que en relación con el escrito del señor Notario recurrente se hacen las siguientes consideraciones: 1.º En el acta de manifestación, el señor Barrena manifiesta textualmente que su situación real en la fecha de compra era la de separado de su esposa y solicita se inscriba como bien privativo la finca; por tanto, no es exacto que el citado señor dijera que estaba separado de cuerpo y bienes de su esposa. Ambas expresiones no son idénticas, pues reflejan cada una voluntades distintas. 2.º La nota de calificación recurrida es clara, contundente y concreta. En efecto, lo que se quiere indicar con los términos expresados en la misma es la falta de voluntad de los esposos en el convenio discutido, de establecer una auténtica separación de bienes, una extinción del régimen matrimonial anterior y, como consecuencia de ello, el régimen de las futuras adquisiciones de los esposos. Parece que los esposos solamente pretenden una solución momentánea y provisional que arregle su crisis matrimonial sin mayor alcance de futuro patrimonial. 3.º Ni las cláusulas 13 y 14, individualmente consideradas ni en su conjunto con las demás del convenio, permiten asegurar que se ha pactado el régimen de separación de bienes por los esposos. En este punto, hay que precisar que el lenguaje jurídico de cualquier documento ha de ser lo suficientemente preciso y claro para poder interpretar correctamente un determinado acto, aunque el mismo se otorgue en el más apartado lugar, sobre todo teniendo en cuenta que el documento, cuya nota se recurre, se otorga en España, ante un Notario español, se solicita su inscripción en un Registro de la Propiedad español, los interesados son españoles y el Derecho aplicable es el español; además, en el propio convenio se insiste más de una vez que los esposos interesados han sido asesorados debidamente por Abogados y profesionales del Derecho. 4.º Los artículos 1.435 y 1.437 del Código Civil, invocados por el señor Notario, no tienen nada que ver con el supuesto debatido; además, cita el número 3 del artículo 1.435, que en relación con los artículos 1.392 y 1.393 del mismo Código, se establecen los casos en que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho, no dándose ninguno de estos casos en el presente supuesto. 5.º Se rechaza el término de inexactitudes registrales, pues no hay tales y, por tanto, el Registrador no tiene nada que rectificar. Que, por último, se considera, en virtud de lo establecido en la estipulación 20 del convenio, que no sería tan difícil que la esposa prestara su consentimiento a la modificación registral pretendida.

V. El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en que en el pacto de intenciones suscrito por los cónyuges no aparece de forma indubitada el convenio de separación de bienes, en los términos previstos en el artículo 1.435, números 1 y 3, del Código Civil. Y, por otra parte, de haberse disuelto no consta su liquidación, conforme a los artículos 1.392 y 1.396 del Código Civil. De ahí que no puede prevalecer la declaración unilateral de un cónyuge para desafectar un bien de la sociedad ganancial, sin el consentimiento expresado u obtenido del otro.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que para liquidar es preciso que la sociedad

de gananciales esté disuelta (art. 1.396 del Código Civil), y la sociedad concluye «de pleno derecho» cuando se convierte un régimen distinto (artículo 1.392 del Código Civil). Así, pues, pactado un régimen distinto, procedería o no la liquidación, que se realizaría de mutuo acuerdo o no, pero el régimen de separación entra automáticamente en vigor (confróntese arts. 1.394 y 1.395 del Código Civil); así que si la sociedad de gananciales estaba disuelta en la fecha que el señor Barrena adquirió, es inoperante que dicha sociedad estuviera liquidada; obsérvese que la liquidación si toma carácter contencioso puede durar años (art. 1.410 del Código Civil) y no es admisible que mientras tanto sigan las adquisiciones de cualquiera de los cónyuges teniendo carácter ganancial. Que la resolución recurrida no es nada clara, habla de un pacto, pero pocas líneas después lo que rechaza es una declaración unilateral. Por otra parte, no dice que no exista convenio de separación, sino que éste no aparece «de forma indubitada». Por tanto, se considera que el único problema de este recurso es puramente terminológico si en el convenio por el que los cónyuges se separan se produce también la separación de bienes. El artículo 4.º de la Ley Hipotecaria permite la inscripción de los documentos y sentencias extranjeros, y este artículo quedaría inoperante si se exigiera que los documentos extranjeros se atengan a la terminología habitual en España, pues, evidentemente, nunca lo harán; ello es más claro en los documentos anglosajones, que responden a otros conceptos jurídicos. A un jurista británico no le interesa el régimen matrimonial, ya que en ellos no distinguen; a ellos lo que les interesa es en qué casos puede el marido interferir los negocios de su mujer o viceversa. En el documento discutido si se busca la palabra gananciales no aparecerá, porque no la conocen (el diccionario Collins no la menciona), pero en el documento queda claro que ambos cónyuges económicamente quedan desligados el uno del otro.

B) *Resolución*.—La Dirección General acuerda *estimar* el recurso interpuesto y revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Para ello se basa en los siguientes

C) *Fundamentos de Derecho*.—Vistos los artículos 1.255, 1.281, 1.284, 1.285 y 1.286 del Código Civil; 1, 3.º y 4.º, de la Ley Hipotecaria; 117 y 118 del Reglamento Hipotecario, y 266 del Reglamento del Registro Civil.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso concurren las siguientes circunstancias definidoras:

En 27 de julio de 1983, el otorgante del documento ahora calificado compra, por escritura pública, un inmueble, declarando que estaba casado. En virtud de ese título en la inscripción correspondiente se hace constar el carácter ganancial de aquél.

Por acta notarial otorgada en 1985 y presentada en el Registro en 1987, manifiesta que su situación, al tiempo de la adquisición, no es la de casado, sino la de separado, según convenio suscrito entre ambos cónyuges el 4 de enero de 1983, de modo que solicita la inscripción de aquel inmueble como bien privativo suyo.

Presenta con el acta testimonio notarial de la traducción oficial de un convenio suscrito, al parecer, en Canadá, en 4 de enero de 1983, delante de dos Abogados, cuya firma no consta.

El Registrador rechaza esa petición por entender que en el convenio de separación aportado no consta el régimen económico-matrimonial adoptado ni el régimen de las futuras adquisiciones de uno y otro cónyuge.

2. La necesaria concreción del recurso gubernativo y de la resolución que en él se dicte, a las cuestiones directamente relacionadas con la nota impugnada (art. 117 y 118 del Reglamento Hipotecario), impone el análisis exclusivo de las cláusulas del convenio citado, de su preciso alcance y contenido, y en este sentido debe tenerse en cuenta que, aunque por venir redactado por técnicos extranjeros, sus términos no sean los más ajustados al ordenamiento español, la prevalencia de la verdadera voluntad de las partes como elemento rector del proceso interpretativo, en nuestro ordenamiento (art. 1.281 del Código Civil), la valoración conjunta de las cláusulas del contrato (art. 1.285 del Código Civil); el criterio de que las cláusulas contractuales deben entenderse en el sentido más adecuado para su eficacia (art. 1.284 del Código Civil), juntamente con el tenor literal de las cláusulas del aludido convenio de 4 de enero de 1983, en especial los números 3, 13, 14 y 21, permiten afirmar de modo inequívoco que lo pretendido por los otorgantes fue acordar la liquidación, hasta ese día, de su anterior régimen económico y, para el futuro, la separación de personas y la más absoluta separación patrimonial entre ellos desde el momento del otorgamiento y, en consecuencia, no procede mantener el único obstáculo alegado por el Registrador, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento Hipotecario.

D) COMENTARIO.—I. Los hechos cronológicamente se dan así: El 4 de enero de 1983, A. F., marido, y M. C., esposa, otorgan en Canadá (Columbia Británica) un convenio de separación de bienes en la forma que recoge el texto de la resolución citada.

El 27 de junio de 1983, A. F., marido, compra ante Notario en Madrid un piso en dicha ciudad sito en la calle Capitán Haya, número 43. En la comparecencia, A. F., marido, declara que está casado, por lo que se inscribe como ganancial en el Registro de la Propiedad número 7 de Madrid. El 4 de abril de 1985, A. F. presenta demanda de divorcio en Canadá; el correspondiente Tribunal dicta sentencia de divorcio condicional el 20 de junio de 1985, acordando que se transforme en divorcio definitivo el 11 de octubre de 1985.

El 12 de noviembre de 1985, el marido, A. F., otorga ante Notario en Madrid, que, a su vez, es el Notario recurrente, un acta en el que hace constar que su situación actual era la de separación absoluta, según el convenio citado hecho el 4 de enero de 1983 en Canadá (Columbia Británica).

El Registrador deniega la inscripción a que se refiere el precedente documento por no constar en el convenio de separación el régimen económico matrimonial adoptado ni el régimen de las futuras adquisiciones de A. F., marido, y M. C., mujer.

El Notario autorizante interpone recurso gubernativo contra la anterior calificación y alega que el Derecho aplicable es el español, ya que ambos ostentan la nacionalidad española; que en el convenio se pactó la liquidación de bienes y se liquidaron los bienes comunes, lo cual se redactó en inglés y en la forma que corresponde a la tradición jurídica de la Columbia Británica (Canadá); que establecida la cesación de la sociedad conyugal no es preciso pactar ningún régimen económico, puesto que entra en vigor el régimen de separación de bienes (art. 1.435, 3, del Código Civil).

II. Se trata de un documento de sustitución y liquidación de una comunidad conyugal por un convenio de separación de bienes otorgado por A. F., marido, y M. C., su mujer, ambos de nacionalidad española, aunque el documento se ha hecho en Canadá (Columbia Británica), y constituye un documento privado traducido oficialmente, hecho en presencia de dos Abogados y en el que no consta la firma de ellos. Se trata de un supuesto típico de Derecho Internacional Privado y aplicación de las normas de este Derecho, que no aparecen, a nuestro juicio, ni en la nota denegatoria del Registrador, ni en el informe del Notario, ni en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

F. ROZAS (*Tráfico jurídico externo y Derecho Internacional Privado*, página 23) señala que hay que buscar un criterio para distinguir cuándo nos hallamos ante una situación de tráfico jurídico interno o una situación de tráfico jurídico externo donde se aplican las normas del Derecho Internacional Privado. El Código Civil distingue entre normas de tráfico interno, que son todas las del Código Civil, y normas de Derecho Internacional Privado, que son las excepciones (arts. 8-12 del Código Civil). Las características de estas normas residen, según dice ROZAS, en la presencia de un elemento extranjero en la relación jurídica. La jurisprudencia extranjera, dice este autor, reglamenta aquellos hechos que no están conectados con el Estado en todos sus elementos, sino, por el contrario, en la relación jurídica existen determinados elementos de extranjería, que es lo que justifica la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado. Así, en el Código Civil español, en el artículo 9, 2, se dice que las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por la última Ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la Ley nacional del marido al tiempo de su celebración; aparece, pues, en la Ley nacional común o en la Ley del marido el elemento de extranjería que hace aplicar la norma Derecho Internacional Privado del artículo 9, 2.

En el supuesto examinado por esta resolución, se trata de un convenio de separación de bienes hecho por dos españoles, pero el lugar del otorgamiento es Canadá. Aparece, por tanto, el elemento extranjero por el lugar donde se ha otorgado dicho convenio y la aplicación en la forma que vamos a exponer del artículo 11 del Código Civil.

La primera calificación que se va a hacer de un documento que se inscribe en el Registro de la Propiedad, es decir, si es un documento público o privado. PÉREZ VERA (*Derecho Internacional Privado*, parte especial, pág. 307), al hablar de la prueba extraprocesal de un documento extranjero, la primera cuestión a resolver en la calificación es si se trata de un documento público o privado. Y en este caso, considera PÉREZ VERA que no cabe aplicar la mecánica de la *lex fori* (art. 12, 1, del Código Civil), ya que ello podía dar lugar a consecuencias difíciles de resolver; en consecuencia, se impone la colaboración y adaptación de los sistemas jurídicos implicados en la cuestión que se va a calificar.

AGUILAR NAVARRO (*Lecciones de Derecho Civil Internacional español*, página 365) señala cómo en todos los ordenamientos se conoce la distinción entre documentos públicos y privados; los primeros gozan de un régimen privilegiado de autenticidad en la prueba y más aún respecto a ciertos extremos de ellos, como la fecha y la firma. La calificación de un documento como público o privado puede venir dada por la Ley del Estado que ha creado o instituido la autoridad que hace el documento, y, sin embargo, su valor procesal viene dado por la *lex fori*. Dice este

autor que hay que tener en cuenta la Ley bajo la cual se hace el documento con el fin de evitar situaciones difíciles, y en este sentido cita la Sentencia de un Juzgado de Mahón de 13 de octubre de 1980, donde se demostraba la existencia de un matrimonio fundado en un libro oficial expedido en el Registro de Personas de la ciudad de Buenos Aires y que es semejante al Libro de Familia en España.

Estamos ante un documento privado según la calificación de la *lex fori* (art. 12, 1, del Código Civil), ya que se trata de un documento de separación de bienes otorgado por dos españoles en Canadá (Columbia Británica), aunque hemos expuesto la opinión doctrinal de las dificultades que la aplicación estricta de la *lex fori* plantea en los documentos extranjeros.

Este documento privado de separación de bienes se presenta en el Registro de la Propiedad con un acta notarial el 12 de noviembre de 1985; en dicha acta se manifiesta que cuando el 27 de junio de 1983 se compra el apartamento de Madrid, ya se había suscrito con anterioridad el convenio de separación de bienes en Canadá, que tiene fecha 4 de enero de 1983. El acta notarial de 12 de noviembre de 1985 va acompañada del convenio de separación hecho en Canadá, traducido y suscrito por ambos cónyuges; del texto de la resolución se deduce que fue en presencia de dos Abogados cuyas firmas no constan. El problema que se plantea es del valor de este acta notarial de 12 de noviembre de 1985.

El acta de protocolización de un documento privado no transforma dicho documento privado en documento público; después de hecha dicha acta de protocolización, el convenio según calificación de la *lex fori* (artículo 12, 1, del Código Civil) sigue siendo documento privado. El Reglamento Notarial en materia de actas de protocolización distingue:

1.º Documentos públicos autorizados en el extranjero que una vez legalizados en forma podrán ser protocolizados en España, mediante acta que suscribirá el interesado si se hallara presente. En otro caso, bastará la afirmación del Notario de haberle sido entregado el documento a tales efectos (art. 212 del Reglamento Notarial).

2.º Artículo 215 del Reglamento Notarial. Los documentos privados cuyo contenido no sea materia de contrato, podrán protocolizarse por medio de acta cuando alguno de los contratantes desee evitar su extravío y dar autenticidad a su fecha; pero se expresa que en tal caso la protocolización se efectúa sin ninguno de los efectos de la escritura pública y sólo a los efectos del artículo 1.227 del Código Civil. La protocolización por medio de acta de un documento privado produce efectos jurídicos respecto del documento, la autenticidad de la fecha (art. 1.227 del Código Civil), pero no transforma un documento privado en documento público. En las actas de protocolización —dice GONZÁLEZ PALOMINO—, la actividad del Notario se limita a recibir el documento y después incorporarlo al protocolo notarial. Como hemos visto, el documento que se presenta en el Registro de la Propiedad es un acta del Notario que da fecha fehaciente a dicho documento extranjero, pero que no convierte el documento privado en público y que, en principio, no debía tener acceso al Registro de la Propiedad porque no cumple los requisitos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, que dice que para que puedan ser inscritos los títulos deberán ser consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico; por otra parte, no se halla en los casos y supuestos que examinamos

de acceso al expresado Registro de la Propiedad de documentos privados (NÚÑEZ LAGOS: *Estudios de Derecho Notarial*, pág. 658. E. GIMÉNEZ ARNAU: *Derecho Notarial*, pág. 767).

Podemos terminar esta cuestión con el valor de la intervención en el documento del *Notary Public*, típico del Derecho anglosajón. El Instituto del Notariado, tal como existe en los países del *Civil Law*, es desconocido en los países del Derecho anglosajón: *Common Law*. En este Derecho, el *Notary Public* tiene una sola misión, la autenticidad de firmas en el documento, en cuya redacción él no participa. Acto formal en el Derecho inglés es el contrato llamado *act under seal*; el *Notary Public* no conserva copia de los documentos a los cuales da autenticidad y su función queda reducida a la mera autenticidad de las firmas. Otra de las funciones del *Notary* son hechas por el *solicitor*, que es un término que tiene difícil traducción en los países del *Civil Law*. El *solicitor*, junto al *barrister*, son las personas sobre las cuales se funda la actividad forense en el Reino Unido. El *solicitor*, sin embargo, tiene una intervención en los llamados *conveyancing*, que indica el complejo procedimiento de transmisión de bienes inmuebles. Todo *solicitor* puede ejercer a la vez de *Notary Public*; no termina esto sin hablar de los *commissioner for oah*t, que están autorizados para recibir juramentos o declaraciones juradas *affidavits*.

A este respecto, y en relación con el *Notary Public*, AGUILAR NAVARRO dice que cabe equiparar la función del *Notary Public* a la del Notario español, como se ha hecho en el Auto de la Audiencia Territorial de Barcelona de 26 de junio de 1979 (AGUILAR NAVARRO, *obra citada*, pág. 365). Aunque en el convenio citado, objeto de este comentario, tampoco interviene un *Notary Public*, sino solamente aparece, según el texto de la resolución firmado por las partes. Este problema de equiparación entre el *Notary Public* y el Notario francés se ha planteado también en este Derecho: MAYER (*Droit I. Prive*, pág. 288).

III. *Calificación del acto o contrato*.—Determinado si un documento es público o privado, como primera medida para que dicho documento tenga acceso al Registro de la Propiedad (arts. 3 de la Ley Hipotecaria y 10, 1, del Código Civil), que dice que la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles (así como su publicidad), se registrarán por la Ley donde sitúen; hay que calificar el contenido de dicho documento. En todo documento público hay dos conceptos perfectamente diferenciados: el instrumento, ya examinado, y el acto o negocio jurídico contenido en él, que vamos a examinar.

En la calificación de dicho documento, el Registrador no califica el contenido cuando dice que en el convenio de separación no consta el régimen matrimonial adoptado. El Notario, en el acta citada, dice que establecido el convenio de separación de bienes, no es preciso pactar expresamente ningún régimen económico matrimonial, pues éste ya viene dado por el artículo 1.435, 3, del Código Civil, cuando dice que existirá el régimen de separación de bienes cuando se extinga constante matrimonio la sociedad de gananciales, salvo que por voluntad de los interesados fuese sustituido por otro régimen distinto. Para el Notario, el convenio está redactado en inglés, en la forma que corresponde a este territorio, pero no se alega ni se prueba el Derecho extranjero que rige la forma de los actos jurídicos realizados en Canadá (Columbia Británica) (artículo 12, 6, del Código Civil), aunque esta norma se refiera expresamente

a Tribunales y Autoridades. Por otra parte, no parece que haya un informe o aseveración del Notario para acreditar que el convenio se ha hecho bajo la forma jurídica válida en Canadá, según el artículo 36 del Reglamento Hipotecario. La calificación jurídica del acto o contrato hecha por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que estamos comentando, dice que al convenio citado hay que aplicar la verdadera voluntad de las partes (art. 1.281 del Código Civil), la valoración conjunta de los términos (arts. 1.282 y 1.285 del Código Civil); todo esto permite afirmar de una manera inequívoca que se trata de un convenio que ha pretendido acordar la liquidación del régimen económico matrimonial de ambos cónyuges y pactar para el futuro la separación matrimonial de bienes.

En materia de régimen económico matrimonial, PÉREZ VERA (*Derecho Internacional Privado*, pág. 203) dice que las cuestiones son complejas, ya que existen por medio tres categorías jurídicas diferentes. Hay categorías referentes al derecho personal, a los derechos reales y al derecho de obligaciones; por eso este tema es un auténtico mosaico de legislaciones. Hay que tener en cuenta que en materia de calificación podemos encontrarnos ante unas capitulaciones de liquidación de un régimen de comunidad para pasar a un régimen de separación, y esto se funda en un concepto tan amplio como el que define las capitulaciones matrimoniales en el artículo 1.325 del Código Civil. En las capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, sustituir o modificar el régimen económico de su matrimonio o cualquiera otras disposiciones por razón del mismo.

IV. La calificación del convenio reconocido en esta resolución debe ser, a nuestro juicio, un convenio de capitulaciones matrimoniales o bien, sencillamente, unas capitulaciones matrimoniales, ya que de lo que se trata es convertir un régimen de comunidad en un régimen de separación de bienes, calificación que se hace con arreglo a la *lex fori* (art. 12, 1, del Código Civil). La calificación para determinar la norma de conflicto se basa, con arreglo a la Ley española, en la *lex fori*. Se trata de unas capitulaciones matrimoniales que, según el artículo 1.325 del Código Civil, modifica el régimen económico matrimonial, transformando el régimen de comunidad en un régimen de separación de bienes (art. 1.435, 3, del Código Civil). Pero esta relación jurídica así calificada tiene un elemento de extranjería que se ha otorgado en Canadá y esto lleva consigo la aplicación del sistema jurídico del Derecho Internacional Privado (artículo 8, 12, del Código Civil).

CAPACIDAD para otorgar el convenio. En cuanto a la capacidad para modificar este convenio, se rige por la Ley personal de los otorgantes de dicho convenio. Hay que tener en cuenta que los otorgantes, el marido, A. F., y la mujer, C. M., tienen la nacionalidad española y se rigen en cuanto a su capacidad por la Ley española. El artículo 9, 1, del Código Civil dice que la Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil. Estamos ante un supuesto de capacidad para otorgar este convenio, y esta capacidad se rige por la Ley española, puesto que españoles son ambos otorgantes.

Respecto a la FORMA, el problema es más complejo. En esta materia aparece el elemento de extranjería, ya que el convenio matrimonial objeto de este recurso está firmado por ambas partes en presencia de dos Abo-

gados cuya firma no consta y es otorgado en Canadá (Columbia Británica). Según UNED (*Derecho Internacional Privado*, tomo II, pág. 125), señala que además del texto general relativo a la forma de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos, el artículo 11, 2, del Código Civil dice que si la Ley reguladora del contenido de los actos o contratos exigiere para su validez una determinada forma, será siempre aplicada incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero. Hay que tener en cuenta que, según el artículo 1.327 del Código Civil, para la validez de las capitulaciones matrimoniales habrán de constar en escritura pública; este artículo 1.327, en relación con el 11, 2, determina que el convenio de capitulaciones matrimoniales es nulo por haberse otorgado en Canadá sin ninguna formalidad y con arreglo a los artículos 1.327 y 11, 2, del Código Civil. Por otra parte, ni en el informe del Notario, ni en el del Registrador, ni en el texto de la resolución, se hace ninguna referencia a la forma de los actos y contratos, en este caso capitulaciones matrimoniales hechas en Canadá según su legislación, que hubiese supuesto la aplicación del artículo 11, 1, del Código Civil.

Para PÉREZ VERA, se trata de hallar un correctivo a estas situaciones, ya que si se exige en el Derecho español la escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad, hay que buscar en el Derecho extranjero la equivalencia de sus instituciones semejantes a las nuestras, que son las que han sido citadas. Se trata de encontrar en el Derecho extranjero niveles razonables de certeza acerca de la identidad de las partes y de la fecha del acto, con el fin de evitar las consecuencias que suponen la aplicación estricta de la Ley española, como ocurre en este caso, ya que la aplicación del artículo 11, 2, del Código Civil, en relación con el 1.327, lleva consigo la nulidad de un convenio de separación de bienes, o sea, unas capitulaciones matrimoniales hechas en documento privado.

En este sentido, el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 dice, en su artículo 12, que el contrato matrimonial es válido en cuanto a la forma, tanto si ella responde a la Ley interna aplicable al régimen matrimonial o si responde a la forma del lugar donde se ha otorgado el contrato. Este contrato debe ser hecho siempre por escrito, firmado y fechado por los esposos.

Pero es que además de las leyes de forma aplicables al convenio reguladas en el artículo 11 del Código Civil, este documento fue inscrito en el Registro de la Propiedad. Además del artículo 11 había de aplicarse el artículo 10, 1, del Código Civil, que dice que la posesión, la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su PUBLICIDAD, se aplica la Ley del lugar donde se hallan. En relación con su publicidad, los títulos para ingresar en el Registro de la Propiedad, según el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, deben constar en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes en la forma que prescriben los Reglamentos. Está claro la no aplicación de esta norma (art. 10, 1, del Código Civil), en cuanto ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad un documento privado. Hay que tener en cuenta que, como excepción a la regla del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, hay una serie de documentos privados que tienen acceso al Registro de la Propiedad, como son notificación de documentos privados (art. 20 de la Ley Hipotecaria), anotación de créditos refaccionarios (art. 55 de la Ley Hipotecaria), cancelación de anotación preventiva (art. 103 de la Ley Hipotecaria), anotaciones preventivas que

tienen acceso al Registro de la Propiedad (art. 166, 11, del Reglamento Hipotecario), las anotaciones preventivas a que se refiere el artículo 172, 2, del Reglamento Hipotecario, solicitudes privadas de cancelación (artículo 208, 2, del Reglamento Hipotecario), pero en ninguno de estos casos está el supuesto de que trata esta resolución, que es, en definitiva, una modificación del régimen económico de comunidad de bienes, que pasa a ser un régimen de separación y que cabe considerarlo como unas capitulaciones matrimoniales. De ahí las dificultades que vemos del acceso de este documento al Registro de la Propiedad, no sólo por los defectos de forma (arts. 11, 2, y 1.327 del Código Civil), sino por la aplicación de la normativa que rige el Registro de la Propiedad sobre la base del artículo 10, 1, del Código Civil. Principio de publicidad que se aplica por la Ley del lugar donde se hallan los bienes inmuebles; en este caso, se trata de un piso adquirido en Madrid.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ

— *SE CONSIDERA INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO MERCANTIL LA CLAUSULA ESTATUTARIA POR LA QUE SE PROHIBE A LOS SOCIOS, MIENTRAS LO SEAN, DEDICARSE A LAS ACTIVIDADES QUE CONSTITUYEN EL OBJETO SOCIAL.*

— *EN CAMBIO, NO SE ADMITE EL SOMETIMIENTO DE LOS ACCIONISTAS A LA JURISDICCION TAN SOLO DE LOS JUZGADOS DE MADRID, CON EXCLUSION DE CUALQUIER OTRO FUERO, PORQUE EL ARTICULO 70, 2.º, DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS ES DE DERECHO NECESARIO Y NO PERMITE LA TRANSACCION.*

(RESOLUCIÓN DE 26 DE JULIO DE 1988. «BOE» DE 20 DE AGOSTO).

A) *Hechos.*—I. El día 24 de septiembre de 1987, el Notario de Valdemoro, don José Ramón Antón Riesco, autorizó escritura de constitución de la Compañía Mercantil «Sanrese, S. A.». Los artículos 10, 32 y 33 de los Estatutos de dicha Sociedad establecen lo siguiente:

Art. 10. La acción confiere a su titular la condición de socio y le atribuye, entre otros, los derechos a la participación en las ganancias y en el patrimonio en caso de liquidación de la Sociedad, el de preferente suscripción en la emisión de nuevas acciones por aumento de capital, el de asistir y votar en las juntas generales, el de impugnar y pedir la nulidad de los acuerdos sociales y el de exigir la responsabilidad de los administradores.

Queda prohibido a los socios dedicarse fuera de la Sociedad a las actividades que constituyan el objeto social durante el tiempo que dure su calidad de socios.

Art. 32. Las cuestiones que se susciten entre la Sociedad y uno o más accionistas, o entre éstos como tales, serán resueltas con arreglo a la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 67 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas, sobre impugnación de acuerdos sociales.

Art. 33. Los accionistas se someten expresamente a la jurisdicción del Juzgado de Madrid y concordantes, con renuncia a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles.

II. Presentada la referida escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Examinado el precedente documento, se suspende la inscripción por adolecer de los siguientes defectos: 1. El último párrafo del artículo 10 de los Estatutos no se aviene con una Sociedad de tipo capitalista como la Anónima; el artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas señala que se es socio por la adquisición de una acción; sólo en las Sociedades de carácter más personalista se admite la restricción para los socios en el ejercicio de la actividad de la Sociedad (art. 137 del Código de Comercio, y sólo para los administradores en el art. 12 de la Sociedad Limitada). 2. Debe salvarse en el artículo 33 de los Estatutos la competencia que señala el 2.º apartado del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que al ser de derecho necesario no admite transacción. Los defectos son subsanables.—Madrid, 13 de enero de 1988.—El Registrador.—Firmado: Luis María Stampa Piñero».

III. El Notario autorizante interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que causa extrañeza la nota puesta por el funcionario calificador, puesto que con anterioridad a la presente escritura se han realizado en la Notaría, a cargo del Notario recurrente, escrituras de la misma naturaleza y con los mismos e idénticos Estatutos, que han causado las correspondientes inscripciones en el Registro Mercantil. 1. En cuanto al apartado primero de la nota de calificación: Que, según la doctrina, la diferencia entre las Sociedades Anónimas y las Sociedades de carácter personalista no radica esencialmente en la restricción para los socios del ejercicio de la actividad de la Sociedad, sino que más bien se derivan por las modalidades de su fundación, por el número de otorgantes en la escritura, por la denominación o razón social, por el número mínimo de socios, por el número máximo de socios, por la división del capital en acciones negociables, por el desembolso del capital, por los aumentos del capital social, por la transmisibilidad de las acciones y participaciones, por el régimen de las Juntas y acuerdos, por la forma de tomar los acuerdos, por el derecho de voto, por impugnación de los acuerdos, por el nombramiento de administradores, por todas las especialidades del balance de cuentas y, finalmente, por las diferencias existentes en torno a la disolución y liquidación de unas y otras. Que la nota no es clara, ya que encubre, bajo una calificación de tipo general, un defecto que no ha sido sancionado con prohibición por ningún precepto, ni por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y sentencias del Tribunal Supremo. Que en la Sociedad Anónima, se distinguen hoy dos tipos claros y diferenciados: La Sociedad grande, abierta al público o capitalista, y la Sociedad más restringida, que se conoce doctrinalmente con el nombre de Sociedad Anónima familiar, en cuya virtud se modifica de modo regular el modelo recogido en la Ley de Sociedades Anónimas, haciéndola más propia de algo nuevo parecido a una Sociedad con reglas exteriores de representación y un régimen interior similar a una Sociedad Colectiva de Responsabilidad Limitada. Que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de abril de 1960 y 4 de octubre de 1982 establecen que en las Sociedades de capital modesto o familiares, las normas legales han de aplicarse con mayor flexibilidad. Que la única limitación establecida parece ser, a juicio del Registrador, para las Sociedades personalistas, especialmente las de responsabilidad colectiva, las de

los artículos 137 del Código de Comercio y 12 de la Ley de Responsabilidad Limitada; sin embargo, se olvida de la Exposición de Motivos de la propia Ley de Responsabilidad Limitada, de la que se deduce que la prohibición de ejercer el mismo género de comercio que las Sociedades de Responsabilidad Limitada es excesiva para imponerla a los socios en general; no lo es, en cambio, en relación con los administradores. Pero de lo dicho anteriormente no se deduce nada respecto de las Sociedades Anónimas, en las que no se sanciona, en modo alguno, la prohibición de concurrencia a los accionistas mientras ostentan dicha cualidad o condición, y, por tanto, lo que no está prohibido, está permitido. Que la normativa por la que ha de regirse la Sociedad Anónima objeto de este recurso es, en primer término, sus Estatutos; en segundo lugar, la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, y por las demás disposiciones legales concordantes que sean aplicables (art. 1.º de los Estatutos). Que los artículos 50 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas y 1.255 del Código Civil, a que hace referencia la Ley de Sociedades Anónimas, no prohíben la posibilidad de que los socios de una Sociedad Anónima de tipo peculiar, más bien familiar, puedan ser restringidos en el ejercicio de la actividad de la Sociedad; igualmente, de acuerdo con el artículo 85 de la Ley citada, en el caso presente son los propios socios fundadores los que imponen la limitación, si bien dejando a salvo la posibilidad de que en momentos ulteriores dicha limitación sea derogada por los propios miembros o socios de la Sociedad. Que las normas de Derecho deben ser interpretadas con arreglo a los criterios y principios de la buena fe, de conformidad con los artículos 58 del Código de Comercio y 1.258 del Código Civil, deber jurídico de cooperar legalmente al fin perseguido por el ordenamiento y las relaciones convenidas a su amparo; en este caso, tal deber no se puede interpretar nunca como prohibición, y el principio de legalidad a través de la calificación del órgano correspondiente no debe ser el cúmplase la calificación *ut pereat mundus*, sino el que se cumpla *ut non pereat mundus*. Que el socio adquiere alguna acción de la sociedad constituida en la escritura calificada, la adquirirá con la prohibición establecida en el artículo 10 de los Estatutos. Que, por otro lado, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 11, 5.º, de la Ley de Sociedades Anónimas. De entre las cláusulas potestativas que permite el citado precepto, no hay más limitación que la establecida en el artículo 1.255 del Código Civil, y así lo ha reconocido reiteradamente el Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 14 de febrero de 1963 y 27 de enero de 1968. Que la gran Empresa que lo sea por el número de socios no tiene nada que ver con la Sociedad a que se hace referencia en este recurso, que son tres socios que se conocen y que no quieren que se les vaya de las manos. Que dentro de dicha línea, y desde el punto de vista de *lege ferenda*, tal es el significado que establece el artículo 626 del Código Civil suizo, la Ley alemana de 1965, el Código Civil italiano en el artículo 2.328; además, inciden en este criterio las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre de 1958 y 5 de noviembre de 1965. Que frente a las Sociedades Anónimas abiertas, se sitúan aquellas otras en que se distribuye su capital entre un número reducido de socios, y aquí nos encontramos ante la llamada Sociedad Anónima cerrada, versión española de la anglosajona —*clase corporation*—. En esta Sociedad, el *intuitus personae* vuelve por sus fueros, y el éxito de sus esfuerzos depende de que la reglamentación legal de la Sociedad

Anónima sea más o menos porosa y flexible. Que una Sociedad Anónima cerrada se distingue de una Sociedad abierta al público: por el número de socios, cuantía de capital y cotización en Bolsa de los títulos. Estas son las diferencias más claras entre la pequeña y grande Empresa en nuestro Derecho. La Sociedad que se trata goza de la naturaleza de pequeña Empresa. Este fenómeno de la distinción se agudiza en la Sociedad por acciones, respecto a tercero, en la que los participantes se consideran como socios colectivos entre sí y han buscado, por medio de acuerdo entre ellos conseguir para la Empresa unas ventajas similares a las de una Sociedad personalista; fenómeno que, desde el punto de vista legalista, parece un acoplamiento de términos contradictorios, pero que ha sido reconocido por los Tribunales extranjeros y españoles. También se ha dicho que esta Sociedad pequeña goza de la naturaleza de una Sociedad Anónima familiar y de una Sociedad colectiva *de facto*, y, finalmente, tomando el problema desde el punto de vista económico, se ha definido la Sociedad cerrada como una Sociedad en la que dirección y propiedad son sustancialmente idénticas, y también se ha señalado que en estas Sociedades todas las acciones pertenecen a personas que participen activamente en la dirección y en la conducción de los asuntos. Que en el Derecho alemán de Sociedades —Ley de 1965— es válido el pacto que establece la no intervención de los socios en empresa industrial o comercial que tenga el mismo objeto social y prevé la sanción al socio infractor. Que la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1961 declara la licitud de una cláusula incorporada a los Estatutos, que dice: «Todo accionista, mientras lo sea, no podrá ejercer negociación semejante al privativo y esencial fin de la Sociedad». 2. En lo referente al apartado 2.º de la nota de calificación: Que es mucho más confuso que el apartado 1.º, debido a que se confunden normas de Derecho imperativo con sometimiento de la materia a Juzgados especiales y, además, no se tienen en cuenta todos los artículos de los Estatutos que se refieren a la materia. Que donde se salva la competencia que señala el 2.º apartado del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas es en el artículo 32 de los Estatutos. Que de la lectura de los artículos 32 y 33 de los Estatutos, interpretada sistemáticamente, se deduce que la nota del funcionario calificador no tiene razón de ser alguna: 1.º, porque los artículos 32 y 33 de los Estatutos se refieren a normas de Derecho procesal, pero que en ningún caso conculcan el mandato necesario o imperativo de los artículos 67 a 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, que en todo caso quedan a salvo, y 2.º, se deben distinguir tres clases de competencia por razón de la materia en el procedimiento de la Ley de Sociedades Anónimas de sus artículos 67 a 70, ambos inclusive. Así se deben distinguir: las competencias objetiva, territorial y funcional. Todo ello queda a salvo con los artículos 32 y 33, tan citados, de la escritura calificada; pero lo que no tiene en cuenta la nota calificadora son las siguientes fases: 1.ª La posibilidad de que las partes pacten antes de entrar en el proceso imperativo y necesario de los artículos 67, y 70, la Ley de Arbitraje de Derecho Privado. 2.ª Que el artículo 33 lo que está estableciendo es la posibilidad de la creación del domicilio electivo que se da y se permite en determinados casos, lo que se llama en el Derecho procesal *prorrogatio fori*, que permiten los artículos 56 y 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los únicos acuerdos sociales impugnables por el cauce de los artículos 67 y siguientes son los que se refieren a la impugnación de todos los relativos a una

Junta, y son los tomados por la Junta general, como órgano de expresión de la voluntad social, y todos aquellos que sirvan para preparar las Juntas en que hayan de adoptarse y en las que se puedan tomar decisiones que afecten a su posible eficacia, pero no los que se refieren a las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1967, 25 de enero y 14 de febrero de 1968, 23 de noviembre de 1970, 16 de junio de 1972, 10 de enero y 27 de diciembre de 1973, 20 de diciembre de 1975 y 15 de junio de 1976. Que lo único que dicen los socios fundadores es que los accionistas se someten expresamente a la jurisdicción de los Juzgados de Madrid y concordantes, con renuncia a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, pero entendiéndose fuera de los casos en que no sean aplicables los artículos 67 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, salvedad que queda señalada en el artículo 32 de los Estatutos. Que, por último, en el presente caso, resulta que en el domicilio electivo, *prorrogatio fori* y competencia territorial coinciden plenamente.

IV. El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos e informó: Que el hecho de que otras escrituras de análogo contenido a la que originó este recurso se hallan inscritas en el Registro Mercantil no es óbice para que se pueda disentir de la calificación anterior de otros Registradores y no vincule la calificación que éstos hayan hecho; y, a este respecto, hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 4.º de la Orden de 26 de noviembre de 1986. Que, en cuanto al primer defecto de la nota de calificación, el recurrente asimila las Sociedades de capital modesto o familiares a las Sociedades personalistas. Sin embargo, ni la Ley de Sociedades Anónimas, ni el anteproyecto de Ley de las mismas, y tampoco la Directiva comunitaria, distinguen entre Sociedades grandes o pequeñas, y, por tanto, por mucha distinción que se quiera hacer y flexibilidad de aplicación de las normas que las regulan, no ha de ser tanta que desnaturalice la esencia de la Sociedad Anónima. Hay que entender, teniendo en cuenta la doctrina mercantil, que en una Sociedad prototipo de las capitalistas, como la Anónima, poco importan las condiciones personales de los socios ni la actuación de los mismos. En este sentido se han manifestado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de abril de 1967, y la Dirección General de los Registros, en Resolución de 16 de septiembre de 1983. La creación doctrinal de la Sociedad Anónima familiar se realizó al amparo del artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas, radicando su especialización en la admisión de las cláusulas estatutarias que conceden un derecho preferente a la adquisición de las acciones, al resto de los socios en caso de transmisión de aquéllas, ya que no existe apoyatura legal que permita un mayor desarrollo. Por otro lado, es tal la importancia que en una Sociedad Anónima tienen la acción y los derechos a ella incorporados que un sector doctrinal los menciona como tercera categoría junto a la tradicional distinción entre derechos reales y de crédito. Dichos derechos se estructuran alrededor de la acción y de la condición de accionista, sin que, en ningún caso, se haga referencia a las condiciones personales o a la conducta del socio. Si bien las limitaciones que se pretenden establecer respecto a la actitud de algún socio son admisibles en nuestro ordenamiento jurídico, y su encaje corresponde a otro tipo societario; para dar a la Sociedad un cariz familiar, lo procedente es utilizar otra Sociedad, la Limitada, que fue concebida para tal propósito, o la Colectiva o Comanditaria; lo contrario sería desviar la naturaleza de la sociedad capitalista. Por último, hay que señalar que la primera

parte de la nota está conforme a la Resolución citada del 16 de septiembre de 1983, en la que se debatió un caso análogo al presente. Que en lo que concierne al segundo defecto de la mencionada nota calificadora, los artículos 67 a 70 de la Ley de Sociedades Anónimas establecen un procedimiento especial para la impugnación de los acuerdos sociales con carácter imperativo, que, en lo que aquí interesa, opera en un doble aspecto: No se puede excluir el procedimiento al no ser inapelable el juicio arbitral, siendo la competencia exclusiva la del Juez de Primera Instancia del lugar de la celebración de la Junta general. En cuanto al primer pronunciamiento así lo señaló el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de enero de 1968, y, efectivamente, en el artículo 32 de los Estatutos sociales de la escritura presentada se salva tal aspecto, en cuanto al arbitraje privado. Sin embargo, en cuanto a la competencia judicial por razón del lugar de la celebración de la Junta general, el artículo 33 de los Estatutos no sólo no la deja a salvo, sino que regula otra específica: la jurisdicción de Madrid; por tanto, no es admisible la aseveración del recurrente de que la sumisión de las partes a dicha jurisdicción debe entenderse fuera de los casos en que no sean aplicables los artículos 67 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que para entender tal cosa debe decirlo en la escritura, y ante su silencio se entiende todo lo contrario, que se ha querido excluir la jurisdicción, que señala el artículo 70, 2.º, de la Ley citada. La necesidad de someterse al fuero del Juez de Primera Instancia del lugar de la celebración de la Junta general viene determinada por el carácter imperativo, que en este punto tiene la Ley de Sociedades Anónimas. Así lo declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de junio de 1959. El argumento del recurrente respecto a que coincide el domicilio electivo y competencia territorial carece de fundamento, ya que la Junta general no siempre ha de reunirse en el domicilio social, conforme lo establecido en el artículo 119 del Reglamento del Registro Mercantil, aparte la posibilidad de variar en cualquier momento el domicilio, previa modificación estatutaria, pues no hay que olvidar que la competencia que señala el artículo 70, 2.º, es la del Juez del lugar de la celebración de la Junta. Por último, ni aun aplicando con flexibilidad la norma legal por tratarse de una Sociedad familiar o de escaso capital, cabría admitir el precepto estatutario controvertido, pues la jurisprudencia no es favorable a este tipo de Sociedades, como lo demuestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1962.

B) *Resolución de la Dirección General.*—El Centro Directivo, en este caso, ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto, revocando el primero de los defectos de la nota impugnada y confirmándola en cuanto al resto.

Para ello se ha basado en los siguientes

C) *Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 11, 5.º; 46; 70, 2.º, y 85, de la Ley de Sociedades Anónimas; 10 y 20 de la Ley de Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada; 104 del Reglamento del Registro Mercantil, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1959.

1. La primera de las cuestiones planteadas en el presente recurso versa sobre la inscribibilidad de la cláusula estatutaria, por la que se prohíbe a los socios, mientras lo sean, dedicarse a las actividades que constituyen el objeto social; inscribibilidad que es rechazada por el Registrador en función de la incompatibilidad que dicha limitación personal guarda con

la esencia capitalista de la Sociedad Anónima y con la regulación legal de este tipo social.

2. La cuestión planteada implica decidir si la previsión estatutaria en cuestión encaja dentro del tipo social de la Anónima. A tal efecto, interesa destacar: a) En nuestro ordenamiento jurídico, la exclusión de la responsabilidad personal del socio por las deudas sociales no se concede como elemento del molde social que deba ir indisolublemente unido a la desconsideración absoluta de las personas de los socios; aquella exclusión lo que requiere es la constitución de un patrimonio responsable sujeto en su constitución, gestión y liquidación en su día a ciertos requisitos y garantías en favor de acreedores y socios, pero no impone aquella desconsideración, sino que simplemente la hace posible y ordinaria, al reducir en tan notable medida las repercusiones personales derivadas de la participación en la sociedad, con lo cual se incrementa, a la vez, los estímulos al desarrollo del fenómeno societario, tan conveniente al crecimiento económico del país. Son, pues, en última instancia, los constituyentes quienes determinarán el grado de desconexión que mejor se ajuste a sus objetivos y pretensiones. Así resulta de los artículos 10 y 20 de la Ley de Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. b) La regulación legal de la Sociedad Anónima no excluye de modo absoluto toda consideración personal, como lo pone de manifiesto la admisibilidad de limitaciones estatutarias a la transmisión de acciones (confróntese arts. 46 de la Ley de Sociedades Anónimas y 104 del Reglamento del Registro Mercantil) y la ausencia de prohibición específica de prestaciones accesorias en conexión con el criterio general de que se encuentra permitido todo lo no prohibido, y con el artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas, que, eludiendo cualquier concreción, prevé la posibilidad de establecer nuevas obligaciones a cargo de los socios, de modo que al amparo del margen de actuación que a los fundadores concede la propia Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 11, 5.º, ha de reconocerse la cabida que en el tipo legal de la Anónima tiene la previsión ahora debatida en tanto que conectada a la cualidad de socio y transmisibile con ella, pero sin que esto signifique prejuzgar si en el caso concreto se halla debidamente regulado su preciso alcance y repercusiones en relación con las restantes características de la Sociedad constituida.

3. Respecto al segundo de los defectos de la nota recurrida, imposibilidad de alterar en los Estatutos la competencia territorial delimitada por el artículo 70, 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas para los procesos de impugnación de los acuerdos sociales, debiendo realizarse la debida salvedad en el artículo 33 de los Estatutos, no procede sino confirmarlo en su integridad, dado el carácter imperativo de dicho criterio competencial, resaltado tanto por la misma norma («... con exclusión de cualquier otra») como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de junio de 1959), sin que quepa admitir la alegación del recurrente en el sentido de que dicha competencia queda salvada en el artículo 32 de los Estatutos, por cuanto dicho artículo, sobre producirse en una perspectiva diferente (sujeción a la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, sin perjuicio de los arts. 67 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas), tiene carácter más general que el artículo 33, específicamente dedicado al tema de la competencia territorial de los órganos judiciales y en el cual se estipula, para todo tipo de procesos, sin salvedad

alguna, que «los accionistas se someten expresamente a los Juzgados de Madrid, con renuncia a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles».

D) **COMENTARIO.**—La resolución tiene dos cuestiones completamente ajenas la una de la otra que reclaman, naturalmente, un examen por separado.

I. Plantéase, en el primero de los defectos manifestados por el Registrador, el problema de la admisibilidad de una cláusula estatutaria que prohíbe a los socios, mientras lo sean, dedicarse a las actividades que constituyen el objeto social. El Registrador considera que la cláusula desnaturaliza la esencia de la Sociedad Anónima, al imponer al accionista prestaciones accesorias distintas de la obligación única de realizar su aportación. El Notario la defiende en base, sobre todo, a que no hay precepto alguno que la prohíba. La Dirección, en base también a la ausencia de una prohibición expresa y al principio de que es lícito todo lo que no está prohibido, confirma la reclamación del Notario.

La cláusula que plantea la posibilidad de exigir a los socios de las Sociedades Anónimas prestaciones accesorias distintas de la aportación, se inserta dentro del problema más amplio del «deber de fidelidad», que es materia discutida en las Sociedades de capital y, sobre todo, en las Sociedades Anónimas.

La doctrina tradicional ha negado la exigencia de ese deber en base a que la despersonalización y patrimonialización de la condición de socio postula que no se le pueda exigir a éste más que la obligación de aportación. Además, no hay relaciones de socio a socio a las que aplicar este deber.

GIRÓN, que considera que esto es válido en las grandes Sociedades, cree, por contra, que cabe exigirlo cuando el socio actúa como tal, ya que entonces surge la comunidad de fin y la promoción societaria que exige la aplicación de la buena fe propia de todas las comunidades, aunque aclare que este deber de fidelidad será mayor o menor según la concreta forma social (una gran Sociedad Anónima, Sociedad Anónima familiar, Sociedad de Responsabilidad Limitada).

GARRIGUES y URÍA, en sus comentarios, consideran que lo que interesa del socio no es su actividad personal, sino su aportación patrimonial. Al socio se le valora por lo que tiene en la Sociedad y no por lo que es, personalmente considerado. Siendo las aportaciones en dinero esencialmente fungibles, los socios de las Anónimas se convierten también en socios fungibles, es decir, sustituibles por otros, sin que por ello sufra la constitución de la Sociedad.

CÁMARA dice que sobre el accionista no pesa otra obligación que la que dimana de su deber de aportación.

La propia Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, considera que.. «la prohibición de ejercer el mismo género de comercio que la Sociedad de Responsabilidad Limitada parecía excesiva para imponerla a los socios en general», y por ellos sólo se estableció tal prohibición para los administradores en el artículo 12, párrafo 2.

En la doctrina moderna, claramente, VICENT admite que en la Sociedad Anónima se establezcan otras obligaciones o prestaciones accesorias, incluso con facultad de exclusión al socio en caso de incumplimiento.

El Tribunal Supremo, en una Sentencia de 5 de abril de 1961 —que no se recoge en los vistos de la resolución que se comenta, y que CÁMARA

califica de inteligente y progresista—, declara la licitud de una cláusula incorporada a los Estatutos por la que los socios se obligan a no hacer competencia a la Sociedad, prohibiéndoseles el ejercicio de la misma industria social y sancionando esta prohibición con la pérdida de la condición de socio y de todos sus derechos, que declarará la Junta general. Considera el Tribunal Supremo que la cláusula «es propia de las Sociedades Colectivas, pero que también puede establecerse en las Anónimas», ya que no va contra la naturaleza jurídica de la Sociedad. Considera también que este tipo de Sociedades adornadas con tales cláusulas y con una «indudable consideración personal tienen cierto colorido que las distinguen y que, como las familiares, obligan a adoptar precauciones elementales, como .. eliminación de competencias. garantizadoras de la armonía y buen funcionamiento de esas Sociedades, que la doctrina viene admitiendo al amparo de la libertad de constitución y contratación, siempre que la Ley, la moral y el orden público sean respetados».

En cambio, la Dirección no fue tan firme en esa Resolución de 16 de septiembre de 1983, que invoca el Registrador en la defensa de su nota: Para ser socio se exigía la condición de comerciante con establecimiento de venta al por menor de productos que constitúan el objeto social. Los socios eran excluidos si cesaban en sus actividades comerciales y la Dirección no admitió la cláusula.

Con esto entramos en los efectos del incumplimiento de estas cláusulas, que en la escritura recurrida no se regulan y a las que parece referirse la Dirección cuando dice: «Sin que esto signifique prejuzgar si en el caso concreto se halla debidamente regulado su preciso alcance y repercusiones en relación con las restantes características de la Sociedad constituida».

El deber de fidelidad en los socios colectivos y comanditarios se manifiesta en la prohibición de competencia que pesa sobre ellos (art. 136 del Código de Comercio), y su incumplimiento tiene su sanción en la exclusión del socio infractor y en la atribución a la Sociedad de los beneficios de las operaciones. Además, como señala VICENT, a ello se añade la indemnización de daños y perjuicios efectivamente causados.

En la Sociedad Anónima, la exclusión del socio y consiguiente rescisión parcial es únicamente consecuencia y efecto de incumplimiento del deber de aportación (art. 44 de la Ley de Sociedades Anónimas). No obstante, señala VICENT que cuando a las Sociedades Anónimas se establecen otras obligaciones o prestaciones accesorias, los recursos del artículo 44 no sirven, y en tal caso parece necesario reconocer a las Sociedades Anónimas la facultad de excluir al socio que incumple el contrato de Sociedad en cuanto a estas obligaciones o prestaciones accesorias. La exclusión debe admitirse como aplicación del principio general del artículo 1.124 del Código Civil, cuya aplicación específica el ámbito del Derecho de Sociedades, que viene establecido en el artículo 218 del Código de Comercio.

En el mismo sentido, RODRÍGUEZ SASTRE considera posible la exclusión de un accionista de Sociedad Anónima acordada en Junta general por «justos motivos», entendiéndose por tales «el incumplimiento de sus deberes sociales».

GARCÍA VILLAVEDE (*La exclusión de socios*, Montecorvo, Madrid, 1977) cree que en las Sociedades Anónimas se ha querido limitar el juego de la exclusión al supuesto del artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas, y esto con independencia de si las obligaciones conexas con la posición

jurídica del socio se reducen a la de la aportación o presentan un contenido de mayor amplitud. Aun aceptando la posibilidad de exigir obligaciones distintas a la aportación, parece claro que el legislador no ha querido que tengan alcance resolutorio más que aquel incumplimiento, y precisamente en los términos de subsidiaridad del artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Otra cosa distinta es que otros posibles incumplimientos reciban una sanción que, en todo caso, será distinta a la de exclusión. Cree GARCÍA VILLAVARDE que la inexistencia de una cláusula general, como la del párrafo 7 del artículo 218, así lo avala.

La Dirección General, más cautelosa en la citada Resolución de 16 de septiembre de 1983, contempla con disfavor las causas de exclusión en base al artículo 83, párrafo 2.º Efectivamente, dispone el precepto que el Administrador de una Sociedad, si lo es de otra, puede ser cesado en su cargo, aunque no privado de su cualidad de accionista. No admite, pues, la causa de exclusión.

No obstante, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de junio de 1982, considera como causa de exclusión la competencia desleal por parte de uno de los socios.

Resumiendo: queda claro la posibilidad de pactar prestaciones accesorias distintas de la aportación social en las Sociedades Anónimas, aunque ya no queda tanto la posibilidad de pactar la exclusión del socio que contravenga el pacto por acción u omisión.

En lo que coincide plenamente con el Registrador que puso la nota es en que la admisión de la cláusula supone un paso más en el camino de acuñación de ese tipo de Sociedad híbrida que la doctrina llama familiar y el Notario, en su recurso, Sociedad cerrada. No existe ese tipo de Sociedad en nuestro Derecho. A partir de la publicación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la necesidad de que el *intuitus personae* juegue en determinadas Sociedades Anónimas de pocos socios y escaso capital ha desaparecido. Lo contrario, efectivamente, supone desnaturalizar la Sociedad de Responsabilidad Limitada, hasta el punto que hoy es muy difícil distinguir diferencia alguna entre determinadas Sociedades Anónimas, de las de Responsabilidad Limitada, salvo en aspectos muy concretos de observancia de determinados requisitos que muy raramente se cumplen en la práctica.

El nuevo Derecho societario tampoco recoge ese tipo de Sociedad Anónima personalista y acentúa las diferencias entre Sociedades Anónimas y Limitadas. Por eso, la remisión que hace la Dirección, como uno de los argumentos para justificar su fallo, al artículo 10 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, me parece desacertada, porque si, precisamente, el redactor de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada consideró necesario introducir por vía de precepto legal la posibilidad de exigir prestaciones accesorias, parece claro deducir que las tales prestaciones no puedan existir en un tipo social cuya Ley reguladora no las contempla.

II. La segunda cuestión que resuelve la resolución se refiere a la necesidad de hacer la salvedad de la competencia específica del artículo 70, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas cuando se pacte la sumisión al fuero de determinado lugar. Es frecuente que los Estatutos contengan disposiciones adicionales o finales referentes a jurisdicción y competencia, sometiendo las cuestiones suscitadas entre accionistas, o entre ellos

y la Sociedad, al juicio de árbitros de derecho o de equidad. Como señala CANO, las tales cláusulas son de una licitud incuestionable. Ahora bien, dado el carácter imperativo y de orden público de las normas procesales de los artículos 70 y siguientes, y como señaló el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de enero de 1968, deben modalizarse las cláusulas, dejando a salvo los procedimientos imperativos de la Ley. No es, pues, posible ventilar por procedimiento arbitral, sino por el especial del artículo 70 de la Ley, la impugnación de los acuerdos sociales. Dados los términos en que está concebido tal precepto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el legislador al establecer este procedimiento, especialmente ágil, al decir de CÁMARA, la doctrina y la jurisprudencia estiman que nos encontramos ante un supuesto de Derecho necesario. Ahora bien, no hay obstáculo que impida pactar la cláusula compromisoria para las demás cuestiones litigiosas que puedan suscitarse entre los accionistas y la Sociedad. Así se hace en una gran mayoría de los Estatutos con expresa exclusión de los procedimientos imperativos.

De otro lado, es igualmente frecuente el pacto de sumisión al fuero de los Juzgados y Tribunales de domicilio social en tales cuestiones litigiosas.

Ahora bien, la competencia judicial para el específico procedimiento del artículo 70 se determina en su párrafo 2.º El precepto es, por supuesto, imperativo también, como puso de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1959, que recoge la Dirección. Existe, pues, un supuesto idéntico en este pacto al contemplado en el pacto que estudiábamos antes. La Dirección, con buena lógica, aplica al mismo supuesto la misma consecuencia y exige la salvedad del artículo 70, 2.º, que creemos podrá hacerse utilizando también una fórmula amplia.

Si los dos pactos se contienen en un solo artículo estatutario bastará con una sola salvedad, pero si los pactos se contienen en distintos artículos habrá que hacer la salvedad de ambos.

SALVADOR MÍNGUEZ SANZ
Registrador Mercantil de Castellón

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

INMATRICULACION DE FINCAS. DOCUMENTO FEHACIENTE. Artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento Hipotecario (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1988).

No es «documento fehaciente», a los efectos de los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento, la escritura pública de compraventa, en la que el vendedor afirma que le pertenece la finca que vende por compra a determinadas personas en cierta fecha, pero careciendo de título escrito de adquisición, por lo que el Notario hace la pertinente advertencia.

PROPIEDAD HORIZONTAL. JUNTA GENERAL. NULIDAD (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1988).

Declara la nulidad de la junta general de copropietarios de un edificio por defecto en la convocatoria, al no haber sido citado en forma legal uno de los copropietarios.

COMUNIDAD. DISOLUCION. Artículos 400 y 401 del Código Civil (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1988).

Tratándose de la disolución del *pro indiviso* sobre un edificio, la venta en pública subasta queda supeditada a que no sea posible la adjudicación de pisos o locales mediante la formación de los correspondientes lotes y la constitución en propiedad horizontal.

ADQUISICION «A NON DOMINO». Artículo 34 de la Ley Hipotecaria (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1988).

Declarada la nulidad de una hipoteca realizada en perjuicio de los acreedores del quebrado, luego rehabilitado, sin que por ninguno de los interesados se hubiera pedido la ejecución de la sentencia, y adjudicada la finca hipotecada al rematante, conforme al artículo 131 de la Ley Hipotecaria, quien la vendió posteriormente a tercera persona, ésta se encuentra protegida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

PROPIEDAD HORIZONTAL. TITULO. Artículo 396 del Código Civil (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1988).

La propiedad horizontal requiere, con arreglo a las disposiciones especiales que la regulan, un título por el que se constituya el edificio en dicho régimen y en el que se determinen las partes de pertenencia privativa de cada copropietario y los elementos comunes.

DONACION DE INMUEBLE. FORMA. INSTITUTO «EX RE CERTA». LEGADO DE COSA AJENA. Artículos 633, 768 y 861 del Código Civil (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1988).

La donación de inmueble no efectuada en escritura pública es radicalmente nula, sin posibilidad, por tratarse de un contrato inexistente, de convalidación, subsanación o confirmación, ni puede servir de justo título para la usucapión.

El legado de cosa ajena ha de constar de modo inequívoco.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Alfonso Barcala Trillo-Figueroa, declara haber lugar a los recursos de casación interpuestos por ambas partes litigantes contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, que había revocado parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao, conforme a los siguientes fundamentos, de los que resultan los hechos y pretensiones deducidas por las partes.

El matrimonio constituido por don J. A. M. y doña S. E. R. promovió demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía contra don L., don G. y doña M. E. R. y sus respectivos cónyuges y contra don A. L. Q., que había sido nombrado albacea, comisario y contador-partidor en el testamento otorgado, en 6 de febrero de 1976, por don V. E. M., y en cuya demanda se interesaron los siguientes pronunciamientos, que se transcriben en síntesis: 1.º Declaración de que los actores son propietarios, por mitad y *pro indiviso*, de las fincas que fueron propiedad del matrimonio formado por don V. E. M. y doña C. R. S., que actualmente integran las parcelas números 694 a 697, ambas inclusive, 699 y parte de la 700 del polígono 2 del Catastro del municipio de Abanto y Ciérvana, no encontrándose inscritas en el Registro las parcelas 694, 697 y 699, y estándolo en el de Propiedad de Portugalete las de número: 695 (finca 3.388 e inventariada con el número 12 en la escritura de 12 de febrero de 1979, de adjudicación parcial de bienes hereditarios por fallecimiento del ma-

trimonio antedicho), 696 (finca 4.348 e inventariada con el número 2 de la citada escritura), 698 (finca 4.455) y 700 (conocida por «La Camporra», finca 4.349 e inventariada con el número 3). 2.º Condena de los demandados señores E. R. para que, conjuntamente con su hermana doña S., y en su condición de herederos de don V. y doña C., otorguen escritura pública de reconocimiento de la propiedad expresada. 3.º Libramiento de mandamiento al Registro de la Propiedad de Portugaleta para la inscripción a favor del matrimonio actor de las fincas formadas por las parcelas 694, 697 y 699. 4.º Subsidiariamente, declaración del derecho dominical sobre las mismas fincas, derivado del legado efectuado por don V. en su testamento, con la consecuente condena de los demandados en orden al otorgamiento de la oportuna escritura, conjuntamente con la actora. 5.º Condena de los demandados don A. y don G. a otorgar escritura pública de cesión de su participación de un 12,50 por 100 cada uno en la propiedad de la finca correspondiente a la parcela 698, en concepto de entrega de legado de cosa ajena, a favor del matrimonio actor. 6.º Condena a los demandados don L., don G. y doña M. a adquirir del Ayuntamiento de Abanto y Ciérvana la finca objeto de concesión administrativa a favor de don V. (parte de las parcelas 692 y 693), y subsidiariamente, para el caso de no ser posible dicha adquisición, condena de aquéllos a otorgar escritura de cesión a los actores de su cuarta parte en el trozo de terreno denominado «La Camporra», necesario y preciso para dar acceso a la finca de los mismos de toda clase de vehículos, hasta enlazar con el sendero hormigonado que discurre por dentro de la cerradura prolongada y poder acceder hasta la casa. 7.º Declaración del derecho del matrimonio actor a seguir utilizando para la finca de autos la energía procedente del transformador sito en la parcela 603, así como el suministro de agua procedente de la galería del monte, cuyo derecho deberán compartir con los propietarios de la finca 3.372 e inventariada con el número 1 en la escritura ya mencionada. 8.º Declaración de que la parcela 727 del polígono 2 está gravada con una servidumbre de desagüe de aguas fecales a favor del chalet propiedad del matrimonio actor, con condena de los demandados a que, conjuntamente con la actora, otorguen escritura pública de reconocimiento de la servidumbre. 9.º Declaración de que las fincas inventariadas con los números 1 y 3 en la escritura de 12 de febrero de 1979, propiedad de los cuatro herederos de don V., en unión de la parcela 698 del polígono 2 (fincas 3.372, 4.349 y 4.455), están gravadas con una servidumbre de acueducto para la conducción y suministro de las aguas municipales o de las privadas procedentes de la galería del monte en favor de la casa y finca propiedad del matrimonio actor, con condena de los demandados al otorgamiento de la escritura pública de reconocimiento de tales servidumbres. 10.º Condena de los demandados E. R. a reintegrar a la herencia de doña C. R. S. cuantas cantidades y bienes, debidamente actualizados, recibieron de don V. E. M. con posterioridad al 22 de marzo de 1971, fecha del fallecimiento de aquélla. 11.º Condena de los precitados demandados, en su condición de herederos, y del demandado señor L. Q., como contador-partidor, para que, conjuntamente con la actora, también heredera, otorguen escritura pública rectificando la otorgada en 12 de febrero de 1979, en los términos que se señalaban. 12.º Declaración del derecho de la actora a cesar en la indivisión de los bienes heredados de sus padres, y condena de los hermanos demandados a proceder a la división de dicha herencia, en ejecución de sentencia con

arreglo a uno de estos sistemas: a) Formación de lotes, si en ello conviniere a los interesados, y su posterior adjudicación por libre elección o por sorteo. b) Venta de los bienes en pública subasta, con admisión de licitadores extraños. 13.º Condena de los demandados al pago de las costas procesales.

2. Tramitado que fue el procedimiento ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao, por Sentencia de 31 de mayo de 1984, y con estimación parcial de la demanda de referencia, se declaró «que don J. A. M. y doña S. E. R. eran propietarios, por mitad y *pro indiviso*, de las fincas que fueron propiedad del matrimonio formado por don V. E. M. y doña C. R. S., que actualmente integran las parcelas números 694, 695, 696, 697 y 699 y parte de la 700 del polígono catastral 2 del Catastro del municipio de Abanto y Ciérvana, con derecho a disfrute de las parcelas números 692 y 693 del mismo polígono, lo que deberán reconocer la totalidad de los demandados, quienes además deberán reintegrar a la herencia cuantos bienes no figuren inventariados en la escritura de aceptación de 12 de febrero de 1979, que será rectificada sustituyendo la descripción de fincas con datos erróneos según proceda y eliminando del inventario las correspondientes a la casa-chalet de la actora, con la segregación que proceda de la casa matriz y finca sobre la que se levanta»; también se declaró «el derecho de la demandante doña S. a cesar en la indivisión de los bienes heredados de sus padres, condenando a los demandados a la división de dicha herencia, que se llevará a efecto en ejecución de sentencia, mediante la formación de lotes que serán adjudicados, según convengan, por elección o por sorteo», y se desestimaron el resto de las pretensiones deducidas, sin expresa imposición de costas. En trámite de recurso de apelación, la Sala de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Bilbao, y por Sentencia de 11 de enero de 1986, acordó que debía revocar parcialmente la resolución dictada por el Juzgado en cuanto declaraba que don J. E. M. y su esposa doña M. E. R. eran propietarios por mitad y *pro indiviso* de la casa-chalet y terrenos que se refieren en las pretensiones de la demanda, de las que se absuelve a los demandados, manteniendo inalterados los restantes pronunciamientos de dicha resolución, y sin hacer expresa imposición de las costas procesales, tanto las de Primera Instancia como las de Alzada. Contra la meritada sentencia de la Audiencia Territorial se interpuso recurso de casación por las respectivas representaciones de don G. E. R., don J. A. M. y doña S. E. R., y don L. E. R., siendo formulados los tres recursos por el cauce procesal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a través de cuatro, siete y cinco motivos, respectivamente.

3. El estudio de los recursos antedichos debe comenzarse por el correspondiente al matrimonio A.-E., al ser sus cónyuges componentes quienes promovieron el procedimiento, y dentro ya del mismo, el examen de sus motivos concretos ha de iniciarse con los numerados como 4.º y 7.º, al ampararse ambos en el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, por infracción e inaplicación de su artículo 359, planteándose por el recurrente, en definitiva, un problema de incongruencia y de pronunciamiento contradictorios, en cuanto que argumenta, en síntesis, que «la sentencia recurrida infringe el artículo 359 al dejar imprejuzgada la acción declarativa de propiedad, fundándose en un mal entendido respeto a la congruencia, por estimar que sólo es propietaria doña S. y no el otro demandante, y, además, que la propiedad se funda en un título no alegado

por los demandantes», y que «en el último párrafo del fundamento de Derecho tercero se desestima expresamente el pedimento undécimo, extremos 2.º y 3.º, para luego, sin solución de continuidad, acogerlo también expresamente». En el precitado fundamento de la sentencia y partiendo del alcance y contenido de la cláusula 4.ª del testamento de don V. E., «reconoce el testador que la finca donde vive hoy doña S. es de ella, con el terreno que la rodea hasta la cerradura y la salida hasta el camino», se contienen las siguientes afirmaciones: *que* tal reconocimiento de la titularidad representa un verdadero título constitutivo, con plena eficacia traslativa de la casa-chalet y terrenos que la rodean, desde la fecha en que se efectúa, coincidente con la que es objeto del pleito y ha sido poseída desde 1967 por los actores; *que* el reconocimiento tiene como causa la donación verbal, pero ineficaz, realizada por el matrimonio don V. E. y doña C. R., y *que* la destinataria del título constitutivo lo es única y exclusivamente la actora doña S., de donde llega al resultado de que el título dominical que la cláusula testamentaria representa es diferente e independiente de los invocados por los actores, así como el carácter o naturaleza de la titularidad, al aparecer como única destinataria doña S., frente a la pretensión de que se declare una propiedad por mitad y *pro indiviso* con su esposo, y de aquí, a la conclusión de la imposibilidad de fundarse la sentencia en la cláusula testamentaria so pena de incurrir en el vicio procesal de incongruencia, expresándose también en la sentencia que fundarla en una causa de pedir diferente a la alegada modificaría el carácter de la pretensión sustituyendo la declaración de proindivisión por la única titularidad de una de las partes, lo que representaría una vulneración de la garantía de congruencia.

4. Quedando centradas en los términos expuestos las cuestiones determinantes de la impugnación ínsitas en el motivo de referencia, resulta evidente que el reconocimiento que se hace en la sentencia en favor de la actora doña S. respecto a la titularidad de la casa-chalet y terrenos que la rodean, debería haber originado el correlativo pronunciamiento declarativo en el fallo, especialmente cuando se excluye dicho bien de la herencia, lo cual, atendiendo a los principios jurisprudenciales que informan la aplicación y los límites del artículo 359 en materia de resoluciones judiciales, representa una patente incongruencia y contradicción entre los propios términos argumentistas del fundamento 3.º de la sentencia, y entre ellos y su parte dispositiva, de tal manera que haya de apreciarse la infracción del meritado precepto rituario, máxime al carecer de base las razones con las que se intentaba justificar la imposibilidad de aquel pronunciamiento correlativo, y de aquí que proceda la estimación de los motivos objeto de estudio y la casación de la sentencia recurrida, lo que supone, por ende, recobrar la facultad correctora frente a la sentencia de primer grado, en relación con la acción declarativa ejercitada en la demanda.

5. Aunque cabe estimar como hecho acreditado la donación verbal realizada por don V. E. en favor de su hija doña S. respecto al inmueble de que se trata, así como que con tal intención gratuita le fue conferida su posesión y la vino disfrutando en ese concepto, cuya posesión no ha sido discutida por los demandados, no es menos indudable que la donación, en sí misma considerada, careció de eficacia al no documentarse en escritura pública, de acuerdo con la exigencia formal que previene el artículo 633 del Código Civil para los bienes raíces, con lo que se está en

presencia de un contrato de los denominados «solemnes», y en ellos, la observancia de una forma determinada se requiere no para su simple constancia acreditativa, sino para su perfección, que no se alcanza de no plasmarse en la exigida y origina, consecuentemente, la invalidez del contrato con tacha de nulidad radical, sin posibilidad, por tratarse de un contrato inexistente, de convalidación, subsanación o confirmación, como así ha venido manteniendo la doctrina de esta Sala, siendo de citar, entre infinidad de Sentencias, la clásica de 21 de junio de 1932 y las de 13 de mayo de 1963, 25 de junio de 1966, 9 de julio de 1984 y 15 de octubre de 1985. La invalidez de la donación, configurada en los términos expresados, es determinante de que la actora no podría invocar la concurrencia del «justo título» a los fines previstos en el artículo 1.957 del Código Civil, por el que ha de entenderse, en definición del precedente 1.952, como «el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate», puesto que, según las Sentencias antes citadas de 13 de mayo de 1963 y 25 de junio de 1966, en el concepto del artículo 1.957 podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles, pero no los que sean radicalmente nulos o inexistentes, que en ningún momento pueden prevalecer por el transcurso del tiempo.

6. Lo anterior conduce, necesariamente, a interpretar la cláusula 4.ª del testamento de don V. E. en su proyección al problema planteado, y haciéndolo a tenor de lo dispuesto en el artículo 675 del texto civil y dando por reproducida la argumentación hecha valer en el considerando cuarto de la sentencia del Juez de Instancia, llégase a la conclusión de que el testador quiso reconocer, a través de la fórmula empleada en la cláusula, la propiedad transmitida en su día a la hija y legitimar de ese modo su titularidad frente a terceros, y más concretamente frente a los restantes herederos, con claro y evidente propósito de que la finca fuese excluida de la masa hereditaria, y llegar a conclusión distinta supondría desconocer la verdadera realidad de las cosas y, sobre todo, contrariar la voluntad del testador; de aquí que terminando de interpretar la disposición testamentaria, proceda configurarla como un supuesto de institución en cosa cierta y determinada, que contempla el artículo 768 del Código Civil, considerando a la heredera doña S. como legataria a los efectos oportunos, lo que origina, resumiendo, la estimación de la acción declarativa ejercitada en la demanda del matrimonio A.-E., pero únicamente respecto a la esposa, que fue la destinataria y favorecida de la cláusula testamentaria, sin que para ello represente impedimento alguno la disposición del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues en los autos no se plantean situaciones contradictorias de dominio de inmuebles.

7. La estimación de los motivos 4.º y 7.º del recurso que se está estudiando hace innecesario el examen de sus motivos 1.º, 2.º, 3.º y 5.º, y por lo que respecta al 6.º, amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.692 y fundado en infracción, por inaplicación, del artículo 861 del Código Civil, al no reconocerse la existencia de un legado de cosa ajena, el fracaso del mismo deriva de la propia argumentación contenida en el considerando séptimo de la sentencia de primer grado, que se da por reproducida, y de que la cláusula 4.ª del testamento no posibilita, en este caso, la conclusión inequívoca de hacer extensiva la intención de don V. al establecimiento de un legado de la indicada naturaleza.

8. Entrando ahora en el examen del recurso correspondiente a don

L. E. R., sus dos primeros motivos se amparan en el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal e invocan infracción del artículo 359 de dicha Ley por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, al considerar el recurrente que el fallo de la sentencia de la Audiencia adolece de falta de claridad y precisión, ya que en él se contienen pronunciamientos contradictorios que dificultarán su posterior ejecución, puesto que después de revocar parcialmente la de primer grado, «en cuanto declaraba que los actores eran propietarios, por mitad y *pro indiviso*, de la casa-chalet y terrenos a que se referían las pretensiones de la demanda, de las que se absuelve a los demandados», mantenía inalterados los restantes pronunciamientos, con lo cual, no obstante negar a los actores su pretensión principal, se elimina del inventario los datos concernientes a dicho inmueble, con la segregación que proceda de la casa matriz y fincas sobre las que se levanta, lo que supone no resolver el fondo de la cuestión. Indudablemente, la formulación de estos motivos viene a ser complementaria de la expuesta en los motivos 4.º y 7.º del recurso examinado en primer lugar, aun cuando sea de signo contrario al pretenderse incluir en el inventario la finca cuestionada; por consiguiente, es valedera aquí la conclusión a que se llegó en aquel recurso y que figura recogida en el precedente fundamento 4.º de esta sentencia, es decir, la casación de la recurrida, lo que supone se estimen los dos primeros motivos del actual recurso, si bien el razonamiento desarrollado en los fundamentos siguientes, 5.º y 6.º, impide acoger la pretensión en pro de la inclusión de la finca en el inventario. Precisamente, el indicado razonamiento provoca el fracaso del motivo 4.º, que por vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 denuncia infracción del artículo 675 del Código Civil. También ha de perecer el motivo 3.º, formulado a tenor del ordinal 4.º y que estima que la sentencia ha incurrido en error en la apreciación de la prueba, concretamente en relación con el párrafo segundo de la cláusula quinta del testamento de don V. E., que especificaba que «en caso de duda sobre los límites de la finca de S., G. y el Administrador la conocen bien y fijarán sus límites», cláusula que no fue tomada en consideración ni en Primera ni en Segunda Instancia. Dicho perecimiento se debe a tratarse de una cuestión no planteada hasta este momento y a que la exclusión de la finca del inventario no sería óbice a que se practicase de acuerdo con los límites que señalasen las personas nominadas en el testamento, dando así cumplimiento efectivo a la voluntad del testador; por otra parte, la omisión denunciada, atendida a su naturaleza, no parece pudiera cobijarse en los supuestos de error a que se refiere el número 4.º del artículo 1.692, sino más bien, y en su caso, entre los incluidos en el número anterior, el 3.º Y, asimismo, ha de perecer el quinto motivo, último de los formulados en este recurso, que se ampara en el ordinal 5.º y se funda en infracción del artículo 7 del Código Civil, cuyo fenecimiento se origina por la simple razón de que cuantas argumentaciones afecten a las incidencias y vicisitudes del beneficio de justicia gratuita que instó el recurrente y al abuso del derecho y mala fe de los actores, se trataría de cuestiones ajenas a las propias del recurso de casación, y carece de total relevancia la escritura notarial de 16 de noviembre de 1984, sobre subsanación de determinados errores en la de 12 de febrero de 1979, que se adjunta al recurso, toda vez que la misma no guarda relación con la fundamentación del motivo ni con la de los restantes del recurso.

9. Estudiando, finalmente, el recurso promovido por don G. E. R.

e iniciándole con el motivo segundo por hacer referencia a la incongruencia en que dice incurrir la sentencia, con infracción, por violación, del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ordenar que se elimine del inventario de los bienes que constituyen las herencias de don V. y doña C., las fincas correspondientes a la casa-chalet de la actora, resulta evidente la absoluta incorrección de su incardinación al ampararse en el ordinal 5.º del artículo 1.692, ya que el tratamiento de la incongruencia debe hacerse por vía del tercero, «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia», lo cual implica de por sí la repulsa del motivo; pero además, no podría prosperar la finalidad perseguida: incluir en el inventario la tan repetida finca, por impedirlo las razones que determinaron la estimación de los motivos 4.º y 7.º del recurso primeramente estudiado, y esas mismas razones son también determinantes del fracaso del motivo primero, que, acogiéndose a la vía del ordinal 5.º, invoca infracción, por violación de los artículos 609, 1.261, 1.361, 1.377, en su párrafo primero, y 1.378 del Código Civil; e igual suerte ha de correr el motivo tercero, que amparándose en el mismo ordinal, alega infracción, por violación, del artículo 675 del ordenamiento civil, ya que no cabe pretender que el pronunciamiento relativo a «cesar en la indivisión de los bienes heredados de los padres, condenando a los demandados a la división de dicha herencia, cuya división se llevará a cabo en ejecución de sentencia mediante la formación de lotes que serán adjudicados, según convengan, por elección o sorteo», suponga contrariar la voluntad del testador, que estaría en línea con la disposición de la cláusula 3.ª del testamento, y la circunstancia de que la división se materialice en la fase de ejecución no representaría impedimento alguno a que la partición se efectúe por los albaceas-contadores partidores testamentarios o por los propios herederos actuando por unanimidad, particular éste que se recoge en la cláusula quinta. Analizando, por último, el motivo cuarto, el mismo se acomoda al ordinal cuarto para denunciar error en la apreciación de la prueba, por el doble concepto de error de hecho, resultante de documento auténtico, y error de Derecho, con infracción, por violación, del artículo 1.233 del Código Civil. Ambos errores refiérense al fundamento quinto de la sentencia recurrida, al decidir incluir en el inventario el valor del vehículo marca «Mercedes», matrícula BI 48.044, y una determinada embarcación. Por lo que respecta al error de Derecho, debe rechazarse por una doble razón: una, porque en la actual redacción del artículo 1.692, su formulación habría de haberse hecho a tenor del ordinal 5, y otra, porque el Tribunal *a quo* no procedió a dividir la confesión del recurrente, pues las únicas posiciones concernientes al particular del motivo fueron las descritas en aquel fundamento quinto, las 54 y 65, y en ninguna de ellas, al ser absueltas, se manifestó, como se dice en el recurso, que esos bienes le fueron adjudicados mediante la correspondiente compensación en dinero. Y en cuanto al error de hecho, se pretende demostrar con el documento acompañado al recurso y consistente en una escritura notarial otorgada en 22 de junio de 1977 por los cuatro hermanos coherederos, en la que acuerdan adjudicar a don G. los bienes antedichos por haber sido compensados con anterioridad los restantes herederos por el adjudicatario de los importes que a ellos les correspondían, sin que nada tengan que reclamar. Tal es la claridad del documento, que negarle eficacia por razones puramente formales de índole procesal sería desconocer la realidad de las cosas, y dado

que demuestra la equivocación de la sentencia al fundamentar la inclusión de aquellos bienes en la masa hereditaria, pues lo hizo «al no haberse acreditado fuere apuntada al haber hereditario», es por lo que procede, en definitiva, la admisión del motivo en cuestión, y con ella, la casación de la sentencia en el sentido de eliminar toda referencia a los repetidos bienes, que no deberán reintegrarse a la herencia.

10. Por cuanto ha quedado expuesto al estudiar los tres recursos, resulta procedente casar la Sentencia de la Audiencia de 11 de enero de 1986, en los extremos detallados en los fundamentos 4.º al 6.º y 9.º, y, consecuentemente, revocar la dictada en 31 de mayo de 1984 por el Juzgado, en el solo particular relativo a la declaración de propiedad sobre las fincas descritas en el fallo, al deber hacerse únicamente en favor de la esposa doña S., y confirmarla en la totalidad de sus restantes pronunciamientos, sin hacer ninguno expreso acerca de las costas causadas en Primera y Segunda Instancia, y atendiendo a lo dispuesto en el número 5.º del artículo 1.715 de la Ley Procesal, tampoco cabrá pronunciarse sobre las devengadas en los recursos.

COMENTARIO.—Sistematizando las principales cuestiones debatidas en el presente litigio, tenemos:

1.º Una donación de bien inmueble (chalet y terrenos) realizada por los padres a favor de una de sus hijas, sin haber otorgado escritura pública, sino de forma puramente verbal, aunque confirmada por actos de los propios padres causantes.

Respecto a la misma, no cabe duda de su inexistencia desde el punto de vista jurídico (otra cosa es el aspecto moral de la cuestión, que obligaría moralmente a los hermanos de la donataria a reconocerla) y, por tanto, es totalmente adecuada la declaración en tal sentido, con el efecto lógico de que no puede producir consecuencia jurídica alguna. Se trata, como con toda claridad afirma la doctrina, de un supuesto de inexistencia, por falta de un requisito esencial, más bien que de un caso de nulidad (ya que no es un acto propiamente contrario a la Ley).

2.º Una disposición contenida en el testamento del padre causante (no en el de la madre), en el que éste «reconoce que la finca donde hoy vive doña S.... —su hija supuesta donataria— es de ella con el terreno que la rodea hasta la salida al camino». La cual, debido al carácter inicial ganancial de la finca y el estado de casada de la hija al efectuar la obra de construcción motiva discrepancias en las respectivas sentencias del Juzgado, de la Audiencia y del Tribunal Supremo: Mientras el primero estima que la propiedad corresponde por mitad y *pro indiviso* a la hija y al marido de ésta, la Audiencia lo rechaza de plano, absolviendo de esta pretensión a los demandados, y el Tribunal Supremo mantiene postura distinta al reconocer que la propiedad corresponde exclusivamente a la hija como institución en cosa cierta, discurriendo del siguiente modo: «... el testador quiso reconocer, a través de la fórmula empleada en la cláusula, la propiedad transmitida en su día a la hija y legitimar de ese modo su titularidad frente a terceros, y más concretamente frente a los restantes herederos ..; de aquí que terminando de interpretar la disposición testamentaria, proceda configurarla como un supuesto de institución en cosa cierta y determinada, que contempla el artículo 768 del Código Civil, considerando a la heredera doña S. . . como legataria a los efectos

oportunos, lo que origina, resumiendo, la estimación de la acción declarativa ejercitada en la demanda del matrimonio A-E., pero únicamente respecto a la esposa, que fue la destinataria y favorecida de la cláusula testamentaria .» —de este último inciso viene la diferencia de la sentencia con la del Juzgado, que había estimado la propiedad *pro indiviso* de la hija y su marido.

En verdad, no parece que la argumentación de nuestro más Alto Tribunal puede suscribirse completa y literalmente sin realizar algunas puntualizaciones. La primera guarda relación con el carácter del «reconocimiento» efectuado por el padre testador: si trata del reconocimiento propiamente dicho —como parece dar a entender al principio de su discurso el Tribunal Supremo— parece que, lógicamente, no podrá incidir ni desvirtuar la naturaleza jurídica del acto originario que se reconoce, pues de alterarlo dejaría de ser tal «reconocimiento». El análisis de este punto nos llevaría más lejos de lo que es un simple comentario de la sentencia, v.gr.: el reconocimiento como hecho y como acto o negocio jurídico de fijación o «acertamiento», según la doctrina italiana. La segunda puntualización es la de que si el testador quiso reconocer a través de la fórmula testamentaria la propiedad transmitida en su día a la hija, el propio razonamiento parece poco consistente, ya que poco antes el propio Tribunal Supremo ha afirmado que no hay tal transmisión de propiedad, toda vez que la donación es inexistente; de modo que no pueda hablarse de ninguna *propiedad transmitida* a la hija, sino, a lo sumo, de una simple detentación, que ni siquiera llegaría a la categoría de posesión jurídica, pues se opone a ello la circunstancia, declarada por el propio Tribunal, de que no puede servir de justo título para la usucapión. También parece estar poco acorde el estimar ese reconocimiento como *institutio ex re certa*, ya que si el propio Tribunal rechaza en su fundamento 7.º su calificación como legado de cosa ajena, parece que con mayor motivo deberá rechazarse lo que constituye una disposición de mayor entidad, contradiciendo además aquella negativa la equiparación en este razonamiento al propio legado de cosa ajena. Por ello no está de más referirse, siquiera sea sucintamente, a ambas figuras jurídicas.

Sabido es que en punto a la admisión en nuestro Derecho de la *institutio ex re certa* se han marcado dos direcciones, que podemos llamar romanista —que la admite— y germanista —que la rechaza—. La sentencia comentada deja la cuestión en el aire, pues si bien comienza por configurarla como un supuesto de institución en cosa cierta y determinada, que contempla el artículo 768 del Código Civil, considera acto seguido a la heredera como legataria —mejor debió decir técnicamente prelegataria— a los efectos oportunos, vaga y equívoca expresión que deja sin determinar. A mi modo de ver, las razones para admitir la institución en cosa cierta con el alcance de verdadera y propia institución hereditaria son más convincentes que las opuestas, basadas en un cerrado dogmatismo. En efecto, si hay que atender a la voluntad del testador, verdadera ley del testamento; si se admite que el usufructuario universal vitalicio sea heredero (la fórmula frecuentemente empleada en los testamentos a favor del cónyuge es parecida a ésta: «Instituyo heredero usufructuario universal vitalicio a mi marido . »), lo que reporta evidentes ventajas, no sólo honoríficas, sino también efectivas (v.gr.: representa a la herencia, puede posesionarse de los bienes); si el bien en que consiste la institución puede ser el más importante jurídica y económicamente, y a falta de pre-

cepto expreso que lo prohíba, no parece que un discurrir meramente dogmático sea bastante para mantener solución negativa, máxime teniendo en cuenta que el testador puede instituir heredero a X, escuetamente, y a continuación asignarle para pago de la institución dispuesta a su favor un único bien, disponiendo que con la misma quede completamente pagado. Via indirecta con la que se alcanza el mismo resultado que mediante la institución en cosa cierta. Y sólo a falta de voluntad claramente manifestada del testador o falta de adecuados medios interpretativos entrará en juego la norma del artículo 768, que envuelve una presunción legal, ya que el «será considerado» no quiere necesariamente decir ni tiene por qué ser equivalente a ser efectivamente legatario en todo caso.

En su fundamento 7.º, el Tribunal Supremo rechaza que tal reconocimiento pueda entrañar un legado de cosa ajena, admitido expresamente por el artículo 861 del Código Civil, del que es una manifestación el legado de cosa ganancial, que, en principio, es legado, en parte, de cosa propia y, en parte, de cosa ajena, dependiendo su final y definitiva calificación de que el bien legado se adjudique a la herencia del testador enteramente, sólo en parte o se adjudique al cónyuge del testador, figura recogida en el actual artículo 1.380 del Código Civil, habiéndolo sido también por la Ley 251 navarra. Al rechazar esta calificación y, por otra parte, dar a ese reconocimiento el valor de legado, no queda otra alternativa que la de considerarlo legado de cosa propia del testador, lo que presupone que se adjudique a su herencia.

F. C. L.

RETRACTO DE COLINDANTES. Artículos 1.523 y 1.524 del Código Civil
(SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1988).

Es preciso que el retrayente tenga un conocimiento cabal y completo, referido a todos los pactos y condiciones de la venta en el momento de su consumación, no en el de su perfección.

RETRACTO LEGAL. Artículos 17 de la Ley de Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1941 y 66 del Reglamento aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1941 (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1988).

Son competentes los Tribunales civiles y no la jurisdicción contencioso-administrativa en los retractos a favor del Patrimonio Forestal del Estado, pues se está en presencia de un mero acto de la Administración, no de un acto administrativo, pues dicha Ley se limita a atribuir la titularidad del derecho de retracto a la Administración, pero no consagra en precepto alguno la ejecutividad del acto de ejercicio de ese derecho, por lo que es evidente habrá que estar a la legislación civil para llevarlo a cabo.

PROPIEDAD HORIZONTAL. SEGUNDA CONVOCATORIA DE JUNTA. Artículo 16, norma 2.º, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley de 21 de julio de 1960 (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1988).

Dicho precepto legal no se opone a que en el mismo escrito se convoque a los propietarios en primera y segunda convocatoria, esta última media hora después de no haberse podido celebrar la primera por falta de quórum.

Admite, de acuerdo con la sentencia recurrida, que el acuerdo de citación a junta sea tomado por el Presidente de la comunidad, aunque no exige el artículo 15, párrafos 1.º y 2.º, de la citada Ley que sea el mismo Presidente quien firme la citación o convocatoria, sino que ésta puede firmarla el Secretario o Administrador, siendo claro que la junta es convocada por el Presidente a través del Administrador de la comunidad, firmando este **último**.

ESCRITURA DE PODER. CESE EN EL CARGO DEL PODERDANTE (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1988).

Otorgado poder para pleitos por el Presidente de la comunidad de propietarios, que lo era en el momento del otorgamiento, dicho poder sigue siendo válido aun después de haber cesado en el cargo, ya que, conforme se declara reiteradamente (Sentencias de 23 de junio de 1909, 10 de febrero de 1915, 5 de julio de 1926, 5 de marzo de 1935, 4 de febrero de 1976), la validez del poder se determina por la fecha en que se otorgó a nombre de la correspondiente entidad jurídica, sin que obste que el poderdante hubiese luego cesado en el cargo.

PROPIEDAD HORIZONTAL. REPRESENTACION EN LA JUNTA (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1988).

La Ley de Propiedad Horizontal no impone la obligatoriedad de que los documentos acreditativos de las representaciones alegadas se incorporen al acta o se transcriban en ella.

USUCAPION (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1988).

Declara esta sentencia que «prescribe el dominio de los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años sin necesidad de título ni buena fe y sin distinción entre presunta y ausente, debiendo tenerse en cuenta para el cómputo del tiempo que el poseedor actual puede completar el necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante, así como que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, retro trayéndose los efectos de la aceptación de la herencia siempre al momento de la muerte de la persona de quien se hereda, por lo que no cabe entender que se interrumpen

quiera la posesión de los actores en caso de tenerla antes de la muerte de su causante, por el óbito del mismo, hasta el momento en que la adquirieron de nuevo como herederos de su finado padre. Segundo: Que esto no obstante, y si tenemos en cuenta la finalidad primaria del instituto de la prescripción adquisitiva o usucapión, que no es otra que legitimar, por razones de simple seguridad jurídica, la posesión como simple hecho, convirtiéndola en dominio, siempre que aquella mera apariencia externa de propiedad sea pública y pacíficamente reconocida por los demás, asiste únicamente al poseedor exclusivo frente a quienes no ostentan idéntica cualidad, ya que, en otro caso, cualquiera de ellos podría oponer a los demás un análogo derecho de prescripción sobre el bien por ellos poseído, derecho que por ser del mismo rango haría inútil al que se le opusiera. Tercero: Que si, en el supuesto de autos, acogiéramos la peregrina teoría sostenida por la recurrente de que el tiempo en que su padre poseyó la finca de autos —posesión, por lo demás, amparada en un título de dominio suficiente para su adquisición y, por tanto, no ejercitada con la finalidad de su ejercicio provocase la adquisición por prescripción de un bien que ya era propio—, debe contar en favor de la recurrente como tiempo de prescripción para adquirir el caserío de autos, por ser su referido padre causante de la actora, y ello debe surtir sus efectos precisamente contra sus propios hermanos, que ostentaban la misma cualidad de futuros herederos del mismo causante, y si se tiene en cuenta que no hay por qué fijar un límite máximo del tiempo de posesión del causante legitimador de esta posesión extraordinaria, podríamos incluso llegar a la disparatada conclusión de que si el padre —lo que en otros supuestos acontece con harta frecuencia— hubiera poseído como de su propiedad un bien inmueble por el tiempo suficiente para adquirirlo por usucapión, y ello aunque el dominio no se hubiera adquirido por tal institución prescriptiva, sino por cualquier otro mecanismo pacífico, todos y cualquiera de sus futuros herederos, y desde luego aquel a quien por cualquier mecanismo fuera a pasar la simple posesión de la finca, podría alegar su dominio sobre ella adquirido por un medio distinto al que legitimó la propiedad de que se entiende que se la transmitía hereditariamente, y ello frente a los demás coherederos, todos y cada uno de los cuales podrían igualmente oponer en su favor la existencia de una usucapión completada por el causante común, con lo que nos encontraríamos con tantos derechos análogos de prescripción sobre un mismo bien en favor de los coherederos como fuera su número, anómala situación jurídica que no admite su seria contemplación, por lo que deben expresamente rechazarse los motivos del recurso que llevan a ella.

DERECHO DE REVERSION. DONACION. Artículo 641 del Código Civil
(SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1988).

Reconoce, declarando no haber lugar al recurso de casación, la reversión a los herederos del donante de una finca al Ayuntamiento del pueblo, en cuya escritura figuraba la siguiente cláusula: «Si el Ayuntamiento algún día dejare de utilizar el mercado y lo abandonar, volverá el terreno a sus dueños o a sus herederos y el Ayuntamiento dispondrá de los materiales», al haberse probado en la instancia que la finca donada había dejado de utilizarse como mercado, encontrándose en estado semirruinoso.

ACCION PAULIANA (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1988).

Acreditado que al tiempo de constituirse la hipoteca existía una situación públicamente conocida y especialmente por el parte del acreedor hipotecario, de insolvencia del deudor, el cual tenía numerosas deudas de inminente vencimiento, careciendo de otros bienes distintos a los hipotecados, y que el deudor quiso favorecer al acreedor hipotecario otorgándole una preferencia que antes no tenía, se declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por éste, siendo procedente el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana por los acreedores perjudicados, reconociéndose la nulidad por rescisión de la hipoteca en superposición de garantía celebrada entre el deudor y el Banco, por estar hecha en fraude de acreedores.

COMUNIDAD DE BIENES. DIVISION (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1988).

Declara que el derecho a la división de la cosa común no puede quedar impedido por la simple oposición a las cuentas, a salvo los derechos que pudieran asistir a quien le invoca, pues entenderlo de otro modo equivaldría a desconocer el fundamento de la acción de división, que sobre la base de conceptuar a la copropiedad como una situación transitoria que no merece trato de favor, otorga a dicha acción un carácter absoluto, pues no reconoce excepción alguna a su ejercicio, es concebida como irrenunciable e imprescriptible y no se admite sino limitadamente el pacto de división (*sic*), llegando a decirse que la acción de división es una simple facultad (*res merae facultatis*) que nace y renace en todo momento de la relación de comunidad y ha de considerarse subsistente mientras la propia comunidad dure (*in facultatis non datur praescriptio*).

SERVIDUMBRES. SIGNO APARENTE. Artículos 541, 585 y 582 del Código Civil (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1988).

No es necesario que el signo aparente de servidumbre lo cree el propio dueño de ambos fundos, sino que basta con que, constando previamente las servidumbres a favor y en contra de las respectivas fincas, el adquirente de ellas, si una vez bajo su titularidad no las hace desaparecer, ello implica y comporta resultados equivalentes a la creación por él mismo de dichos signos que implícitamente ha consentido y aceptado.

IRREIVINDICABILIDAD. ADQUISICION «A NON DOMINO». Artículo 34 de la Ley Hipotecaria (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1988).

Declara, en conformidad con la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, anterior y posterior a la reforma hipotecaria de 1944 (v.gr.: Sentencias de 5 de enero de 1977 y 8 de mayo de 1982), que la buena fe del subadquirente no es la que proporciona la confianza en el Registro, sino

la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa, radicando al propio tiempo en el desconocimiento del vicio que podía invalidar el derecho de su transferente.

PROPIEDAD HORIZONTAL. FACULTADES REPRESENTATIVAS DEL PRESIDENTE (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1988).

Declara que el presidente de la comunidad de propietarios, representante de ésta (art. 12 de la Ley de 21 de julio de 1960), actúa en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria; y su actuar lleva implícita la de todos los titulares, en juicio y fuera de él, y aunque tal atribución no le faculta para prescindir de los acuerdos de la junta de propietarios, asamblea deliberante donde se forma el querer del ente comunitario, sí sirve para interpretar la voluntad común, de manera que su actuación se ajuste a la «naturaleza del negocio» y a lo que haría un buen padre de familia.

PROPIEDAD HORIZONTAL. LIMITACIONES A LA FACULTAD DE DIVIDIR LOS LOCALES (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1988).

Los propietarios de locales comerciales, autorizados para proceder a su división en la escritura de constitución de propiedad horizontal, que, una vez divididos los locales, entregados con cerramiento provisional, procedieron a establecer salidas a un elemento común del edificio —patio abierto— de las que antes carecían, reclaman a la comunidad de propietarios tales accesos. El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valladolid, estimando parcialmente la demanda, declaró el carácter común del patio situado entre los dos cuerpos de la edificación que integran la comunidad de autos, la posibilidad de que el mismo sea utilizado por los distintos propietarios en la forma que resulta de aplicar la Ley, los estatutos y los reglamentos y acuerdos de la comunidad o, en su caso, las resoluciones judiciales recaídas como consecuencia de su impugnación, el derecho de los dueños de locales comerciales entregados con cerramiento provisional para sustituirlo o completarlo sin modificar la estructura del edificio y sin establecer salidas no existentes anteriormente y el derecho de dichos propietarios para dividirlos sin autorización de la comunidad, atribuyendo a los resultantes de la división cuotas cuya suma sea igual a la correspondiente al local dividido, desestimando la demanda en los demás pedimentos. Apelada esta sentencia por los actores, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, estimando parcialmente el recurso, revoca la sentencia apelada en cuanto al límite de su pronunciamiento tercero referido a las salidas de locales, que se reduce al tiempo posterior a la sustitución del cerramiento provisional, pudiendo hacerse en esta sustitución las necesarias para el acceso a los locales constituidos en uso de la cláusula 4.ª del título constitutivo. Interpuesto recurso de casación por la comunidad demandada y apelada, por infracción de los artículos 396, párrafo 1.º, del Código Civil, y 7, párrafo 1.º, de la Ley de 21 de julio de 1960, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el

Magistrado don Ramón López Vilas, declara haber lugar al recurso interpuesto, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho, confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado.

Primero.—Al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primer motivo del recurso denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, cuales son, en concreto, los proyectos original y reformado del edificio en cuestión, argumentándose que al entender la sentencia recurrida que en los citados proyectos se daba a la pared de los locales el destino de salida de los mismos al patio interior, se ha incurrido en el error de hecho denunciado. Pero la resolución recurrida no incide en tal error, pues, como literalmente expresa (fundamento de Derecho tercero): «No justifica la posibilidad de las aperturas de salidas prohibidas en la sentencia la certificación del folio 1, en la que se acredita la aprobación por la Comisión Municipal Permanente del proyecto del edificio, haciendo constar que sirve este patio 'para dar acceso a dos portales del conjunto de viviendas, así como a los locales comerciales situados en la planta baja del conjunto edificado'. Se trata de un documento administrativo que no puede ser vinculante. Lo decisivo es el título constitutivo de la propiedad horizontal, que no hace referencia a la exigencia de salida del local 4 a ese patio, aunque lo cita como límite».

El problema que el presente caso plantea es el de decidir si, como consecuencia de la facultad estatutaria de dividir los locales sin la autorización de la comunidad de propietarios (cláusula 4.ª), ello permite practicar salidas al patio común *no existentes anteriormente*. No se discute, pues, si los locales que, tanto en el proyecto como al ser entregados, tienen acceso a dicho patio, limitándose sus propietarios a sustituir los cerramientos provisionales de ladrillo por las correspondientes puertas. De ahí que el único pronunciamiento cuestionado de la sentencia de Primera Instancia sea el tercero, en el que se declara «*el derecho de los dueños de locales comerciales, entregados con cerramiento provisional para sustituirlo o completarlo, sin modificar la estructura del edificio y sin establecer salidas no existentes anteriormente*». Y no es precisamente en base al proyecto la razón que induce al Tribunal *a quo* a revocar la citada declaración, sino a una inadecuada interpretación de la facultad de dividir, por lo que procede la desestimación del motivo examinado.

Segundo.—En los motivos segundo, tercero y cuarto, formulados por la vía del artículo 1.692-5 de la Ley Procesal, se acusa infracción del artículo 396, párrafo 1.º, del Código Civil, y de los artículos 7, párrafo 1.º, y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960.

En efecto, el artículo 396, párrafo 1.º, del Código Civil establece que podrán ser objeto de propiedad separada «los diferentes pisos o locales de un edificio *o las partes de ellos* susceptibles de aprovechamiento independiente *por tener salida propia* a un elemento común de aquél o a la vía pública...». Y como alega el recurrente, del contenido de esta norma surge una primera limitación a la facultad de división concedida a los propietarios de los locales comerciales por la cláusula cuarta del título constitutivo de la propiedad horizontal del edificio: tales propietarios pueden dividir sus locales, siempre que los resultantes de tal división sean susceptibles de aprovechamiento independiente «*por tener salida propia* a un elemento común o a la vía pública».

Una segunda limitación a la aludida facultad de dividir surge por apli-

cación del párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto prohíbe que, como consecuencia de tal división, «se altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores o perjudique los derechos de otro propietario». La alteración de la configuración o estado exterior por la apertura de tales accesos es clara en cuanto supone la existencia de huecos no previstos en el título constitutivo, y el perjuicio para otros propietarios también evidente en cuanto que habiendo adquirido sus viviendas con huecos, en algunos casos exclusivos, al patio interior —elemento común, según declara la sentencia—, la salida y acceso a los locales resultantes de la división a través del mismo viene a convertirle en vía pública, en perjuicio de la intimidad y tranquilidad de los demás propietarios.

Y, por último, una tercera limitación a la repetida facultad de dividir nace de la disposición contenida en el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto establece que cualquier alteración en las cosas comunes afecta al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. Y como alega con acierto el recurrente, la posibilidad de apertura de accesos a los locales resultantes de la división que autoriza la cláusula cuarta del título constitutivo, determina una alteración del patio interior constituido en elemento común para luces y vistas de las viviendas que dan al mismo y acceso al portal número 2 bis de la calle de la Antigua, *en cuanto le convierte en acceso ilimitado de los locales comerciales que resulten de la división del correspondiente al número 4 de la escritura de división horizontal colindantes con el mismo.*

Al no haber respetado la resolución recurrida las citadas limitaciones a la facultad de dividir, es visto que incide en la infracción de las disposiciones citadas, por lo que procede la estimación de los motivos segundo, tercero y cuarto, lo que conlleva la del recurso, sin hacer declaración especial respecto a las costas causadas en las anteriores sentencias, y respecto a las del presente recurso procede la aplicación de lo previsto en el artículo 1.715, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD. HALLAZGO. TESORO OCULTO.
Artículos 352, 449, 461, 531, 594 y 615 del Código Civil (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandados que hallaron el tesoro y declara no haber lugar al interpuesto por otras partes litigantes, según las consideraciones que a continuación se exponen, de las cuales resultan claramente los hechos y las decisiones de los órganos judiciales de instancia.

Primero.—Para la debida comprensión y adecuada resolución del presente recurso, se hace imprescindible relacionar los hechos incuestionados que integran el soporte fáctico del proceso de que el mismo dimana, que son los siguientes: 1.º Mediante escritura pública de compraventa, de fecha 20 de agosto de 1971, autorizada por el Notario de Teruel don Germán Cabrero Gallego, el hoy fallecido don J. A. S., padre y esposo, respectiva-

mente, de los demandantes, que son aquí recurrentes (aunque no los únicos), vendió la casa de su propiedad, sita en la calle Azagra, número 26, de Albarracín (Teruel), al Ayuntamiento de dicha ciudad, con la condición de que el comprador había de ceder dicha casa al Estado para la construcción de un Parador Nacional de Turismo, pactándose en tal escritura que en el caso de que las obras del referido Parador Nacional no dieran comienzo en el plazo de dos años, a contar desde el 20 de agosto de 1971, el vendedor se reservaba el derecho de retraer la finca vendida, devolviendo al Ayuntamiento comprador la cantidad-precio de la misma, que fue de 2.549.980,80 pesetas, conteniéndose, además, en la referida escritura pública, bajo la letra *b*), otro pacto, cláusula o condición, del siguiente tenor literal: «No forman parte de la venta y se considerarán siempre propiedad del vendedor todos aquellos objetos ocultos o cuya existencia se ignora de valor artístico o histórico y cuanto se entiende por tesoro según el Código Civil». 2.º Habiendo transcurrido el plazo de dos años sin que hubieran dado comienzo las obras del proyectado Parador Nacional de Turismo, en 26 de febrero de 1976, doña C. S. V. y doña C., doña P., don J. y don M. A. S., viuda e hijos, respectivamente, del vendedor don J. A. S. (que había fallecido el 3 de diciembre de 1975), en su calidad de herederos del mismo, renunciaron expresamente al derecho de retracto que, en la citada escritura pública, se había reservado el vendedor para el expresado supuesto de no comienzo de las obras del Parador en el indicado plazo de dos años. 3.º Mediante escritura pública de compraventa, de fecha 27 de enero de 1981, autorizada por el Notario de Teruel don F. M. G., el Ayuntamiento de Albarracín vendió la expresada casa (menos el corral de la misma) a don C. A. M., por el precio de 4.225.225 pesetas, sin pactarse en dicha escritura ninguna reserva de derechos a favor de nadie. 4.º Con ocasión de las obras de restauración que don C. A. M. estaba realizando en la referida casa de su propiedad, el día 22 de diciembre de 1982, uno de los operarios, llamado don J. A. C., que trabajaba a las órdenes del señor A., cuando estaba picando un tabique o pared, en su interior, debajo de unas piedras, encontró casualmente un bote de hojalata, provisto de tapadera del mismo material, con un peso de unos tres kilogramos aproximadamente, llegando a dicho lugar un segundo operario, llamado don C. N. T., que fue avisado por el primero, y entre los dos hicieron entrega al señor A. y a su yerno don S. A., que no estaban presentes en dicho lugar, del mencionado bote, que contenía 248 ó 249 monedas de oro de diferentes tamaños, acuñaciones, pesos y años, y diversos documentos, uno de los cuales (pues los otros carecen de interés para lo que es objeto de litis), escrito a mano, es del siguiente tenor literal: «Factura del dinero que hay aquí mío procedente de los muchos años que estube (*sic*) en la Carrera Militar.—Hon... 64 .. 1024 Ds.—Medias... 12 .. 96 Ds.—De a 4 Ds... 35... 140 Ds.—De a 2 Ds .. 38 .. 76 Ds.—De a 1 Ds .. 100 .. 100 Ds.—1436 Ds.—Cuyo dinero no tiene ninguna dependencia ni relación con la casa o familia siendo peculiar y pribatibamente (*sic*) mío.—Albarracín y Julio 9 de 1836.—Miguel Navarro y Asensio.—Rubricado». 5.º Conocidos tales hechos por rumor público, se iniciaron, en virtud de denuncia formulada por don J. A. S. V., actuaciones penales (Diligencias Previas número 94/83 del Juzgado de Instrucción de Teruel), en el curso de las cuales, al negar, en principio, el señor A. M. y su yerno señor A. la realidad del citado hallazgo, se lograron recuperar 245 de las expresadas monedas, así como los documentos que se hallaban en el inte-

rior del bote. 6.º En las aludidas Diligencias penales, el citado Juzgado de Instrucción dictó auto, confirmado en apelación por la Audiencia Provincial de Teruel, por el que acordó el archivo de las mismas y el depósito de las referidas 245 monedas de oro en el Banco de España, en donde actualmente se hallan, hasta que por la jurisdicción civil se resuelva sobre la propiedad o posesión de ellas.

Segundo.—Promovido, ante el Juzgado de Primera Instancia de Teruel, juicio declarativo de mayor cuantía, por doña C. S. V. J. y doña C., doña P., don J. y don J. M. A. S. V. contra don C. A. M. (como propietario de la casa en donde tuvo lugar el mencionado hallazgo) y contra don J. A. C. y don J. C. N. T. (como realizadores de tal hallazgo), con la pretensión de que se les declare propietarios únicos de las citadas 245 monedas de oro, y habiendo los demandados señores A. C. y N. T. formulado reconvencción no sólo contra los mencionados actores, sino también contra el codemandado señor A. M., con la pretensión de que se declare la propiedad que estiman corresponderles sobre la mitad de las aludidas monedas, por su calidad de descubridores casuales de las mismas, en dicho proceso el Juez de Primera Instancia del expresado Juzgado dictó sentencia de fecha 12 de noviembre de 1984, por la que declaró que los demandantes son propietarios de la mitad de las expresadas monedas y los demandados don J. A. C. y don J. C. N. T. lo son de la otra mitad. En el correspondiente recurso de apelación, que interpusieron los demandantes y el demandado don C. A. M., la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza dictó sentencia de fecha 26 de diciembre de 1985, por la que, revocando totalmente la sentencia de primer grado, desestima la demanda formulada por los actores contra todos los demandados, a quienes absuelve de la misma, así como también desestima la reconvencción formulada por los demandados don J. A. C. y don J. C. N. T. contra los citados actores, a quienes absuelve de la misma, y se abstiene de pronunciarse sobre la reconvencción que dichos demandados formularon también contra el codemandado señor A. M., por considerarla procesalmente inviable. Contra la expresada sentencia de la Sala *a quo* han interpuesto sendos recursos de casación, por un lado, los actores, y por otro, los demandados, cuyos recursos habrán de ser estudiados por dicho orden, no sólo por ser ése el cronológico de sus respectivas interposiciones, sino también porque la resolución del segundo podría venir determinada por la que haya de merecer el primero.

Tercero.—La cuestión fundamental que los actores en la instancia, y aquí primeros recurrentes, someten a la resolución de este Tribunal, a través del primero de sus motivos, que articulan por el cauce del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que denuncian infracción de los artículos 352 y 615, párrafo 1.º, del Código Civil, y que constituye el *punctum pruriens* o tema nuclear de toda la cuestión litigiosa a que se refiere este recurso, es la atinente a determinar si el bote de hojalata con su contenido de monedas y documentos, que ya ha quedado descrito en el apartado 4.º del fundamento primero de esta resolución, ha de merecer o no la conceptualización legal de tesoro oculto. Para que dicha conceptualización pueda ser atribuida a un depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos es requisito ineludible que no tenga propietario conocido («inhallabilidad» del dueño), como ya exigía la Ley 45, título 28, de la Partida 3.ª («si el thesoro es tal que ningund ome non pueda saber quién lo y metió, nin cuyo es»),

y como reitera expresamente el artículo 352 del Código Civil, cuando condiciona la consideración legal de tesoro a que no conste la legítima pertenencia del expresado depósito oculto e ignorado, requisito que habrá de estimarse concurrente, con la consiguiente atribución al hallazgo de la expresada concepción legal, no sólo, como es obvio, cuando sea desconocida en absoluto la identidad del dueño originario que efectuó o por cuya orden se realizó la ocultación, sino también cuando, aun siendo conocida la identidad del mismo, la excesiva lejanía en el tiempo haga prácticamente imposible, a través de las intermedias transmisiones hereditarias que hayan podido producirse, venir en conocimiento de quiénes sean los sucesores del referido dueño originario y, por ende, legítimos propietarios actuales del mencionado hallazgo, supuesto que estimamos es el contemplado en el presente caso litigioso, ya que si bien aparece probado que el dueño originario de las monedas ahora descubiertas era don Miguel Navarro y Asensio, según consta en el documento de fecha 9 de julio de 1836, hallado dentro del mismo bote que las contenía, la circunstancia, por un lado, de la gran distancia cronológica existente entre las fechas de la ocultación y del hallazgo (casi siglo y medio, concretamente ciento cuarenta y seis años), y, por otro, el hecho de que el referido don Miguel Navarro y Asensio no tenía con los hermanos demandantes, aquí primeros recurrentes, señores A. y S. V., un parentesco en línea recta, sino sólo en la colateral, pues era hermano del tercer abuelo o tatarabuelo del padre de los mismos, hacen prácticamente imposible la averiguación, cuyo cometido entrañaría un supuesto típico de la llamada «*probatio diabólica*», y mucho más la prueba fehaciente de quiénes sean, a través de las numerosas sucesiones intermedias, los actuales sucesores hereditarios del referido don Miguel, condición que, por supuesto, los referidos demandantes no han probado que concorra en ellos, como acertadamente entiende la sentencia recurrida, cuya valoración probatoria al respecto, que no ha sido impugnada por los recurrentes por el cauce adecuado ni por ningún otro, ha de ser mantenida incólume, todo lo cual debe comportar el decaimiento del motivo que acaba de ser examinado y el mantenimiento, por tanto, de la atribución que la sentencia recurrida hace al depósito de las referidas monedas de la concepción legal de tesoro oculto.

Cuarto.—El segundo de los motivos que los demandantes, aquí primeros recurrentes, articulan por el cauce del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por el que denuncian infracción —por no aplicación— de los artículos 449 y 461 del Código Civil, ha de ser también desestimado, pues los citados preceptos, que sólo establecen las presunciones posesorias, de naturaleza *iuris tantum*, que los mismos determinan (la de que la posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste o se acredite que deben ser excluidos, y la de que la posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero, carecen de posible aplicación al presente supuesto litigioso, en donde no se cuestiona problema posesorio alguno, sino el de la titularidad dominical de un tesoro oculto, que viene expresa y específicamente determinada por los artículos 351 y 614 del Código Civil, de aplicación única y preferente, y que excluyen toda la virtualidad de las referidas presunciones posesorias o de cualquier otra.

Quinto.—Con carácter subsidiario, para el supuesto de desestimación de los dos primeros motivos ya examinados, y sobre la base de la cláusula

o condición *b*) de la escritura pública de fecha 20 de agosto de 1971, por la que don J. A. S., esposo y padre, respectivamente, de los demandantes, vendió al Ayuntamiento de Albarracín (Teruel) la casa en la que luego fueron descubiertas las monedas litigiosas, por cuya cláusula o condición *b*), que ya hemos transcrito literalmente en el apartado 1.º del fundamento primero de esta resolución, el citado vendedor se reservó la propiedad de todos aquellos objetos ocultos o cuya existencia se ignore, de valor artístico o histórico, y cuanto se entiende por tesoro según el Código Civil, que pudieran aparecer en la casa vendida, los mismos recurrentes articulan los motivos tercero y cuarto, ambos por el cauce del ordinal 5.º del artículo pertinente de la Ley Procesal Civil, por los que denuncian infracción del artículo 594 en relación con el 531, ambos del Código Civil (en el tercero), e infracción de los artículos 1, 3.º, y 13, en relación con el 38, 1.º, y 32 de la Ley Hipotecaria (en el cuarto), cuyos motivos han de ser estudiados conjuntamente, dada la íntima conexión que los recurrentes establecen entre ellos, y los cuales deben fenecer, por las siguientes razones: 1.º Porque en realidad, a través de los mismos, lo que los recurrentes tratan de impugnar es la interpretación que la Sala *a quo* ha hecho de la citada cláusula o condición *b*) de la escritura pública de compraventa de fecha 20 de agosto de 1971, cuya impugnación tratan de hacerla sin mencionar siquiera, ni mucho menos concretar, cuál o cuáles de los preceptos reguladores de la interpretación contractual (arts. 1.281 a 1.289 del Código Civil) consideran que la expresada Sala ha infringido al realizar la exégesis de la aludida cláusula o condición contractual, lo que ya, por sí solo, sería suficiente para la mencionada desestimación de los motivos que se examinan. 2.º Es doctrina reiterada de esta Sala (Sentencias de 4 de mayo de 1984; 18 de enero y 26 de diciembre de 1985; 10, 19 y 24 de febrero de 1986, entre otras) la de que la interpretación de los contratos es función que compete a la Sala de Instancia, cuyo resultado no puede ser atacado en casación, salvo que se acredite que éste aparece como ilógico o contrario a la Ley, calificativos que, como seguidamente veremos, no son predicables respecto de la interpretación contractual operada por la Sala *a quo*, cuyas consecuencias, por ende, deben ser respetadas. 3.º La mencionada cláusula contractual, pactada en la ya citada escritura pública de compraventa entre el señor A. S., como vendedor de la casa, y el Ayuntamiento de Albarracín, como comprador de la misma, por la que el primero se reservaba un hipotético y cuestionable derecho de propiedad sobre unos indeterminados e ignorados bienes muebles, que en el futuro pudieran aparecer o ser descubiertos en la casa vendida («todos aquellos objetos ocultos o cuya existencia se ignora, de valor artístico o histórico, y cuanto se entiende por tesoro según el Código Civil»), aparte de no poder ser entendida en modo alguno como creadora o constitutiva de ningún gravamen, servidumbre o carga real sobre el inmueble vendido, pues ninguna reserva del derecho de propiedad sobre unos reales o hipotéticos bienes muebles, por mucha fuerza vinculante que tenga entre los estipulantes de la misma, puede suponer la creación o surgimiento de una servidumbre, carga real o gravamen sobre el inmueble que pueda contenerlos, no tiene (la referida cláusula), como acertadamente entiende la Sala *a quo*, más efectos que los estrictamente obligacionales, que no son objeto de esta litis, entre quienes la pactaron y sus herederos (art. 1.257 del Código Civil); pero que, por mucha que sea la fuerza expansiva que la dirección técnica de los recurrentes haya pretendido, *in voce*, en el acto de la vista

de este recurso, atribuir al principio *standum est chartae*, que establece el artículo 3 de la Compilación de Aragón, a pesar de no haberlo citado como infringido en ninguno de los motivos de su escrito de interposición del recurso, en modo alguno puede vincular al tercer adquirente y propietario actual de la casa, en cuyo título adquisitivo no se consignó la mencionada cláusula ni ninguna otra similar, sin que, por otra parte, el hecho de que la misma, con un, tal vez, demasiado amplio criterio registral, tuviera acceso al Registro de la Propiedad, cuando fue inscrita la adquisición de la casa por el Ayuntamiento de Albarracín, pueda afectar a los futuros adquirentes de tal casa, porque, como ya se ha dicho, con dicha cláusula no se constituyó derecho real de clase alguna sobre la casa vendida, sino que exclusivamente se refería a la reserva, con efectos meramente obligacionales entre quienes la pactaron, de un hipotético derecho de propiedad sobre bienes muebles, y el régimen jurídico de esta clase de bienes no se halla amparado por la acción protectora de los principios hipotecarios, salvo en supuestos excepcionales (hipoteca mobiliaria, prenda sin desplazamiento, venta de bienes muebles a plazos), con los que el presente caso litigioso no guarda relación alguna.

Sexto.—La desestimación de todos los motivos del recurso interpuesto por los demandantes, primeros recurrentes, nos lleva necesariamente al estudio del que también han intervenido los demandados, segundos recurrentes, don J. A. C. y don J. C. N. T., que lo articulan a través de tres motivos. En cuanto al primero de ellos, aunque no mencionan siquiera cuál es el ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dentro del cual pretenden encauzarlo, y por el que dicen denunciar infracción del artículo 542, 2.º, de la misma Ley, de la lectura del desarrollo del mismo, que hacen en el escrito de interposición del recurso, ha de entenderse, pese a su muy defectuosa formulación, que lo articulan por el cauce del primer inciso del ordinal 3.º del artículo 1.692 de la citada Ley Procesal, denunciando quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente el artículo 359 de la repetida Ley, por haber incidido la sentencia recurrida en incongruencia, al no haberse pronunciado en cuanto al fondo de la pretensión que dichos recurrentes habían formulado en el proceso de que este recurso dimana. Si bien es cierto que procesalmente no es admisible la reconvencción que un demandado formula contra su codemandado, al no existir en el proceso trámite hábil para que el demandado reconvenido pueda contestar a la acción que en su contra ejercita el reconviniente (Sentencias de esta Sala de 10 de diciembre de 1975 y 3 de julio de 1978), también lo es que, al haber afirmado el demandado don C. A. M., en su escrito de contestación a la demanda, que se consideraba dueño exclusivo del tesoro litigioso, por ser el propietario de la casa en que el mismo había sido descubierto, los codemandados señores A. C. y N. T., que se estimaban propietarios de la mitad de dicho tesoro, en cuanto descubridores casuales del mismo, al contestar a la demanda que contra todos tenían formulada los actores, a los que ya nos hemos referido en los fundamentos anteriores, aunque con la denominación incorrecta de reconvencción, lo que hicieron, aprovechando que la relación jurídico-procesal estaba constituida correctamente entre todos los interesados en el asunto litigioso (menos el Estado, cuyos derechos, que le puedan corresponder con arreglo a la legislación aplicable sobre el patrimonio histórico, en ningún caso quedarán afectados por la reso-

lución de este litigio), fue deducir una demanda principal contra el code mandado don C. A. M., que si bien debería haber dado motivo a la formación de autos independientes, posteriormente habría conducido a la acumulación de éstos a los inicialmente formados al tener que ser resueltos los dos por una sola y única sentencia (arts. 161, 5.º, y 162, 6.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), cuya tácita acumulación de autos se hizo en la no correcta forma ya expresada, pero con la que no se ha producido situación de indefensión alguna para el demandado señor A. M., el cual, en su escrito de contestación a la demanda formulada por los actores, en vez de limitarse a pedir que se le absolviera de la misma, ya formuló el *petitum* de su referido escrito de contestación en los siguientes términos: «Previos los demás trámites legales procedentes, dictar sentencia por la que sean desestimadas todas y cada una de las pretensiones de los demandantes, así como las que puedan formular los demandados, en su contestación, absolviendo a todos los efectos a esta parte demandada y declarar no haber lugar a nada de lo que se solicita por la contraparte y demás demandados» (folio 91 de los autos), y, además, aunque no existió trámite de dúplica, por haber renunciado los actores a la réplica, el Juzgado dio traslado al señor A. M. de la mal llamada reconvencción que contra él formularon los codemandados señores A. C. y N. T. para que contestara a la misma, cuyo trámite evacuó el señor A. M., oponiéndose de nuevo a las pretensiones de sus codemandados (folios 116 a 119 de los autos), por lo que al no haber existido indefensión alguna para el señor A. M., carece de toda justificación el obligar a los señores A. C. y N. T. a acudir a un nuevo e innecesario proceso para que se resuelva sobre su pretensión, la cual puede y debe ser resuelta en el proceso a que este recurso se refiere sin merma de garantía alguna, cuya no resolución actual conculcaría incluso el derecho que el artículo 24, 2.º, de nuestra Constitución concede a los ciudadanos a un proceso sin dilaciones indebidas, por lo que al no haber la sentencia recurrida resuelto la referida pretensión incurrió en incongruencia, con la consiguiente infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que ha de llevar a la estimación del motivo que hemos examinado.

Séptimo.—Los motivos segundo y tercero, que los recurrentes señores A. C. y N. T. formulan sin mencionar tampoco el número del ordinal pertinente a través del cual pretenden articularlos, y por los que denuncian infracción —por inaplicación— de los artículos 351, 2.º, y 614 del Código Civil (en el segundo), y de los artículos 609 y 610 del mismo Código (en el tercero), han de fenecer, por superfluos e innecesarios, toda vez que al haber la sentencia recurrida dejado de pronunciarse en cuanto al fondo de la pretensión deducida por dichos recurrentes, como ya se ha dicho en el fundamento anterior, no ha tenido posibilidad de aplicar o no los preceptos que se invocan como infringidos o algunos de ellos, lo que imposibilita toda censura acerca de ello.

Octavo.—El acogimiento del primero de los motivos del recurso interpuesto por los demandados señores A. C. y N. T., con la consiguiente estimación del referido recurso, obliga a esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el número 3.º del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparece planteado el debate, acerca del cual ha de hacerse constar que, sin perjuicio de mantener el pronunciamiento que la sentencia recurrida hace sobre la desestimación de la demanda formulada por los actores,

como se desprende de la desestimación que aquí hacemos del recurso de casación por ellos interpuesto, ha de resolverse sobre la propiedad del tesoro oculto objeto de litis o de lo que el Estado haya de abonar (en el caso de que le corresponda la propiedad del mismo, según la legislación sobre patrimonio histórico que fuere aplicable a este supuesto), lo que se hace en los siguientes términos: la mitad de dicho tesoro o, en su caso, de lo que el Estado haya de abonar por el mismo, corresponde al demandado don C. A. M., en cuanto propietario de la casa en que dicho tesoro se hallaba, y la otra mitad, por partes iguales, a los demandados don J. A. C. y don J. C. N. T., toda vez que aparece probado en autos que fueron los que descubrieron dicho tesoro, por casualidad, cuando, como albañiles, trabajaban en las obras de restauración de la mencionada casa, todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 351 y 614 del Código Civil o, en su caso, de la legislación sobre patrimonio histórico que pudiera ser aplicable a este supuesto.

COMENTARIO.—Han sido decisivos para la resolución del pleito dos tipos de consideraciones: Uno, derivado de que la cláusula contenida en la escritura de compraventa al Ayuntamiento sólo puede tener valor, en principio, frente a éste, pero no frente a otro sucesivo o ulterior adquirente, por carecer de trascendencia real. Y aunque la finca en que se realizó el hallazgo no se hubiese transmitido a un tercer comprador, parece que tampoco hubiera tenido virtualidad la cláusula frente a los halladores del tesoro oculto, aunque quienes lo encontrasen hubiesen trabajado contratados por el Ayuntamiento, en cuanto a la mitad correspondiente a los mismos. Para que dicha cláusula hubiera surtido algún efecto en el sentido pretendido por los primitivos vendedores es preciso que hubiere sido completada poco más o menos así: «A fin de que esta cláusula, que constituye condición esencial de la presente compraventa, produzca efectos frente a terceras personas, la parte compradora se obliga a hacerla constar en las transmisiones que otorgue o contratos que celebre relativos a la finca transmitida. Y para el supuesto de que, por cualquier causa, la misma careciese de efectividad, el Ayuntamiento se obliga a indemnizar a los vendedores, cualesquiera que sean las transmisiones efectuadas y el tiempo transcurrido, o a sus herederos, en la cantidad igual al valor total del hallazgo o tesoro efectuado». La otra consideración es la de no existir parentesco en línea recta entre el primitivo propietario del tesoro y quienes vendieron la finca al Ayuntamiento, sin que éstos acreditaran ser herederos de aquél.

Es más bien escasa la literatura jurídica, antigua y moderna, sobre el tema, no obstante la importancia que actualmente ha adquirido. Por ello no está de más decir algunas palabras al respecto.

A mi modo de ver, los requisitos actuales para que pueda hablarse de *tesoro oculto*, desde el punto de vista legal, son:

1.º *Ocultación*, lo cual implica una circunstancia de carácter físico y otra de carácter intelectual, consistentes, respectivamente, en que el objeto no se encuentre a la vista (pues de estarlo se aplicaría la doctrina de la ocupación) y no se sepa ciertamente ni existan indicios de esa ocultación. Esto es así porque si se sabe ciertamente su ocultación por motivos de seguridad o cualquier otro, no merece tal calificativo. En este sentido, ya manifestó PAULO que «si alguien esconde alguna cosa bajo

tierra por ánimo de lucro (v.gr.: para evitar impuestos, diríamos hoy), o por miedo o por razones de seguridad, no hay tal tesoro. Y si quien lo encuentra se lo apropia comete hurto» («Si quis aliquid vel lucri causa vel metus vel custodiæ conderit sub terra, non este thesaurus; cuius etiam furtum fit». D., 41, 1, 31, 1).

2.º *Cosa mueble de valor*; pues si bien la clásica definición romana lo limitaba a los bienes muebles metálicos (*pecuniae*), ya una Ley del Emperador LEÓN lo refirió a todos los muebles en general (*vetustiori mobilia*). Este requisito impide considerar como tesoro el pavimento de mosaico romano descubierto casualmente en un *fundo*.

En este sentido, califica el tesoro el Código Civil francés como «toda cosa escondida o enterrada sobre la que nadie puede acreditar su propiedad y que es descubierta por azar» (art. 716, párr. 2.º), y el italiano entiende por tesoro «cualquier cosa mueble de valor, escondida o enterrada, de la que nadie puede probar ser dueño» (art. 932, párr. 1.º). En análogo sentido, el artículo 723 del Código Civil suizo, mientras que para el B. G. B. se trata de «una cosa que ha permanecido oculta tanto tiempo que no puede averiguarse quién es el propietario» (parág. 984). Pero notemos que la circunstancia de ignorar quién sea el dueño es común a otros modos originarios de adquirir la propiedad (v.gr.: ocupación, art. 610 del Código Civil), por lo que no es nota peculiar del tesoro oculto, que baste a diferenciarlo de otras instituciones.

F. C. L.

B) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

LEGITIMAS EN CATALUNA. SU PAGO (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1988).

Admite los anticipos de legítima, conforme a la facilidad reservada en capitulaciones matrimoniales, aplicando el artículo 132 de la Compilación catalana.

DERECHOS SUCESORIOS DEL ADOPTADO PLENAMENTE. DERECHO TRANSITORIO (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1988).

Reconoce los derechos sucesorios a favor de la adoptada plena, cuya adoptante se había obligado a instituir la heredera en la porción que la Ley señala a los hijos legítimos, habiendo fallecido bajo testamento, en el que omitió tal disposición a favor de la adoptada, conforme a la legis-

lación vigente en el momento de otorgarse la escritura pública de adopción, en la que se contiene tal estipulación.

LEGITIMA EN CATALUÑA. PAGO. INTERESES. TUTELA. RESPONSABILIDAD DEL TUTOR. Artículo 139 de la Compilación catalana (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Carretero Pérez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona (Sala 2.ª de lo Civil), que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Hospitalet de Llobregat, conforme a los siguientes fundamentos:

I. Los actores de este proceso son los herederos de don J. M. A. y reclaman la legítima que a su causante correspondía en la herencia de la madre de éste, doña M. A. M., frente al demandado, heredero universal de doña M. Asimismo, reclaman daños y perjuicios irrogados por la actuación sucesiva de doña M. y de su heredero, como tutores de su causante, durante el período de su incapacidad legal (desde el 11 de diciembre de 1952 hasta el 8 de abril de 1976), que le llevaron, por negligencia de los tutores, a perder su parte en la herencia de su padre y marido de doña M. La sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, que confirma íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de l'Hospitalet de Llobregat, condena al demandado heredero a que satisfaga a los actores la cuarta parte de los bienes relictos de doña M. A. M., más intereses legales, a partir de la fecha de su muerte y a la indemnización de daños y perjuicios por el demandado, como consecuencia de su actuación como tutor del causante de los actores.

II. Recurre la sentencia la actual heredera de quien fue demandado, fallecido en el curso del proceso, con un único motivo, que fundamenta en el artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiéndolo infringido el artículo 139, 3.º, de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña y el artículo 4, 1.º, del Código Civil, al exponer que la legítima no debe devengar intereses en el caso, para el tiempo en el cual el legítimo vive en casa y compañía del heredero y a sus expensas. En el actual proceso, arguye el recurrente, no se dio el supuesto de la convivencia, porque heredero y legítimo tenían domicilios distintos; pero el legítimo, hasta que murió (6 de septiembre de 1978), ya capaz, vivió antes y después de la muerte de su madre en una casa de la herencia, cultivando la tierra de la finca de la que usaba y disfrutaba, situación que entiende susceptible de aplicación analógica del citado precepto de la Compilación, con la consecuencia de enervar el devengo de los intereses, a cuyo pago condena la sentencia impugnada.

III. La base de aplicación del artículo 139, 3.º, de la Compilación, en cuanto releva del pago de intereses de la legítima debida al heredero o usufructuario universal, viene motivada, según Sentencia de esta Sala de fecha 24 de marzo de 1962, en una especie de compensación de tales intereses por alimentos, que consisten, según los artículos 142 y 146 del Código Civil, en una amplia asistencia, que comprende, según una varia-

ble proporción entre los medios de quien los recibe, sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación. Ello se traduce en una actitud activa de atenciones que, indudablemente, requieren una base probatoria que no se da en este supuesto, ya que no hay declaración en tal sentido, en las sentencias de Primera Instancia y apelación, ni resultan de la prueba de confesión, ni de una vaga y dubitativa testifical, ni siquiera trató de probar en el proceso el demandado la naturaleza y extensión de sus prestaciones. Antes bien, resulta un abandono de la atención debida a persona que estuvo largo tiempo incapacitada, perdiendo derechos hereditarios, sin constitución de organismo tutelar e incluso con oposición de su tutor a la petición de pobreza para promover el proceso en el que recuperó su capacidad. De modo que ni existía convivencia en casa (presupuesto legal) ni prestaciones alimentarias equivalentes que pudieran constituir el fundamento de una aplicación analógica, con sus requisitos de falta de norma específica e identidad de razón de aplicación de otra (Sentencias de esta Sala de 7 de enero de 1981 y 14 de julio de 1986, entre otras).

TESTAMENTO Y CODICILO EN BALEARES. PARTICION DE HERENCIA. ACTOS PROPIOS (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, que había revocado parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia de Mahón, conforme a los siguientes fundamentos:

1. El mejor entendimiento de la cuestión traída al recurso hace preciso conocer las circunstancias que la determinaron, para lo que bastará recoger resumidamente los antecedentes, con gran claridad expuestos en la sentencia recurrida, y señalar lo que gravita en los motivos con los que se articula o fundamenta: *a)* En 16 de agosto de 1979 fallece don I. P. V., viudo de doña M. F. G.; del matrimonio nacieron tres hijos, R., I. y M. P. F.; habiendo otorgado testamento ológrafo, que lleva fecha 20 de febrero de 1978, completado con otro al que el testador denomina codicilo de 6 de diciembre del propio año, documentos ambos debidamente protocolizados; en dicho testamento se instituye herederos a los tres hijos del causante y se hace una serie de legados a cada uno de ellos, con lo que se viene a distribuir la totalidad del caudal hereditario, salvo algunos muebles y tres inmuebles reseñados por la recurrente en su escrito de demanda, disponiéndose en cuanto a las deudas que pudieran gravar la herencia sean satisfechas por los tres instituidos herederos por partes iguales. *b)* Don I. y don M. promovieron en 1981 juicio voluntario de testamentaría para la división y adjudicación de la herencia, sustanciado con la intervención de doña R., en el que tras diversos incidentes se dicta Auto por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en grado de apelación, de fecha 24 de octubre de 1985, confirmando la resolución de Primera Instancia, teniendo por separados del juicio a sus promotores. *c)* En 8 de mayo de 1984, don M., por sí y en representación de su hermano don I.,

otorga escritura pública de aceptación de la herencia de don I. P. V. y adjudicación de los bienes que de dicha herencia les han correspondido, prometiendo entregar determinada finca a doña R. para dar cumplimiento a la voluntad del causante, así como los demás bienes constitutivos del legado específico a su favor; en la relación de bienes se incluyen aquellos tres inmuebles reseñados por la recurrente de los que no dispuso el testador, los que son adjudicados a los otorgantes don M. y don I. 'd) En el presente recurso gravita como cuestión fundamental, hasta el punto de servir de apoyo a cuatro de los motivos de los cinco del recurso, la interposición por los hermanos don I. y don M. de aquel juicio voluntario de testamentaría, calificado de «acto propio», al que incompatibiliza con el otorgamiento de la escritura de aceptación de herencia y adjudicación de bienes.

2. Se denuncia en el primer motivo del recurso, amparado en la causa tercera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los artículos 359 y 372, números 3.º y 4.º, de la expresada Ley, relativos, el primero, a la congruencia que han de guardar las sentencias, y aquellos números del segundo, a la apreciación de los puntos de Derecho fijados por las partes dando las razones y fundamentos legales procedentes para el fallo, y el pronunciamiento del fallo, en los términos prevenidos en los artículos 359 y 360; en cuanto a la primera cuestión, si por incongruencia hemos de entender la disconformidad o discrepancia entre suplico de la demanda o, en su caso, reconvención y parte dispositiva o fallo de la sentencia que se tacha de incongruente, confrontados los pronunciamientos que del Juzgado se suplican: declarar la nulidad de la escritura pública de 8 de mayo de 1984 y la de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad en contemplación de la susodicha escritura, con el fallo de la sentencia, conforme al cual se declara la nulidad de dicha escritura, si bien se dice únicamente en cuanto en mérito de ella los demandados se adjudicaron de la herencia de don I. P. V. las fincas que se relacionan, así como la de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad en virtud de los actos ahora declarados nulos, ordenándose la cancelación de dichos asientos registrales, es visto se da absoluta conformidad, pues el condenar a menos de lo pedido no altera la congruencia, sin que ello afecte el que, como se quiere hacer ver en el desarrollo del motivo, si por voluntad de don I. y don M. la partición y adjudicación de la herencia en su integridad se encomendaba al juicio voluntario de testamentaría, en lo que se hallaban comprometidos, se contradicen al otorgar la escritura de 8 de mayo de 1984, por lo que al conceptuarlo de acto propio les vetaba de dicho otorgamiento, y al no haber sido objeto de atención por el juzgador constituye una clara inobservancia de cuanto dispone el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y no le afecta como se indica por cuanto la sentencia de Primera Instancia no le dio más trascendencia que la de haber sido rechazado por don I. y don M. como medios para dilucidar la cuestión, sentencia que no fue recurrida por doña R. y que, en consecuencia, delimita el ámbito jurisdiccional del recurso de apelación; como no menos porque fijaba la situación jurídica de la actora y hoy recurrente en el fundamento de Derecho de dicha sentencia aceptado por la de apelación, con arreglo a la que giran los razonamientos jurídicos de la misma sin hacer referencia concreta a la situación creada por la interposición del mencionado juicio de testamentaría, es porque no había de afectar a la conclusión

final, a la que llega conducido por dichos razonamientos jurídicos, que para nada los interfiere, no pasando de mera anécdota; y como con respecto a aquella otra alegación referente a la forma en la que han de dictarse las sentencias, la recurrida cumple con los requisitos recogidos en aquellos números 3.º y 4.º del artículo 372, citado, ya se razona con amplitud, claridad y precisión, conducente al fallo totalmente congruente con las pretensiones de la parte actora, si bien lo sea en menos de lo pedido, el motivo ha de ser desestimado.

3. Se denuncia en el segundo de los motivos, amparado en la causa 5.ª del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los números 4.º y 6.º del artículo 1 del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial reflejada en las sentencias que se citan, en cuanto a la fuerza vinculante del acto propio, en el supuesto de autos, al haber don I. y don M. planteado el juicio voluntario de testamentaría encaminado a inventariar, liquidar, partir y adjudicar la herencia de su padre don I. P. V., toda vez que estando comprometidos con dicho juicio por propia iniciativa procedieron «contradiciéndose» al otorgamiento de la escritura de 8 de mayo de 1984, lo que ha de llevar consigo la incorrección jurídica del instrumento público en cuestión implicativo de una posterior conducta en desacuerdo con el susodicho «acto propio»; mas yerra la recurrente al calificar de «acto propio», al que refiere el principio de Derecho reconocido por la jurisprudencia de que «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos», aquel planteamiento de juicio voluntario de testamentaría, pues si dichos «actos propios» son los que como expresión inequívoca del consentimiento se realizan u obedecen al designio de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo de un modo inalterable la situación jurídica de su autor, no cabe entender, como no entendió el juzgador de Instancia, que el simple planteamiento de un proceso judicial a los fines de dilucidar una situación jurídica en conflicto, por entender era válido para ello, pueda arrastrar a seguirle y prohibir cualquier conducta posterior apartándose del mismo, cual pretende la recurrente, ni se crea, ni se modifica, ni se extingue derecho subjetivo alguno, máxime cuando no se trata de burlar la Ley o menoscabar el interés o derecho de la parte que se cree perjudicada, a la que asisten cuantas acciones puedan emanar de la situación jurídica que en la herencia de su causante le asistan, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

4. En el tercer motivo, por igual vía que su anterior, se denuncia la infracción del número 2 del artículo 6 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial reflejada en las sentencias de esta Sala que se citan, en relación con la renuncia de derechos, con lo que se viene a plantear una tercera cuestión de orden a aquel juicio voluntario de testamentaría al que se viene haciendo referencia, ahora al entender que si el testamento ológrafo bajo el que falló don I. P. V. entrañaba una «partición parcial» por el que los herederos adquirieron el derecho de distribuir el caudal relicto, resulta indudable que la actitud de don I. y don M. al promover dicho juicio es acto concluyente sobre la renuncia a los derechos dimanantes de aquella partición del testador y consecuente «su toma de partido por la distribución de bienes a través del juicio de testamentaría»; aparte de que a diferencia de los aspectos o consecuencias que se quieren derivar de la tan repetida iniciación de aquel juicio de testamentaría que se contempla en los motivos anteriores, eran cuestiones debatidas, la una en cuanto podría afectar a la congruencia, la otra en su significación de

acto propio, la que se trae a este tercer motivo, al no haber sido objeto de discusión en la litis en resolución, en la sentencia ha de ser calificada de cuestión nueva y por ello vedada para su acceso al recurso; pero es que, además, el acudir al juicio de testamentaria no es acto concluyente del que pueda entenderse renunciados aquellos derechos derivados del testamento, puesto que cabe interpretar de muy diverso modo, pues sí, por un lado, se ha de pasar por la partición hecha por el testador, cuando los herederos no se entendieren habrá que acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil, nada obsta que llegado tal entendimiento siempre existirá la posibilidad de prescindir del procedimiento, luego no cabe entender que al acudir al mismo suponga la renuncia de un derecho que al heredero corresponde mientras penda la liquidación total de la sucesión; por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

6. El motivo quinto, último del recurso, amparado en la causa 5.^a del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.056 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial reflejada, entre otras, en la sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 1961, al considerar erróneamente la resolución recurrida que el testamento rector de la sucesión de don I. P. entraña una partición parcial de su herencia, que ha de respetarse, la que contradice la citada sentencia; es de tener en cuenta que, según sienta la expresada sentencia, la testadora adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos, individualizando alguno de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran su patrimonio, lo que hay que entender de pleno conocimiento de ello, por lo que no puede estimarse realizada la partición de la herencia por la causante, supuesto bien distinto al que se contempla en el recurso en el que el testador hace una distribución y adjudicación de la plena totalidad de sus bienes que constituyen su herencia, como no menos respecto a las deudas al disponer sean pagadas por los instituidos herederos por iguales partes, y como expresión de ser esta distribución total la que responde a su voluntad con emotivas palabras dice que «todo cuanto dispongo me lo ha dictado el corazón y abrigo la esperanza de que comprenderéis que al disponer esta repartición entre vosotros sólo me guía el deseo de que ninguno de vosotros salga perjudicado respecto los demás, y querría haber acertado para que al disfrutar de ello guardéis el mejor recuerdo mío y no dudéis de cuánto os he querido a todos», y si bien en el complementario que dice codicilo hace referencia a los bienes omitidos, un chalet y un piso, aclara el uno por olvido y el otro por adquisición posterior, y según reseña la recurrente aún existe una tercera finca, es claro que todo ello no representa sino una mínima parte dentro de la totalidad de la herencia, que cabe encajar en lo dispuesto por el artículo 1.079, como entiende el juzgador de instancia, y no cabiendo duda que no resulta infringido el artículo 1.056 del Código Civil, el motivo ha de ser desestimado.

TESTAMENTO. REVOCACION (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1988).

La voluntad que se exige en el artículo 739, 1.º, del Código Civil para dejar subsistente un testamento anterior puede ser no sólo la «expresa» allí mencionada, sino también la «deducida», que acoge el artículo 675 del mismo Cuerpo legal.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor y apelado contra la sentencia de la Sala 2.ª de la Audiencia Territorial de Valencia, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de esa capital, conforme a los siguientes fundamentos:

1.º El único problema de fondo que se discutió en el pleito de que trae causa el presente recurso, y que constituye también la esencia de los seis motivos casacionales en que se ampara el mismo, gira en torno de la solución legal y doctrinal que haya de darse a la revocación tácita de los testamentos. La parte recurrente ampara su primer motivo en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los restantes cinco siguientes en el ordinal 5.º del mismo artículo, denunciando, respectivamente, error en la apreciación de la prueba documental, referida al propio testamento cuestionado, e infracciones de los artículos 675; 739, 1.º; 1.281, 2.º, y jurisprudencia concordante, en lo referente a la interpretación que deba darse a los actos de última voluntad otorgados por la testadora; y como unos y otros cauces procesales empleados vienen referidos al mismo y único punto fáctico y doctrinal de una pretendida compatibilidad entre los testamentos otorgados por doña P. M. en 21 de julio de 1980 y 22 de enero de 1981, resulta necesario estudiar conjuntamente todos los motivos aducidos, realmente referidos a un proceso interpretativo, exponiendo separadamente el desarrollo de la cuestión doctrinal y la fundamentación propia del caso concreto.

2.º El tema de la revocación testamentaria tácita puede plantearse, en el plano de *lege ferenda*, en una doble vertiente: el mero otorgamiento del nuevo testamento, considerado de manera global, deja sin efecto el testamento anterior, igualmente considerado de forma unitaria, o más bien, la revocación sólo debe producirse en tanto en cuanto que el contenido de la última disposición testamentaria sea incompatible con el de la anterior; nuestro Código Civil se inclina por el sistema de la revocación total, producida por el mero hecho del otorgamiento de un testamento posterior, y en el artículo 739, 1.º, establece: «El testamento anterior queda revocado de Derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte». Este sistema, que goza de las ventajas de la sencillez, ha prevalecido en la aplicación práctica del Derecho, imponiéndose el criterio rigorista de exigir que la manifestación de voluntad del testador, dejando subsistente todo o parte del anterior testamento, tenga que aparecer constatada explícitamente en el posterior; rigorismo en contradicción con la realidad práctica de que el causante, en ciertos casos, haya querido solamente complementar, aclarar o interpretar su disposición anterior, deduciéndose claramente del propio tenor testamentario su voluntad compatibilizadora, pero sin la constancia expresa. La armonización hermenéutica es posible hacerla conciliando el comentado artículo 739 del Código Civil, con el 675 del mismo Cuerpo legal, e interpretando la segunda disposición testamentaria conforme a la verdadera intención del testador, deducida del propio tenor del testamento, y admitiendo la eficacia de aquellas disposiciones del primer testamento que puedan coexistir con los del posterior, según la prevalente voluntad del *de cuius*, implícita en la disposición testamentaria, y deducida del sentido literal de sus palabras; postura más acorde

con la moderna doctrina científica, al entender que la «voluntad» que se exige en el artículo 739, 1.º, del Código Civil para dejar subsistente un testamento anterior puede no sólo ser la «expresa» allí mencionada, sino también la «deducida», que acoge el artículo 675 del mismo Cuerpo legal; doctrina integradora que ya hizo suya la Dirección General de los Registros en varias resoluciones.

3.º Sin apartarse de la doctrina que se acaba de exponer, y con estricta sujeción a la jurisprudencia de esta Sala, en cuanto a la aplicación del artículo 675 del Código Civil, es necesario dejar señalado aquí, como jurisprudencia pacífica, que el elemento primordial para conocer la voluntad del causante ha de ser el tenor del propio testamento, y dentro de su tenor, atenerse a su literalidad, «a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador», y sólo para el caso de que surgiera la duda, «se observará lo que aparezca más conforme con la intención», pero siempre «según el tenor del mismo testamento»; sin que, por otra parte, sea lícito al intérprete extender las disposiciones testamentarias más allá de su expresión literal, y sólo permisible la búsqueda de la voluntad, por otros medios probatorios, cuando ésta aparezca oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas y la intención (Sentencias de 5 de marzo de 1944, 6 de febrero de 1958, 19 de noviembre de 1964, 5 de junio de 1979 y 24 de marzo de 1982). Así, pues, habida cuenta de todo lo expuesto, las precedentes reglas interpretativas nos conducen a la obligada conclusión de que doña P. M. O. no quiso en ningún momento compatibilizar sus diversos testamentos, pues aun en los dos primeros, que en nada afectan al problema aquí debatido, cuando decide hacer solamente un pequeño legado relativo a ropas usadas y nombrar el albacea, lo efectúa mediante una disposición revestida de todos los elementos necesarios, y repitiendo o reiterando la institución de heredero que ya tenía efectuada. En el tercer testamento —disposición que se pretende compatibilizar con el último— cambia la testadora de voluntad e instituye herederas a sus sobrinas, convirtiendo al recurrente en legatario de la casa de la localidad de Gilet y del saldo de las cuentas habidas en la Caja de Ahorros de Valencia: voluntad que nuevamente sufre una radical transformación en el definitivo testamento de fecha 21 de enero de 1981, ya que en éste sus sobrinas pasan a ser únicamente legatarias del saldo de la libreta de ahorro abierta en la Caja de Sagunto; aparece un nuevo albacea con facultades no sólo para retirar y entregar a los legatarios los fondos existentes en la Caja de Sagunto, sino también para disponer de la totalidad del saldo de la Caja de Valencia, que en el anterior testamento constituía parte del legado del recurrente, y significativamente expresa, por último, su voluntad clara y terminante de permanecer, por el momento, sin heredero instituido, ya que, según dice, «no lo tiene decidido y lo deja para un último testamento»; voluntad definitiva la citada, puesto que no se otorgó posterior disposición testamentaria, que constituye la ley fundamental de la sucesión, sin permitir modificación de clase alguna después de la muerte del *de cuius*, y tal modificación se produciría contraviniendo tanto la voluntad «expresa» como la «deducida» de doña P., si se accediera a la pretendida compatibilización de los testamentos, pues resultaría que la causante tendría unos herederos expresamente no queridos por ella y unos legatarios distintos de los pensados últimamente, tanto en lo que respecta a la adjudicación de ropas como en lo relativo a la casa de Gilet y al saldo de las

cuentas de la Caja de Ahorros de Valencia; interpretación comparativa que imposibilita la coexistencia de los testamentos de fecha 21 de junio de 1980 y 22 de enero de 1981, según la voluntad de la testadora, directamente deducida del tenor de las disposiciones testamentarias.

COMENTARIO.—No podía ser otra la solución del litigio, dada la terminante redacción del artículo 739, párrafo 1.º, del Código Civil, ya que aunque la jurisprudencia ha pretendido atenuar el rigorismo formal de este precepto, hace falta siempre que exista una voluntad del testador, si bien imperfectamente manifestada, favorable a la coexistencia y compatibilidad entre las varias disposiciones testamentarias (dos o más) para que las anteriores no se entiendan revocadas por las posteriores prevaleciendo la última. Lo que, evidentemente, no sucede en el presente caso, pues la propia testadora dice ser su voluntad dejar el nombramiento de heredero para otro testamento posterior, que, por cierto, no llegó a otorgar. Por lo que se impone la apertura de la sucesión intestada, conforme al artículo 912, número 2.º, del Código Civil, en cuanto a los bienes de que no ha dispuesto la testadora en su último testamento, a favor de sus más próximos parientes, sobrinos de la testadora, entre ellos las dos sobrinas legatarias en éste; sin que, en consecuencia, corresponda derecho alguno al extraño, actor, apelado y recurrente, que había sido instituido heredero en los dos primeros testamentos y legatario en el tercero, sin nombrarlo en el cuarto y último, conteniendo los tres primeros institución de heredero.

PARTICION (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Daroca por el demandado y apelado, conforme a los siguientes fundamentos, de los que se desprenden los hechos que motivan el pleito.

1. Que la única cuestión debatida en el litigio mantenido entre los hermanos don A. y don P. S. R., el primero en calidad de actor y el segundo en la de demandado, versa sobre la interpretación del alcance que haya de concedérsele a la tercera de las cláusulas contenidas en el testamento abierto otorgado por su padre don P. S. G. el día 26 de diciembre de 1972, cláusula expresiva de que instituye herederos a sus dos hijos A. y P., distribuyéndose las fincas como ya las tienen recibidas, para su administración y cultivo, sosteniendo don A. que las fincas en cuestión habían sido administradas conjuntamente por ambos hermanos hasta la fecha del fallecimiento de su padre e incluso con posterioridad hasta el momento en que en el juicio de testamentaría seguido fue encomendada su administración a un tercero, y, por el contrario, don P., que los dos hermanos cultivaban las que expresamente les había adjudicado en vida el padre común, postulando, en definitiva, don A. que los bienes del causante, a excepción de dos legados establecidos por éste, debían adjudicarse a los dos herederos instituidos por partes iguales y no en la forma en que habían sido adjudicados en el cuaderno particional realizado

por el contador dirimente señor D. S. en el juicio voluntario de testamentaria origen de las presentes actuaciones.

2. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que, desestimando el pedimento de la demanda antes concretado, aprobó el cuaderno particional a que también se ha hecho mérito, y recurrida la expresada sentencia por don A. S. R., la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza la revocó parcialmente, acogiendo, en definitiva, todas las pretensiones de la demanda, interponiendo contra la misma el demandado don P. S. R. el presente recurso de casación, que articula a través de tres motivos, con la pretensión de cuestionar la terminante aseveración contenida en el segundo considerando de la sentencia recurrida, según la que «pese a la afirmación del padre en el testamento del 26 de diciembre de 1972, en el que manifestó que instituía herederos a sus dos hijos, distribuyéndoles las fincas como ya las tenían recibidas para su administración y cultivo, lo cierto es que no ha resultado acreditado que el padre entregara a los hijos ninguna finca para que la administraran y cultivaran», y combatir la apreciación de pruebas y de su resultancia a favor de la tesis de que las fincas eran administradas y cultivadas por ambos hermanos.

COMENTARIO.—Es lástima que la sentencia no transcriba literalmente la cláusula testamentaria cuya aplicación se discute, pues de su redacción literal podría desprenderse si se refiere a la institución de herederos o a la partición, según la previa cuota de igualdad entre los dos hermanos. Parece inclinarse a esto último el nombramiento de albacea, quien en la interpretación de esa cláusula asignó determinadas fincas en el cuaderno particional a cada uno de los dos hermanos. Esta posibilidad cierra el paso, al menos en principio, a entender que lo que se quiso con dicha cláusula fue dejar un portillo abierto para que el mismo testador efectuase la partición a través de la asignación de las fincas para su administración y cultivo a los hijos, pues, en todo caso, la partición se presupone que habría de ser previa a la disposición testamentaria. Y al no resultar acreditado así, fue congruente la sentencia de la Audiencia, confirmada por el Tribunal Supremo en la decisión adoptada.

Una vez más debe insistirse en la necesidad de que en la redacción del instrumento público se observe la necesaria claridad, sin términos oscuros ni ambiguos, tanto más necesaria en los actos de última voluntad, por la fundamental razón de que si se yerra no puede volver a enderezarse, como decía gráficamente el Rey Sabio, ni puede ser objeto de explicación por el otorgante, que ha fallecido.

USUFRUCTO (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1988).

Declara que la viuda usufructuaria, por disposición testamentaria de su marido, del usufructo del tercio de libre disposición y a la que, al mismo tiempo, la corresponde el usufructo del tercio de mejora, por ministerio de la Ley, no puede ejercitar, antes de la liquidación de la sociedad conyugal y partición o adjudicación de la herencia, la acción reivindicatoria del derecho real de usufructo respecto a bienes concretos y determinados, ya que este derecho real no se origina a favor de los copartíci-

pes en una comunidad hereditaria ni por el testamento ni por la declaración de herederos abintestato, habida cuenta de que, conforme al artículo 1.068 del Código Civil, sólo la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, lo que hace que al no derivar de la comunidad hereditaria una atribución concreta de bienes carezca, en principio, el heredero de la legitimación para reivindicar dada la indeterminación de sus derechos hasta las pertinentes adjudicaciones, según ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias, entre otras, de 10 de noviembre de 1965 y 16 de septiembre de 1985.

NOTA.—Quizá hubiera sido otra la resolución de haberse ejercitado, en vez de la acción reivindicatoria, la acción de petición de herencia. Como el usufructuario viene considerado como legatario, a menos que el causante expresamente le atribuya la cualidad de heredero, cabe discutir si como tal legatario podría ejercitar una acción que, por su carácter universal, parece que compete a los herederos. Si esto es así, el usufructuario tendría que comenzar por concretar su derecho, bien de acuerdo con los demás interesados en la herencia, bien a través del juicio de testamentaría. Aunque no lo dice la sentencia, parece obvio que los bienes eran privativos del causante, pues de haber sido comunes del matrimonio, la viuda no sería sólo usufructuaria, sino también copropietaria en cuanto a su participación en la disuelta comunidad conyugal. Es de lamentar el modo sucinto en que se producen algunas de las sentencias, que impide un exacto y detallado conocimiento de las circunstancias de hecho.

2. JURISPRUDENCIA FISCAL

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

EQUIPARACION FISCAL DE LAS SOCIEDADES AGRARIAS DE TRANSFORMACION CON LAS COOPERATIVAS.

En nuestros trabajos anteriores sobre el tema hemos citado y transcrito varias sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Económico-Administrativo Central, que declaraban de modo paladino que la normativa fiscal de las SAT era exactamente la misma de las cooperativas, toda vez que ambas asociaciones se constituyen para iguales fines y por ello debe aplicárseles en idénticos términos.

Ahora vamos a ocuparnos de dos nuevas sentencias de suma importancia en cuanto que vienen a confirmar la doctrina anterior y forman jurisprudencia vinculante, oponiéndose abiertamente a la equivocada línea pretendida por la Administración tributaria.

a) *Tribunal Supremo. Sentencia de 26 de abril de 1988.*—Una SAT formuló reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Albacete por una liquidación girada en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por compra de dos fincas de labor, que fue desestimada. Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial, ésta dictó Sentencia de 21 de abril de 1986, estimando el recurso de la SAT y declarando nula la liquidación girada. La Administración recurre ante el Tribunal Supremo y la apelación es desestimada, confirmando plenamente la sentencia de la Audiencia Territorial favorable a la SAT.

Tras aceptarse en el primer fundamento jurídico los contenidos en la sentencia apelada, en el segundo se dice que «la cuestión fundamental que se plantea en esta apelación ha de centrarse en torno a la sucesiva conversión e incluso, en algún supuesto, cambio de denominación de ciertas instituciones de interés social que han ido apareciendo en el ordenamiento jurídico. Así, el primitivo concepto de 'cooperativas protegidas' (por no recurrir a otros más remotos), a las que se otorgó exención de este Impuesto para las adquisiciones de inmuebles en los términos del artículo 11, 1.º, b), del Estatuto Fiscal de 9 de mayo de 1969, que dio lugar a la aparición de los 'Grupos Sindicales de Colonización', que, con arreglo al Real Decreto 1515/1970, de 21 de mayo, tuvieron análoga finalidad que aquéllas y gozaron de iguales beneficios fiscales del Estatuto de 1969.

A su vez, tales Grupos Sindicales de Colonización, por virtud de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 31/1977, de 2 de junio, pasaron a constituir las 'Sociedades Agrarias de Transformación', más tarde reguladas por el Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto. Significa, por tanto, lo que antecede que no se trata de extender la exención tributaria más allá del supuesto para el que fue concedida —con violación de lo dispuesto en el artículo 24, 1.º, de la Ley General Tributaria—, sino de aplicarla al caso para que se otorgó, aunque, ciertamente, habiendo cambiado la denominación y, en alguna forma, la naturaleza del sujeto beneficiario de la exención, aunque no la finalidad para que fue concedida. De ahí que la sentencia impugnada haya de estimarse ajustada a Derecho».

En el tercer fundamento jurídico se dice que «a mayor abundamiento, la cuestión que se propone en esta apelación ya ha sido abordada, en términos análogos, por la Sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 1984, a cuya doctrina ha de estarse y se da en este lugar por reproducida».

Como en esta sentencia del Tribunal Supremo se hace referencia expresa a la antecedente sentencia de la Audiencia Territorial y a la del Supremo de 1984, daremos breve noticia de ambas:

- La sentencia de la Audiencia de Albacete dice que concurren las circunstancias que hacen asimilables estas sociedades a las cooperativas a los efectos de la obtención del beneficio de la exención. Y en su fundamento jurídico segundo se estudia la supuesta «inconstitucionalidad» del Real Decreto-ley 31 de 1977, porque en la delegación que se hizo al Gobierno para regular esta materia fiscal no se cumplieron los requisitos del artículo 82 de la Constitución, que exige la reserva legal; se rechaza tal alegación, sencillamente, porque la «delegación legislativa que se discute se produjo *antes* de la promulgación de la Constitución y al amparo del sistema de producción de normas entonces vigente, con lo que el problema de la constitucionalidad no puede plantearse», ya que la disposición derogatoria 3.ª de la Constitución sólo es aplicable a normas que afecten a derechos fundamentales y éste no es el caso.
- Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1984, que también se cita, decía en su tercer considerando que en la sociedad «solicitante del beneficio fiscal concurren las circunstancias que le hacen asimilable a las cooperativas del campo a los efectos de la obtención de dicho beneficio y, por ende, conforme se establece en el Decreto 1515/1970, de 21 de mayo, le son aplicables los preceptos para aquéllas contenidos en el Decreto 888/1969, sin que en la actualidad en la nueva normativa se haya establecido ningún tipo de innovación respecto al régimen anteriormente vigente en relación con los beneficios fiscales, según se deduce del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, regulador de las SAT».

b) *Tribunal Económico-Administrativo Central. Sentencia de 6 de julio de 1988.*—Esta sentencia es de suma importancia en cuanto que resuelve de modo contundente las dudas que aún mantenía la Administración Tributaria sobre el particular y decide la paridad fiscal de las SAT y las cooperativas no sólo en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, sino también en el Impuesto de Sociedades.

La Dirección General de Tributos interpuso recurso extraordinario de

alzada para la unificación de criterios, basado en el artículo 136 del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas de 20 de agosto de 1981. El recurso estaba motivado por un acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Zaragoza, en el que se consideraban aplicables a las SAT todos los beneficios fiscales concedidos a las cooperativas.

Seguidos los trámites correspondientes, se ha dictado fallo con fecha 6 de julio de 1988, en el cual se encuentra ajustada a Derecho la resolución del Tribunal de Zaragoza que acordaba la exención.

Dicho fallo se razona en los considerandos segundo al sexto, en cuanto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, que dicen de un modo bien claro cuál debe ser la consideración a tener respecto a las Sociedades Agrarias de Transformación en esta materia.

Dicen así estos considerandos, que reproducimos textualmente, dada su importancia:

Considerando segundo.—Que la cuestión que se plantea en el presente recurso extraordinario de alzada consiste en determinar si las Sociedades Agrarias de Transformación gozan o no de algún beneficio fiscal en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, a la vista de que la disposición transitoria 2.ª de la Ley actualmente reguladora de tal figura impositiva, de 21 de junio de 1980, dispone que «quedan sin efecto cuantas exenciones y bonificaciones no figuren mencionadas en esta Ley, a cuyos preceptos habrá de estarse exclusivamente para determinar la extensión de los en ella recogidos, todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las disposiciones anteriormente en vigor a esta Ley, sin que la mera expectativa pueda reputarse derecho adquirido», y de que en el artículo 37 de dicha Ley, en el que se contienen los beneficios fiscales, no se hace mención alguna en forma expresa a las Sociedades Agrarias de Transformación, lo que conduciría, en una interpretación literal de la norma, a declarar que a partir de la entrada en vigor de la Ley 32/1980, de 21 de junio, las mencionadas sociedades no gozan de beneficio alguno en el ámbito del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Considerando tercero.—Que, sin embargo, tanto el número 12 de la letra B) del artículo 37 de la Ley 32/1980, como idéntico apartado del artículo 48 de su Texto Refundido de 30 de diciembre de 1980, conceden exención del impuesto para «la constitución, aumento de capital y fusión de las cooperativas fiscalmente protegidas, con arreglo a su legislación específica, y la adquisición por éstas de bienes o derechos que tiendan directamente al cumplimiento de sus fines sociales», lo que obliga a examinar si tal exención alcanza o no a las Sociedades Agrarias de Transformación teniendo en cuenta la equiparación que a efectos de tributación existía entre tales sociedades y las Cooperativas del Campo con anterioridad a la publicación de la Ley 32/1980.

Considerando cuarto.—Que, en efecto, el Decreto 1515/1970, de 21 de mayo, en su artículo 1.º, declaró de aplicación a los Grupos Sindicales de Colonización [denominados Sociedades Agrarias de Transformación a partir del Real Decreto-ley 31/1977, disposición adicional 2.ª, c)], constituidos para los mismos fines que caracterizan a las Cooperativas del Campo, los preceptos que para éstas contiene el Decreto 888/1969, de 9 de mayo, añadiendo que «tanto por lo que se refiere al cumplimiento

de las obligaciones formales como al procedimiento a seguir en toda clase de reclamaciones y recursos, y en el reconocimiento y alcance de beneficios fiscales, serán de aplicación a los Grupos Sindicales de Colonización las mismas normas, en idénticos términos y límites, establecidas en favor de las Sociedades Cooperativas por el Decreto 888/1969, de 9 de mayo».

Considerando quinto.—Que conforme se expresa en la Exposición de Motivos del Decreto 1515/1970, el régimen tributario de los Grupos Sindicales de Colonización fue regulado por el Decreto 2251/1959, de 17 de diciembre, que declaró aplicable a los mismos el establecido para las Cooperativas del Campo por el Decreto de 9 de abril de 1954, por lo que aprobado el nuevo Estatuto Fiscal de las Cooperativas por el Decreto 888/1969, de 9 de mayo, resulta necesario concretar las normas tributarias y procedimiento que afectan a los citados Grupos Sindicales, que si bien están sometidos, en principio, a los preceptos del Derecho tributario común, es obligado reconocer sus especiales características, tan similares, en cuanto a sus fines, a los de las Cooperativas del Campo, de lo que se desprende la tradicional asimilación en cuanto a protección fiscal y *atendida la similitud de fines que se ha venido produciendo entre los Grupos Sindicales de Colonización (hoy Sociedades Agrarias de Transformación) y las Cooperativas del Campo, asimilación para cuya desaparición no se encuentran razones suficientes en las normas contenidas en la Ley 32/1980, de 21 de junio, pues si bien su disposición transitoria 2.ª se pronuncia en los términos anteriormente expresados, su artículo 37 mantiene los beneficios fiscales aplicables a las Cooperativas del Campo, a los que en el momento de entrada en vigor de la nueva Ley estaban asimilados en cuanto a su tratamiento fiscal las Sociedades Agrarias de Transformación, sin que en tal Ley se haga pronunciamiento alguno sobre la desaparición de tal asimilación, por lo que hay que concluir que las Sociedades Agrarias de Transformación siguen, en cuanto a protección fiscal y mientras no se disponga otra cosa, las mismas vicisitudes que afectan a las Cooperativas del Campo, siéndoles, en consecuencia, de aplicación la exención contenida en el mencionado artículo 37, B), 12, de la Ley de 21 de junio de 1980, siempre que, claro está, la Sociedad Agraria de Transformación de que en cada caso se trate reúna los requisitos establecidos para ello.*

Considerando sexto.—Que la anterior conclusión se ve reforzada por lo establecido en la disposición final 2.ª del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, regulador de este tipo de sociedades, a cuyo tenor «las Sociedades Agrarias de Transformación continuarán disfrutando de las exenciones fiscales y beneficios de cualquier clase actualmente reconocidos, sin perjuicio de los que, como sociedades de Derecho común, pudieran serles aplicables», precepto del que claramente se desprende la conciencia y la voluntad que el titular del poder reglamentario tiene de que las Sociedades Agrarias de Transformación han de gozar de una protección fiscal que exceda de los que les corresponde como sociedades de Derecho común y que, conforme a todo lo anteriormente expresado, no puede ser otra que la que corresponde a las Cooperativas del Campo.

Y en cuanto al *Impuesto de Sociedades*, el Tribunal Económico-Administrativo Central, en esta Sentencia de 8 de julio de 1988, rectifica abiertamente su criterio anterior, como explica en su séptimo considerando, que dice así:

Considerando séptimo.—Que este Tribunal Económico-Administrativo Central, en Resolución de 11 de noviembre de 1987, dictada en expediente relativo al Impuesto de Sociedades, declaró que por imperativo de la disposición final 3.ª de su Ley reguladora de 27 de diciembre de 1978, que expresamente deroga todas las normas legales y reglamentarias que regulan el Impuesto General sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades jurídicas, había quedado también sin efecto el Decreto 1515/1970, de 21 de mayo, y, en consecuencia, a partir del 1 de enero de 1979, y sin perjuicio de las normas de Derecho transitorio contenidas en la citada Ley, las Sociedades Agrarias de Transformación habían dejado de estar asimiladas a las Cooperativas del Campo a efectos de beneficios fiscales. *Que a la vista de la presente resolución se hace necesario rectificar tal criterio, puesto que si bien aquí se resuelve una cuestión referente al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, es lo cierto que la disposición transitoria 2.ª de la Ley 32/1980, de 21 de junio, tiene un alcance derogatorio muy similar al de la disposición final 3.ª, arriba citada, de manera que manteniéndose ahora, por las razones que han quedado expuestas en los considerandos precedentes, que en el ámbito del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales debe afirmarse la vigencia del tantas veces mencionado Decreto 1515/1970, de 21 de mayo, igual conclusión debe aceptarse para el Impuesto de Sociedades.*

3. DERECHO PROCESAL

Por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

EJECUCION DE SENTENCIA: ANULACION DE ACTUACIONES JUDICIALES INCORRECTAS POR PARTE DEL PROPIO JUEZ. ALCANCE DE LA PRESUNCION DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO 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 especial recurso de casación que aquí se plantea, configurado en nuestro ordenamiento jurídico-procesal en su artículo 1.687, 2.º, no tiene por finalidad la defensa de la Ley y la uniformidad de la jurisprudencia, cual corresponde a la casación propiamente dicha, sino que tiende más bien a mantener la integridad de los fallos firmes, evitando que éstos resulten vulnerados por las actividades ejecutivas realizadas para su cumplimiento, por lo que, cuando de este especial recurso se trata, no es la sentencia y la Ley lo que se ha de comparar, sino la sentencia y las diligencias practicadas en ejecución de la misma; por ello resulta indispensable citar los antecedentes fácticos que han dado origen al presente conflicto: A) El actor don Carlos F. M., con fecha 20 de diciembre de 1983, dirige demanda de mayor cuantía contra don Carlos L. P., su esposa doña Juana A. L. y contra cualquier persona física o jurídica, desconocida e incierta, que pueda estar interesada en la litis, postulando en el suplico de la misma que se condene a los demandados: a hacer entrega al actor del piso letra A, planta tercera, del edificio «Don Juan», situado en la playa de San Juan, de Alicante; a otorgar en favor del actor la correspondiente escritura pública, cancelando cuantas inscripciones se hallasen vigentes y contradigan a lo aquí decretado; a los daños y perjuicios ocasionados al actor fijados en ejecución de sentencia, y alternativa-mente, «para el supuesto de que uno u otro de los pedimentos anteriores no pudieren ser cumplidos por los demandados, subsidiariamente interesamos sea resuelto el contrato privado, condenando a los demandados a devolver la cantidad expresada en el mismo, los intereses y los daños y perjuicios». B) El procedimiento siguió su correspondiente tramitación en rebeldía de todos los demandados, dictándose Sentencia con fecha 18 de febrero de 1985, en la que se absolvió a doña Juana A. L. y a «las personas desconocidas e inciertas», por no haber sido parte en el contrato de com-

praventa cuyo cumplimiento se pide, y disponiéndose en la parte dispositiva: «Que estimando en parte la demanda, debo de condenar y condeno a don Carlos L. P. a que haga entrega al actor don Carlos F. M. del piso letra A de la planta tercera del edificio 'Don Juan', sito en la avenida de la Costa Blanca, en la playa de San Juan, de Alicante, así como otorgar a favor del demandante la correspondiente escritura pública de la venta del referido piso, decretándose con carácter alternativo y subsidiario, para el caso de que no pueda cumplirse el contrato, la resolución del mismo con devolución al actor de la cantidad percibida por el demandado de 7.200.000 pesetas e indemnización, en ambos casos, de los daños y perjuicios sufridos, cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia, rechazándose el resto de los pedimentos de la demanda, y sin hacer expresa condena en costas». C) Firme esta sentencia, es notificada al condenado rebelde, el cual presenta escrito solicitando la suspensión de la ejecución, por haber presentado querrela por estafa contra el demandante, petición que es denegada con fecha 27 de marzo de 1985. D) Se solicita la ejecución de la referida sentencia, y es requerido el condenado señor L. P. para que entregue el piso al señor F. M. en el plazo de quince días, transcurrido el cual se acuerda, por Providencia de fecha 11 de octubre de 1985, el lanzamiento del demandado, acto procesal que tiene lugar el día 25 de noviembre siguiente, encontrándose el piso desocupado y sin muebles, procediéndose al descerrajamiento de la puerta de entrada y a la posterior colocación de un candado. D) Dos días después de esta diligencia comparece en autos don José B. C., alegando ser el propietario del inmueble de autos, y aportando una certificación de la inscripción registral primera de la finca, de fecha 14 de septiembre de 1982, vigente en la actualidad, que justifica, en principio, el dominio de la misma a su favor y al de su esposa doña María Josefa G. A., ante cuyas circunstancias el Juzgado dicta el Auto de fecha 28 de noviembre de 1985, dejando sin efecto la diligencia de lanzamiento practicada el anterior día 25 y reponiendo en la posesión al compareciente señor B.; auto que es primeramente recurrido en reposición y después apelado ante la Audiencia Territorial de Valencia.

El carácter extraordinario y excepcional del recurso de casación que analizamos, nos conduce a aceptar la unánime opinión de la doctrina y de la jurisprudencia, admitiendo como únicos motivos susceptibles de fundamentarlo, los específicamente comprendidos en el número 2.º del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no los genéricos del artículo 1.692 de la misma Ley, y esto quiere decir que no pueda ampararse tal recurso singular en otras motivaciones que no sean: «resolver puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia y proveer en contradicción con lo ejecutoriado», y precisamente esta estricta limitación es la que ha sido desconocida formalmente por el recurrente en su motivo primero, aduciendo como causas del mismo: «falta de jurisdicción, falta de competencia y procedimiento inadecuado, abuso y exceso en el ejercicio de la jurisdicción y error en la apreciación de la certificación del Registro de la Propiedad aportada a los autos extemporáneamente por el recurrido»; puntos que no fueron discutidos en el pleito ni decididos en la sentencia y que son extraños a este recurso. El contenido del artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la pacífica jurisprudencia que lo interpreta habrían de producir por sí solos el decaimiento del motivo que analizamos, si no cupiera además argumentar: A) El Juez de Primera Instancia número 1 de Alicante tenía plena juris-

dicción para ejecutar la sentencia por él mismo dictada y consentida por las partes (arts. 117, 3.º, de la CE, 2 y 9 de la LOPJ y 919 y sigs. de la LEC). B) El artículo 240, 2.º, de la LOPJ, que arbitra un procedimiento breve de anulación de oficio de actuaciones judiciales incorrectas, legitima la competencia y el procedimiento empleado por el Juzgado para dictar la Resolución de fecha 28 de noviembre de 1985, y aunque es cierto que se omitió el trámite de audiencia del demandante, esta omisión no ha producido indefensión de clase alguna, ya que dicha parte ha dispuesto de tal posibilidad en los recursos de reposición y apelación. C) El abuso por exceso en el ejercicio de la jurisdicción, supone conocer de un asunto respecto al cual carece de jurisdicción el Tribunal de Instancia, o dicho del modo en que lo define la doctrina de esta Sala: «esta excepción hace referencia a la carencia de jurisdicción, por corresponder el conocimiento a autoridad o jurisdicción distinta de la ordinaria; comprendiendo, además, dentro de la misma jurisdicción, la falta de competencia por razón de la naturaleza del asunto de la cuantía o de la jerarquía del Juez o Tribunal» (Sentencias de 30 de mayo de 1928 y 25 de marzo de 1952); supuestos que, evidentemente, ninguna relación guardan con el caso que nos ocupa. D) El denunciado error en la apreciación de la prueba documental, que, finalmente, se alega, debe ser estudiado en el motivo siguiente para una más eficaz sistematización.

Al contrario del amparo procesal que se cita en el segundo motivo (número 2.º del art. 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es la parte recurrente, y no los Tribunales de Instancia, la que pretende que la ejecución se extienda a puntos distintos de los controvertidos en el pleito y decididos en la sentencia, modificando el fallo de la misma en relación con sus intereses. Así, pues: A) Se ejercitó una acción personal relativa al cumplimiento de un contrato de compraventa o subsidiariamente su resolución. B) Se demandó a unas personas concretas y determinadas, y a otras indeterminadas y desconocidas. C) El cumplimiento del contrato de compraventa estaba referido a la entrega de un inmueble, y se había desconocido la situación registral del mismo. D) En la sentencia consentida, se condenaba solamente al señor L., se absolvía al resto de los demandados y se denegaba la cancelación de las inscripciones registrales efectuadas en favor de terceras personas ajenas a la litis; con estos antecedentes no es posible pretender despojar de la propiedad y de la posesión de un inmueble derechos presuntamente atribuidos, «a todos los efectos legales», al titular registral por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cuando este titular no ha sido parte en la litis, no ha sido condenado en el fallo, ni la inscripción registral practicada a su favor ha sido anulada ni rectificada; lo contrario, pretendido por el recurrente, supondría extender la eficacia de la sentencia a puntos no controvertidos ni decididos en el pleito, violar el principio de cosa juzgada y, en definitiva, el artículo 24 de la CE; motivos todos ellos más que suficientes para justificar la rectificación de la incorrecta diligencia de lanzamiento llevada a cabo antes de conocerse por el Juzgado la titularidad registral del inmueble, cuya inscripción atribuye *ex lege* al señor B. C. la presunción dominical, que tanto se cuestiona en el recurso. Por todo lo expuesto es procedente el rechazo de este segundo motivo.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. PAGO DE SERVICIOS: LUGAR EN QUE SE PRESTARON (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

Doctrina de la Sala.—Para resolver la presente cuestión de competencia han de consignarse los siguientes antecedentes: A) Por el Instituto Catalán de la Salud, Entidad Gestora de la Seguridad Social, se presentó demanda, repartida al Juzgado de Distrito número 4 de los de Barcelona, contra la Mutualidad General Deportiva, domiciliada en Madrid, calle Evaristo San Miguel, número 8, en reclamación del importe de las prestaciones sanitarias realizadas en beneficio de don Francisco F. H., ciclista veterano-B, con licencia de la Federación Catalana, lesionado en competición oficial, según consta en parte de accidente dirigido por el organizador a la Delegación de Barcelona, aportándose también factura librada por la Ciudad Sanitaria «Valle d'Hebrón» —dependiente de aquel Instituto—, en la que fue asistido, y carta de dicha Mutualidad en la que manifiesta no poder hacerse cargo del abono reclamado por no habersele remitido en su día el original del parte de accidente, incumpléndose circular que tenía emitida. B) La Entidad demandada formuló cuestión de competencia por inhibitoria ante el Juzgado de igual clase número 19 de Madrid, quien, previo informe del Ministerio Fiscal, verificó requerimiento inhibitorio al primeramente citado, el cual, oyendo, a su vez, al Ministerio Fiscal y a la parte, mantuvo su competencia, y al no dejarsele en libertad para el conocimiento del negocio por el de Madrid, ambos remitieron las actuaciones a este Tribunal Supremo.

Es reiterada la jurisprudencia en el sentido de que el pago de servicios *necesariamente prestados* en un lugar determinado (casos de accidentes) ha de entenderse tácitamente pactado en éste, porque teniendo en él cumplimiento la obligación impuesta a una de las partes (ver arts. 489 bis y 586, 2.º, del vigente Código Penal, sobre omisión del deber de socorro y de negación de auxilio), en el mismo debe realizarse la recíproca de la otra, siendo, por tanto, de aplicación al caso el párrafo 1.º del artículo 1.171 del Código Civil y no el 3.º del mismo texto legal, en relación con la norma inicial de la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y no negados por la demanda ni el accidente, ni la prestación de los servicios sanitarios, ni la ocurrencia de aquél en una competición deportiva, ni la cualidad de corredor con licencia federativa que concurría en el lesionado, es visto que la competencia territorial para conocer de la presente cuestión corresponde al Juzgado de Distrito de Barcelona, cual señala el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, en el que cita la Sentencia de este Tribunal de 7 de noviembre de 1986, recaída igualmente en litigio iniciado por la Seguridad Social contra la Mutualidad General Deportiva, reclamando cantidades derivadas de atenciones sanitarias prestadas a deportistas que habían sufrido algún accidente en el ejercicio de sus actividades, en la que se dice que reconocida la existencia de esas prestaciones, a los meros efectos de resolver la cuestión de competencia, constituye suficiente indicio para rechazar la negativa de la existencia de relaciones contractuales de quien propone la inhibitoria para justificar la misma.

Por lo expuesto, conociendo ya la Mutuality General Deportiva la sentencia citada (7 de noviembre de 1976), pues que su escrito entablando la inhibitoria se presentó el día 18 de los propios mes y año, es visto que su actuar procesal ha de calificarse de notoriamente temerario y por ello, conforme al artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han de imponerse las costas de la cuestión de competencia.

R. DE A.

INCONGRUENCIA. LA PRUEBA PERICIAL NO TIENE ACCESO A LA CASACION (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO 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.—El objeto del juicio de que el presente recurso dimana lo constituyen las pretensiones deducidas por «J.» (Constructora, Sociedad de Responsabilidad Limitada) contra Marcelino M. S., dueño de la obra ejecutada en el inmueble de la propiedad de éste a que se hace referencia. La reclamación concierne al resto del precio por la obra ejecutada, ya que no llegó a ejecutarse en su totalidad la comprometida, y que asciende, según el escrito rector de la demanda, a los 3.982.249 pesetas. En dicha cantidad, y aunque bajo el concepto de precio de la obra ejecutada, se incluye el importe de los «Gastos negociación de giros», que figura bajo el epígrafe «Otros conceptos» en el hecho séptimo de dicho escrito; gastos que, en correspondencia con los antecedentes documentales que obran a los folios 2 a 20, se fijan en 489.257 pesetas. Frente a la pretensión de la Entidad demandante, el demandado se opuso y, además, formalizó reconvencción alegando que el importe de la obra ejecutada lo tenía satisfecho en exceso, pasando a reclamar la diferencia en su favor de 1.657.212 pesetas. La sentencia del Juzgado estimó íntegramente la reconvencción luego de desestimar íntegramente la demanda, mientras que la Audiencia, contrariamente, entendió que procedía estimar íntegramente la demanda principal y desestimar íntegramente la reconvencción. La estimación de la demanda principal la basa la Audiencia, en su Sentencia de 29 de octubre de 1986, que el presente recurso impugna, en ser la cantidad reclamada de 3.982.269 pesetas el precio correspondiente a la obra ejecutada, siguiendo para ello la prueba pericial a que hace expresa referencia y que, a su juicio, «constata de manera clara y rotunda la realidad de las obras ejecutadas, la corrección de las facturas y el importe de jornales», y que (siempre según la sentencia) «tiene en su favor o apoyo no sólo la documentación aportada al pleito por el actor, en relación con testifical practicada a su instancia, sino también, y ello es importante, la presunción de que el señor M. algo debió recibir a cuenta de la aceptación de las letras en poder de «J.». El recurso se articula con cuatro motivos, todos ellos, fuera del tercero, que se funda en el número 3.º, por el cauce del 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El tercer motivo alega la infracción del artículo 359 de la misma Ley, «al dar, al parecer, por aceptada y no controvertida la cuestión de los tales gastos de negociación de letras de cambio» y, consiguientemente, «la falta de motivación o de motivación insuficiente; motivación hoy exigida, según

se desprende del artículo 372 (3.º), y expresamente del artículo 120 (3.º), de la vigente Constitución Española». Los otros tres motivos, primero, segundo y cuarto, denuncian, respectivamente, la infracción de los artículos 1.243 del Código Civil y 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, primer inciso del artículo 1.257 del Código Civil y del artículo 178 del Código de Comercio y de los párrafos 1.º y último de los artículos 1.100 y 1.108 del Código Civil. Debe ser examinado en primer término el motivo tercero y posteriormente los otros.

Dicho motivo tercero, con el contenido sintéticamente adelantado, señala que la sentencia impugnada concede como precio de la obra el importe de los gastos de negociación de las letras aceptadas por el demandado a cuenta de aquél. Para revocar la sentencia del Juzgado, la Audiencia le atribuyó «el análisis de temas no controvertidos por las partes, como los relativos a los gastos de negociación bancaria e intereses de demora y devolución de letras de cambio impagadas»; pero ello no es cierto, ya que el importe de la reclamación se forma incluyendo no sólo el importe de las facturas (7.155.892 pesetas), sino «Otros conceptos»: es, a saber, el de entregas en efectivo hechas al demandado (300.000 pesetas), intereses bancarios por demoras y gastos por devolución de giros (147.729 y 74.391 pesetas) y el de los «Gastos de negociación giros» por importe parcial de 489.257 pesetas. Este concepto no corresponde al precio de la obra ejecutada y facturada ni es consecuencia de haberse desatendido las letras aceptadas para pago del mismo, sino un gasto consiguiente a la negociación de las letras a cuenta de la Entidad libradora y producido por el descuento de los efectos. La Audiencia, por tanto, al conceder como precio el importe de ese concepto y excusar el pronunciarse sobre el tema de los gastos de negociación bancaria e intereses de demora y devolución de letras de cambio impagadas ha incidido en incongruencia, significada en dar más precio del solicitado de 7.155.892 pesetas (*ultra petita*) y en omitir el pronunciarse sobre los gastos e intereses (*citra petita*). Obviamente, y luego de casada la sentencia por sustancial estimación del motivo, deberán reconocérsele a la Entidad actora los intereses por demoras y los gastos por devolución de giros y exonerarse al demandado de los gastos de negociación de giros (489.257 pesetas), ya que el descuento de las letras aceptadas por dicho demandado y obtenido por la Entidad libradora debe ser de la cuenta de esta última.

La estimación del motivo tercero (que destituye de fundamento al segundo) permite el examen del primero. En este motivo, la parte recurrente denuncia la infracción de los artículos 1.243 del Código Civil y 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y pretende, con alegación de valiosos pareceres de la doctrina científica, que se otorgue el acceso a la casación de la prueba pericial, no obstante lo cual hace referencia a los documentos de los folios 2 al 231 del juicio y al artículo 1.253 del Código Civil. Sin embargo, el desarrollo del motivo consiste en verificar la abundante prueba pericial, más o menos regularmente practicada como tal, obrante a los artículos 353 y 378 a 385, 436 a 441 y 442 y 443, 91 a 100 y 402 y 413 a 426, procedente de cuatro Arquitectos. El motivo se plantea como cuestión la de «a qué dictamen hay que darle superior eficacia, si al del Arquitecto don Gerardo F. B. o al del Arquitecto doña Belén F. A.», y es «para un mejor estudio comparativo de ambos dictámenes periciales» que desarrolla amplios razonamientos a lo largo de diez folios. No debe entrarse a ello, ya que es constante y reiteradísima doctrina de esta Sala que la

prueba pericial escapa al control de la casación, tanto antes como después de la reforma del extraordinario recurso operada en 1984. El que la obra ejecutada es la figurada en las facturas aportadas con el escrito de la demanda y el que los precios figurados en las mismas son correctos es, por tanto, punto juzgado definitivamente en la instancia.

R. DE A.

PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA. INEXISTENCIA DE RECURSO CONTRA EL AUTO QUE LA ACUERDA (SENTENCIA DE 13 DE SEPTIEMBRE 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.—Haciendo caso omiso de que en la interposición del recurso se olvida la reforma operada, de los pertinentes artículos que lo regulaban en la Ley de Enjuiciamiento Civil, por Ley de 6 de agosto de 1984; de que en verdad denunciándose un quebrantamiento de forma, el correspondiente motivo, único con el que se fundamenta, acusando la infracción del artículo 862 de la Ley adjetiva, se ampare en el número 1.º del artículo 1.692 de la propia Ley antes de su reforma, cuyo homólogo del vigente lo es el 5.º, siendo la pertinente vía de amparo la de su número 3.º; como no menos cuanto a la cuantía afecta; ante el deseo de una justicia efectiva, a la que ya hacía referencia el Ministerio Fiscal en trámite de admisión, el motivo no puede prosperar, puesto que referida la infracción que se denuncia al Auto de 25 de marzo de 1985, por el que accediendo al recibimiento a prueba en Segunda Instancia solicitado por la parte apelante, se admitía como pertinentes los medios de prueba propuestos, consistentes en la documental aportada, la de confesión judicial y la pericial caligráfica subsidiaria de cotejo de letras, conforme a lo dispuesto en el artículo 707 en relación con el 862, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es lo cierto que según dispone el artículo 867 de la meritada Ley procesal, contra el auto en que se otorgue el recibimiento a prueba no se dará recurso alguno, por lo que al no darse contra el mencionado auto, recurrido el de casación que se interpone, obliga a su desestimación.

R. DE A.

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: NO EXISTE CUANDO UN TESTIGO NO CONCURRE AL SEÑALAMIENTO, PERO HA ABSUELTO POSICIONES COMO CONFESANTE. DERECHO DE OPCION: RENUNCIA AL MISMO (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO 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 primera motivación se instaura en el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimar ha

existido «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, habiéndose por ello producido indefensión para la parte recurrente», citándose como normas infringidas a estos efectos los artículos 637 y 645 de la Ley de Ritos. El eje de su razonar se encuentra en la declaración de un testigo, el señor R. B., prueba admitida por el Juzgado de Primera Instancia, el cual, no obstante haber sido citado en dos ocasiones, no compareció a depone. Igualmente interesada esta prueba en Segunda Instancia, fue admitida por la Sala, quien «citó también esta vez al renuente testigo *en dos ocasiones*, y éste tampoco compareció en ninguna de dichas ocasiones». Igualmente se dice que «en el acto de la vista del recurso de apelación se solicitó de nuevo de la Sala que, para mejor proveer, acordase la pertinencia y práctica de la prueba testifical del señor R. B., a lo que no se accedió...».

El motivo decae por las siguientes consideraciones: son requisitos fundamentales del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos en que la motivación se funda: a) Que se haya producido quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales. b) Que dicho quebrantamiento haya producido indefensión para la parte. Pues bien, en el supuesto a que el motivo se está refiriendo no concurre ninguno de dichos requisitos. Así, y en lo que al citado quebrantamiento se refiere: 1.º Porque estando comprendidos en dicho número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil todos los supuestos que contemplaba el derogado artículo 1.693 de la misma, salvo el relativo a la citación de las partes para sentencia definitiva, el caso aquí presentado no puede ser incluido en ninguna de las posibilidades que dicho artículo 1.692 contempla en su actual redacción, ni siquiera en el número 5.º, dado que, como en la misma motivación se reconoce, la prueba testifical fue admitida y el testigo en cuestión citado hasta en cuatro ocasiones. 2.º Pero es que, además, tampoco se da aquí la indefensión, toda vez que el testigo a que el motivo se refiere, cuya declaración fundamental iba a recaer sobre la firma de los documentos números 1 a 6 de los presentados con el escrito de demanda, depuso como confesante en su calidad de representante de la Entidad demandada «R., S. A.», absolviendo además de otras las mismas posiciones que integraban el pliego de preguntas que en el interrogatorio como testigo se le formulaban por la parte actora y ahora recurrente. 3.º Resulta, por tanto, inexplicable que se estime infringido el artículo 637 de la Ley de Ritos, en cuanto las preguntas que como testigo se hacían al señor R. B. aparecen, cual se ha dicho, reflejadas en las 22 posiciones que fueron formuladas en el oportuno escrito por la representación letrada del actor-recurrente, conociendo que dicho señor R. B., cual se ha ya dicho, había absuelto las mismas, razón por la cual no había necesidad de citarle además como testigo.

En las motivaciones segunda y tercera, lo imputado a la sentencia recurrida con apoyo en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es el error en la apreciación de la prueba basado en los documentos números 2 a 6 de los presentados con el escrito de demanda, en el primero de ellos, y en el segundo, además del error en esos mismos documentos, se agregan los seis que se acompañaron al escrito de proposición de prueba por la parte actora y el documento número 1 de la contestación a la demanda.

Ninguna de estas motivaciones puede prosperar. La primera de ellas, fundamentalmente, porque de lo que se está tratando en él no es en realidad otra cosa que enfrentar dos posiciones jurídicas: la del actor, hoy recurrente, y la del Tribunal *a quo*, siendo de señalar, a tales efectos, que conforme a una tan abundante doctrina de esta Sala que no necesita de específica cita, el error denunciado no es de estimar dado que lo realizado por el juzgador de instancia tras el estudio de los documentos a los que el motivo segundo y tercero se refieren, prevalece sobre la estimación más interesada de las partes, a menos de ser aquélla ilógica o en contravención con alguna norma de inexcusable observancia, lo que aquí no acontece, toda vez que los documentos citados como base del error, lo que confirman es el acierto del Tribunal *a quo*, quien tuvo para ello en cuenta el resto de las pruebas practicadas. A su vez, y en lo que al motivo tercero se refiere, además de serle aplicable lo indicado respecto del anterior, debe indicarse que lo que en realidad en él se está intentando es llevar de nuevo más allá de sus verdaderos y procesales límites el tema de la incomparecencia como testigo del señor R. B., lo que por las razones expuestas en el segundo de estos fundamentos no puede admitirse.

Se entra así en la contemplación de las restantes motivaciones, construidas todas sobre el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Mas antes de penetrar en su estudio y para la mejor comprensión de los ulteriores razonamientos, se hace preciso dejar sentados cuáles son los hechos que bien por virtud de no haber sido atacados en forma en los motivos segundo y tercero, bien por la desestimación de éstos, bien al estar admitidos por ambas partes contendientes, han sido declarados probados en la sentencia impugnada. Tales presupuestos fácticos son los siguientes: I) En documento privado reconocido por ambas partes de fecha 29 de junio de 1984, se hace constar que el actor don Cesáreo C. C. recibió de la demandada «R., S. A.», 4.020.000 pesetas, con la garantía prendaria de los bienes muebles propiedad de aquél existentes en la nave industrial propiedad de «R., S. A.», sita en X. II) En la misma cláusula III se establecía que si el señor C. C. devolvía a «R., S. A.», dicha suma con anterioridad al 31 de octubre de 1984, aquella garantía se consideraría extinguida y «R., S. A.», devolvería en el acto a C. C. la totalidad de los bienes muebles. Dicha devolución no se realizó en el plazo estipulado. III) Igualmente, se contenía en el citado documento privado el ofrecimiento por parte de «R., S. A.», al señor C. C. de una opción de compra de la nave en que se encontraban depositados los bienes muebles que se han dejado indicados (cláusula VI del referido documento), haciéndose constar que la misma «había de ser ejercitada en el plazo de cuatro meses, de manera que ejercitada la opción y pagado el precio de cualquiera de las dos formas alternativas reseñadas en la estipulación segunda del pacto VI, quedaría perfeccionado el contrato de compraventa de la citada nave entre 'R., S. A.', como vendedor, y C. C., como comprador, si bien dicho pacto fue modificado a tenor de la cláusula adicional 4.ª...», en la cual aparece que C. C. adquiere «la obligación de no enajenar, vender, gravar ni realizar acto dispositivo alguno, ni arrendar dichos bienes hasta tanto no se otorgara la escritura pública» (considerando sexto de la sentencia impugnada). IV) «En instrumento público otorgado ante Notario en 15 de septiembre de 1984, el actor y su esposa ceden los derechos de opción de compra de la nave, con toda la maquinaria industrial que en ella se encuentre, así como todos los derechos que resulten del contrato

privado de 29 de junio de 1984, ya sean o no específicos del derecho de opción» (mismo considerando). V) «El actor renunció al derecho de opción en 2 de julio de 1984, según consta del documento número 1 de la contestación, reconocido como cierto por el actor al absolver la posición 9.ª» (considerando séptimo).

Se entra así en la contemplación de las restantes motivaciones, todas ellas apoyadas procesalmente en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De ellas, en la cuarta se atribuye al juzgador *a quo* la infracción del artículo 1.261 del Código Civil, dado que, en opinión del recurrente, en el contrato de opción de compra de autos han concurrido los tres requisitos que dicho precepto exige para la existencia del contrato: consentimiento, objeto y causa, proyectando su atención sobre el primero de dichos elementos, el consenso, estimando que éste se produjo dado que el actor-recurrente aceptó oportunamente la opción de compra y ofreció en tiempo hábil a la demandada el dinero necesario para aceptar la referida opción. El motivo no puede prevalecer, dado que en él se está haciendo supuesto de la cuestión, pretendiendo mantener con criterios puramente subjetivos e interesados, lógicos en quien no ha obtenido el resultado pretendido, algo que choca con los hechos probados y la valoración que de los mismos ha realizado el Tribunal sentenciador, cual ha quedado puesto de relieve en el fundamento anterior. Que la opción de compra existió nadie lo ha negado; mas una cosa es esto y otra que haya tenido en algún momento efectividad, habida cuenta tanto la conducta incumplidora del recurrente, puesta de relieve en la resolución aquí impugnada, como su renuncia a dicha opción.

En la motivación quinta, la infracción acusada es la de los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil, por aplicación indebida, «porque su lectura nos indica que debió darse lugar a la demanda, toda vez que esos hechos coetáneos y posteriores, que quedan evidenciados en autos por la totalidad de la prueba practicada, lo que evidencian sin lugar a dudas es que el señor C. C. no renunció a su derecho a optar a la compra de la nave». El pericamiento de este motivo ha quedado suficientemente razonado en los dos fundamentos precedentes. Y lo mismo cabe decir del que aparece con el número sexto, que estima la infracción de los artículos 1.115 y 1.123 y concordantes del Código Civil, partiendo de que como la escritura privada, tantas veces mencionada, contiene una cesión de derechos condicionada a su aceptación por «R., S. A.», al no haberla aceptado esta Entidad se resolvió tal cesión, que por ello «jamás tuvo eficacia y virtualidad alguna, fue una simple expectativa» (se dice en la motivación) y, en consecuencia (sigue manifestándose), «mal puede decirse que el señor C. C. incumplió sus compromisos por haber efectuado la misma». En este caso, la desestimación se produce por las mismas consideraciones que las de los dos precedentes, ya que se sigue haciendo supuesto de la cuestión, negando realidad a algo acreditado, el incumplimiento del hoy recurrente, y ofreciendo una particular, subjetiva e inexacta interpretación de los efectos que puede producir una obligación condicional.

El séptimo y último motivo estima existe infracción del artículo 1.467 del Código Civil, «que lo cita y aplica la Sala en el fundamento de Derecho séptimo de la sentencia recurrida, pero se olvida de que no se dan en el caso de autos ninguno de los dos supuestos de hecho, que hacen aplicable el precepto»; mas como acontece con los anteriores, esta motivación tampoco puede prosperar, ya que al formularla se olvida el recurrente

de que la cita que en el indicado considerando séptimo de la sentencia impugnada se hace al artículo 1.467 del Código Civil es simplemente *ad majorem abundantiam*.

R. DE A.

REBELDIA: RECURSO DE AUDIENCIA EN JUSTICIA. INCOMPARENCIA IMPUTABLE AL DEMANDADO (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL 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 deniega el recurso de audiencia del rebelde a la hoy recurrente en casación, Entidad «V. S., S. A.», contra sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia que la condenaba a pago de cantidad, por daños, en favor de la Compañía «C. P., S. A.». El razonamiento de la sentencia recurrida se apoya en dos puntos esenciales: 1) La Compañía recurrente fue citada, por edictos, en el *Boletín Oficial de la Provincia* y no acreditó, como exige el artículo 777, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haber estado ausente del pueblo de su última residencia al tiempo de publicarse los edictos para emplazarla.

Fue la propia demandada la que sembró la confusión revelando su voluntad de no comparecer, en la significación de los siguientes hechos debidamente acreditados: *a)* Se presentó una demanda de embargo preventivo contra ella en 15 de diciembre de 1980. *b)* El embargo se llevó a efecto en 17 de diciembre de 1980. *c)* Al siguiente día, 18 de diciembre de 1980, un Abogado, en su nombre, prestó fianza, mediante aval bancario, para enervar el embargo preventivo. *d)* La demanda principal se presenta en fecha 12 de enero de 1981 y se señala como domicilio de la Compañía demandada el número 52 de Lime Street, de Londres. *e)* La comisión rogatoria se dirige, por error mecanográfico, al número 52 de la calle Line (no Lime), de Londres. *f)* No se encuentra a la Compañía ni en el domicilio señalado ni en el Registro de Sociedades. *g)* Se reporta el exhorto y se publican los edictos. *h)* En el curso del incidente-recurso de audiencia del rebelde se dice, en la demanda, que la actora rebelde tiene su domicilio en Panamá, pero en el curso de las actuaciones manifiesta que su domicilio lo tiene en Londres, Lime Street, 52 (folio 152).

El motivo primero del recurso, que, como los dos restantes, se ampara en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señala la violación, por inaplicación, del artículo 279 de la citada Ley, porque la citación en un domicilio erróneo llevaría consigo la nulidad de la diligencia de emplazamiento. La errónea transcripción mecanográfica del domicilio, no imputable al actor en el proceso principal, pierde interés cuando, según resulta de los folios 78 y 79 (en rojo), certifica el Magistrado de la Corte Suprema de la Judicatura en Inglaterra que no existe huella de la Compañía en la dirección dada, ni tampoco en el Registro de Sociedades. Si a esto se añade que la Compañía manifiesta tener su domicilio en Panamá y en Londres, ha de concluirse que conocedora del proceso, por el embargo preventivo que sufrió y levantó, no dio los datos necesari-

rios para su identificación por los trámites normales, desentendiéndose del asunto hasta llegado el momento de la ejecución de sentencia, de donde es lógico deducir, como hecho, que se situó en rebeldía por su propia voluntad, por su confusa conducta subsiguiente al conocimiento del proceso. Esta conducta, según doctrina de esta Sala manifiesta en Sentencias de 7 de febrero de 1941, 22 de diciembre de 1962, 6 de marzo de 1965, 29 de abril de 1970 y 3 de diciembre de 1985, lleva consigo la consecuencia de que no pueda utilizar el recurso de audiencia del rebelde con éxito, puesto que conocía la existencia del proceso, pudo comparecer en él y su ausencia, incluso por la falta de precisión en el domicilio, le es imputable. Así, pues, este recurso extraordinario, que exige unos requisitos objetivos por su fundamento, pero también unos subjetivos expresivos de su ejercicio conforme a la buena fe y que, en este caso, no concurren, no podía ser estimado al recurrente por las razones apuntadas, por lo que debe decaer el primer motivo.

El segundo motivo del recurso denuncia la inaplicación del artículo 24, 1.º, de la Constitución Española y se relaciona con el tercer motivo por interpretación errónea del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se refiere a la indefensión que puede sufrir una persona extranjera que lógicamente no resida en el lugar del juicio y que no ha de tener acceso a un *Boletín Oficial de la Provincia*, ni aun del *Estado*, de otro país. No cabe duda que el artículo 777 hay que relacionarlo con el 269 y que la publicación que se hace de la rebeldía se refiere al *Boletín* del lugar del juicio, lo que, en cualquier caso, constituye para el extranjero una situación de desventaja; pero en este caso se ha dicho que la causa de su incomparecencia obedece a su voluntad, no a las deficiencias del emplazamiento ni a una dura interpretación de preceptos legales, por lo que, según constante doctrina del Tribunal Constitucional, no puede apreciarse indefensión cuando se ha producido una actitud deliberada de incomparecencia, no provocada por la otra parte ni por otras causas que no sean de propia voluntad del incomparecido. Así, constanding esta voluntad rebelde, sin relación con el mayor o menor rigor en la interpretación de una norma legal, deben decaer ambos motivos.

R. DE A.

PRUEBA DE CONFESION DENEGADA EN SEGUNDA INSTANCIA (SENTENCIA DE 11 DE MAYO 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 teoría general de los recursos, regulada en el título IX del libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede verse alterada por otros criterios que responden al principio de especialidad y que en realidad atienden pormenorizadamente al caso concreto y específico.

Tal ocurre con las providencias que denieguen una diligencia de prueba, en la que, conforme a las previsiones del párrafo 2.º del artículo 567, sólo cabe el recurso de reposición, y en el supuesto de no estimarse, no cabrá recurso alguno, salvo la posibilidad de reproducir su petición en la Segunda Instancia, conforme a las prevenciones del número 1.º del

artículo 862, y sólo su denegación podría dar lugar a un recurso de casación por quebrantamiento de forma, todo ello con independencia de la facultad que otorga el artículo siguiente en cuanto a la posibilidad de solicitar confesión judicial de la contraparte.

Conforme a esta doctrina, el primero de los motivos de casación, articulado por el cauce del número formal 3.º del artículo 1.692, resulta inaceptable en tanto en cuanto denuncia la infracción del artículo 381 y la consiguiente imposibilidad de recurrir en apelación al habersele denegado el recurso correspondiente, cuando es lo cierto que no se le produjo ninguna indefensión, pues solicitada confesión le fue denegada por Providencia de 11 de octubre de 1983, que recurrida en apelación, fue confirmada por Auto de 25 de los mismos mes y año, e interpuesto recurso de apelación, le fue denegada su admisión por Providencia del 31, «atendiendo a lo prevenido en el artículo 567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», cuyos cauces no siguió el recurrente en la Segunda Instancia y que conllevan a la desestimación del motivo.

El estudio del siguiente y último de los motivos del recurso, articulado por el cauce formal del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sugiere una primera reflexión a la vista del artículo 538, pues que es bien sabido y evidente que apreciándose la incompetencia de jurisdicción la Sala carece de facultades para entrar en el estudio de las otras excepciones articuladas o de otras materias y cuestiones formuladas.

Mas en el caso que, habiendo apreciado la Audiencia la incompetencia, hay un empecinamiento en el recurrente en la formulación de este motivo, en el que, al socaire de combatir la prueba, lo que pretende es una nueva valoración de la misma y pretender que se reconozca personalidad a determinada persona como delegada en España de la casa Dior, cuando es lo cierto que los equívocos términos en que fue formulada en la demanda llevaron al Juez a emplazar tan sólo a la casa principal, domiciliada en París, haciendo caso omiso de esa supuesta delegación y cuya resolución fue consentida en todas las fases procesales.

Sin embargo, y con el fin de dejar zanjada una cuestión intrascendente, pero potenciada al máximo en el recurso por la promotora del proceso, el detenido estudio de todos y cada uno de los documentos no rompen el esquema probatorio a cuya conclusión llega la Sala de Instancia.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: COMPETENCIA DEL JUEZ DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO, CUANDO SE IMPUGNA LA EXISTENCIA DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE 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, don Juan T. V., vecino de Madrid, una acción personal, en reclamación de 12.571 pesetas, que dice adeudarle el demandado, don Ramón P. G., vecino de Elda, en razón a los servicios prestados en su defensa, es lo cierto que negada toda relación personal con el actor, con el que no ha celebrado convenio alguno, rechazando la minuta de honorarios que presenta, es doctrina de esta

Sala la de que impugnada la existencia del contrato y en entredicho la propia existencia de la obligación, así como insuficiente el documento que se acompaña a los efectos de la sumisión expresa, debe conocer el Juzgado del domicilio del demandado (Sentencias de 22 de junio de 1965, 17 de marzo y 28 de septiembre de 1971, 16 de febrero de 1972, 29 de septiembre de 1977, 28 de enero de 1980 y 25 de abril de 1983), por lo que procede decidir la presente cuestión de competencia en favor del Juzgado de Distrito de Elda, como competente para conocer del procedimiento al ser el del domicilio del demandado, don Ramón P. G., en cuyo sentido es conforme el Ministerio Fiscal.

R. DE A.

EJECUCION DE SENTENCIA: REQUISITOS DEL RECURSO DE CASACION EN ESTE PROCEDIMIENTO (SENTENCIA DE 5 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.—Las actuaciones de las que el presente recurso trae causa se concretan a las practicadas en el trámite para la ejecución de una sentencia firme recaída en juicio declarativo ordinario de mayor cuantía seguido a instancia de la Entidad «Antracitas de Arlanza, S. L.», contra la Mercantil «Atlas Copco Española, S. A.», cuya sentencia, dictada en su día por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, condenó a la demandada a que en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios hiciera efectiva a la actora lo que cuantitativamente se determinara en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases: 1.ª La indemnización alcanzará tan sólo al precio medio que en *bocamina* pudiera obtenerse en la mina «Murgosa» de las toneladas métricas de antracita de posible extracción en el período de tiempo comprendido entre 5 de junio y 21 de julio de 1976. 2.ª Esta producción y su *precio* se fijará previo informe sobre estos puntos emitido por la Delegación Provincial de Minas de León.

Se combate en el recurso el Auto dictado por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid con fecha 4 de noviembre de 1986, confirmatorio en todas sus partes del pronunciado por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de la misma capital el día 16 de septiembre de 1985, fijando en la suma de 6.263.343 pesetas la cantidad a satisfacer por «Atlas Copco Española, S. A.», a «Antracitas de Arlanza, S. L.», más los intereses del párrafo 4.º del artículo 921 de la Ley procesal aplicados desde el día de hoy al del pago definitivo. En su consecuencia, el recurso de casación que contra dicha resolución ha interpuesto la Entidad condenada tiene como único amparo procesal que autoriza su formulación el contenido en el número 2.º del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que trasunto fiel del que regulaba la preceptiva contenida en el artículo 1.695 de la propia Ley antes de su reforma, establece unos rigurosos límites en cuanto a los «motivos» en que puede fundarse y que no son otros que los de que la resolución recaída en trámite de ejecución de sentencia *resuelva* puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado, razón por la que

una consolidada jurisprudencia de esta Sala, de la que son muestra, por citar algunas de las más recientes, la contenida en sus Sentencias de 15 de marzo y 21 de junio de 1986 y 8 de junio y 17 de julio de 1987, ha sancionado tanto el carácter excepcional del recurso en cuestión como la rigurosa delimitación de su ámbito, lo que hace que para apreciar la concurrencia de una extralimitación o exceso en la resolución dictada por el órgano jurisdiccional ejecutor sea indispensable una confrontación entre los términos del fallo que se ejecuta y lo decidido en el proceso para su efectividad, de suerte que, como dice la Sentencia de 21 de junio de 1986, «si tal acomodación existe, el recurso tendrá que ser *desestimado*, sin que sea lícito volver sobre pedimentos que no han tenido reflejo en la parte dispositiva de la decisión de que se trata».

La aplicación de la doctrina enunciada en el fundamento de Derecho que antecede determina la procedencia del rechazo del recurso de casación interpuesto por la Entidad condenada contra el Auto dictado por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid el día 4 de noviembre de 1986, por cuanto: *a)* Fue deducido con amparo procesal en los números 5.º y 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con olvido de que el precepto procesal que en su caso autorizaba su formulación y constituía requisito imprescindible para su viabilidad era el contenido en el número 2.º del artículo 1.687 de la propia Ley, con los rigurosos límites en cuanto a los motivos en que puede fundarse, que en este último precepto se concretan, entre los que no se comprenden los que los ordinales 4.º y 5.º del artículo 1.692 regulan. *b)* De la confrontación de los términos del fallo que se ejecuta y de lo decidido para su efectividad en el auto recurrido no resulta exceso de clase alguna y si, por el contrario, una patente acomodación, sin que sea lícito, por demás, convertir, como lo hace el recurrente, al desarrollar el primer motivo —con amparo en el número 5.º del artículo 1.692— y reproducir en el segundo —por el cauce del número 4.º del propio artículo—, dadas las alegaciones que les sirven de fundamento, el recurso de casación en una tercera instancia.

R. DE A.

ARBITRAJE DE EQUIDAD: LAUDO DICTADO FUERA DE PLAZO. CARÁCTER DEL PLAZO EN EL ARBITRAJE (SENTENCIA DE 17 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.—El primer motivo de este recurso sostiene la nulidad del laudo con base en el número 1.º del artículo 1.732 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afirmando que dicho laudo, en el arbitraje de Derecho de que se trata, fue dictado fuera de plazo. El motivo debe prosperar, ya que nombrado el árbitro en escritura de 18 de diciembre de 1986, con estipulación expresa y literal de que «el arbitraje se desarrollará en la ciudad de Zumaia, siendo el término en que el árbitro habrá de pronunciar laudo el de veinticuatro (24) días», éste fue emitido y formalizado con fecha 10 de abril de 1987, habiéndose superado con creces el plazo

o término fijado por las partes en su compromiso, sin que conste acuerdo o decisión sobre concesión de prórroga que acredite la voluntad en tal sentido de los compromitentes ni salvedad expresa alguna respecto a aceptación del laudo transcurridos ya los veinticuatro días que en el compromiso se señalan. Todo ello con base en que la sustitución jurisdiccional del Estado por la privada establecida por las partes que se someten a un arbitraje de Derecho sólo es válida y eficaz durante el tiempo señalado por los compromitentes, hasta el punto que dicho plazo y la determinación de los temas o puntos que integran la controversia constituyen los auténticos límites de la potestad arbitral, respecto de la cual las partes compromitentes han manifestado el deseo de que sus diferencias sean resueltas dentro de aquél y cuya voluntad, al ser aceptada por el árbitro, se impone a éste por virtud de la fuerza vinculante del contrato (compromiso).

R. DE A.

TEORIA DE LA SUSTANCIACION: APLICACION POR EL TRIBUNAL DE FUNDAMENTOS JURIDICOS DISTINTOS DE LOS INVOCADOS POR LAS PARTES (SENTENCIA DE 26 DE MAYO 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.—Primero. 1. Uno de los requisitos más importantes de índole interna de la sentencia es, a no dudarlo, el de la congruencia, y que viene condicionado tanto por el deber que objetivamente impone la Ley al Juez como por las exigencias del principio dispositivo, entendiéndose por tal el de correlación o correspondencia entre las peticiones principales y accesorias hechas valer en el proceso y los pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de la sentencia.

Una nutrida jurisprudencia ha venido exigiendo de modo absoluto este requisito cuando la sentencia es estimatoria, al paso que en la absolutoria se entiende que resuelve todos los puntos propuestos, aunque en realidad obedece a que el Juez no está tan constreñido por las barreras del principio dispositivo, en tanto en cuanto puede basarse en hechos y fundamentos incluso no alegados por las partes.

Tradicionalmente, la congruencia viene determinada por las reglas de la identificación de las acciones; pero una nutrida jurisprudencia pronunciada a través de muchos años y de incontables supuestos, al tomar en consideración los principios *da mihi factum, dabo tibi ius y iura novit curia*, que son inherentes a la teoría de la sustanciación, no estima incongruente la sentencia que aplica a los hechos alegados por las partes fundamentos jurídicos distintos para declarar existente una relación jurídica diversa, en virtud de una concurrencia de normas que concedan varias acciones para hechos sustancialmente idénticos, pero siempre y cuando se ajusten a la petición formulada.

Así las cosas, es visto que muchos de los problemas de fondo y de derecho material quedan fuera de la congruencia y han de remitirse a la normativa por la que se rigen.

En efecto, buena prueba de ello la suministra el supuesto ahora en-

juiciado, pues que en Primera Instancia el demandado y ahora recurrente discurrió su oposición por cauces de derecho material, alegando la falta de la actora o, más propiamente, la falta de legitimación para postular su pretensión, reducida en el suplico de la demanda a pedir sentencia por la que se declarase que la demandada venía obligada a indemnizar a la actora en determinada suma, siendo congruente en tal sentido la sentencia en cuanto se le condena a pagar parte del importe de dicha indemnización.

Olvidando la recurrente la postura que adoptó en la Primera Instancia, y en la que obtuvo sentencia conforme a sus postulados, repudia el fallo de la Segunda Instancia por un doble motivo, amparado en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender en el primero que habiendo accionado el actor en su propio nombre y derecho se le concede la indemnización como condueño, tesis que deviene correcta mediante el cambio de punto de vista jurídico llevado a cabo en la sentencia de Instancia y que no se combate por la vía adecuada, que sería la de falta de legitimación por el cauce procesal del número 5.º del artículo 1.692 de la misma Ley procesal, y en el segundo, por entender que de concedérsele indemnización, sería en la parte proporcional el bien siniestrado, haciendo para ello supuesto de la cuestión, sin combatir por la vía adecuada la resultancia probatoria deducida por el Tribunal de Instancia por la llamada prueba de presunciones tras aplicar el principio del *onus probandi* y llegar a la conclusión de pertenecer el inmueble construido a la parte actora.

Segundo. El último de los motivos, formulado por el cauce formal del número 5.º del artículo 1.692, denuncia la infracción del artículo 7 de la llamada Ley del Seguro, por entender que la sentencia de Instancia concede al actor una indemnización derivada de contrato de seguro en el que sólo figuraba como tomador, tesis que no puede prosperar en cuanto habida cuenta el vehículo procesal por el que se articula obliga a respetar escrupulosamente los hechos probados y en la sentencia se afirma, respecto al particular que interesa, que el actor tiene personalmente el carácter de asegurado y beneficiario en parte del seguro y por cuya razón concede la indemnización en la cuantía que estima procedente.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. SEPARACION MATRIMONIAL. ULTIMO DOMICILIO DEL MATRIMONIO (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

Doctrina de la Sala.—La presente cuestión de competencia aparece trabada entre el Juzgado de Primera Instancia de Málaga número 5 y el de igual clase de Vilanova i la Geltrú. Ante aquel Juzgado se dedujo demanda de separación matrimonial por Isabel F. S. contra su marido Francisco Javier S. R., proveyéndose a la misma el 19 de febrero de 1986 y emplazándose al demandado en San Pedro de Ribas, del Partido Judicial de Vilanova i la Geltrú, el 3 de abril de 1986. Mediante escrito del deman-

dado, al que se proveyó el 2 de julio de 1986, se promovió ante el Juzgado de dicha localidad cuestión de competencia por inhibitoria, a la que se accedió en Auto de 13 de diciembre de 1986, que fue comunicado al de Málaga el 13 de dicho mes. El Juzgado de Málaga, por Auto de 12 de mayo de 1987, resolvió negarse a la inhibición, lo que se comunicó al Juzgado requirente, que insistió (8 de octubre de 1987) en el requerimiento de inhibición.

A los solos efectos de resolver la presente contienda competencial debe entenderse, a partir de los documentos aportados por el demandado y que obran a los folios 12 a 16 y 21 de las actuaciones de Vilanova i la Geltrú, que los cónyuges contentientes contrajeron matrimonio el 20 de noviembre de 1982 en Málaga, fijando su domicilio conyugal en San Pedro de Ribas, ya que la hija habida el 29 de mayo de 1984 nació en Vilanova i la Geltrú (11), tras haber recibido asistencia sanitaria durante el embarazo en San Pedro de Ribas (12, 13 y 16), plaza en que abrieron una libreta de ahorros conjunta (14) el 11 de octubre de 1982. En la misma localidad residían el 5 de abril de 1983, fecha en que la demandante suscribe el boletín de asistencia técnica a un aparato electrodoméstico que obra al folio 15. Más determinante todavía es el informe de la Alcaldía de San Pedro de Ribas del folio 21, en el que se afirma que los cónyuges convivieron allí desde el mes de junio de 1982 hasta el de febrero de 1985, junto con su hija, siendo en esta fecha que la demandante e hija se ausentaron del domicilio conyugal.

La contienda debe, consiguientemente, resolverse en favor del Juzgado de Vilanova i la Geltrú, por aplicación del párrafo 1.º de la disposición adicional 3.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. A tenor de dicho texto legal, será Juez competente para conocer de los procesos de nulidad, separación y divorcio el de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal, y en el caso de residir los cónyuges en distintos Partidos Judiciales, será Juez competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado. No aparece acreditado que, antes de la separación, el matrimonio, que se hallaba domiciliado en San Pedro de Ribas, cambiase el domicilio mediante pasar a residir en el domicilio de los padres de la demandante en Málaga, ni, consiguientemente, puede reputarse dicha localidad como último domicilio del matrimonio.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. MERCANCIAS REMITIDAS A PORTES DEBIDOS (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

Doctrina de la Sala.—De lo actuado para resolver esta cuestión de competencia se deduce que la total reclamación de 604.453 pesetas corresponde a géneros enviados por el vendedor en Zaragoza al comprador en Gijón, remitidos algunos a portes pagados y otros a portes debidos, es decir, unos portes pagados por el vendedor y otros pagados por el comprador,

aunque adelantado su importe por el vendedor y cargado en la factura correspondiente (documentos núms. 6, 15, 18, 21 y 24). De estos hechos se deduce que tratándose de compraventas mercantiles, y para no imponer una solución no deseada, hay que atribuir la competencia al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zaragoza, lugar donde debe entenderse hecha la entrega de la totalidad de la mercancía; solución deducible de la doctrina reiterada de esta Sala, que, por un lado, declara que remitidas las mercancías a portes pagados ha de presumirse que viajaron hasta el domicilio del comprador de cuenta y riesgo del vendedor, pero ello es únicamente «a falta de cualquier otro principio de prueba por escrito» (Sentencias, entre otras muchas, de 4 y 8 de junio y 4 de julio de 1984 y 30 de septiembre de 1986), principio de prueba que, por otro lado, se da en el caso ahora contemplado, ya que varias de las facturas implicadas cargan el importe íntegro de los gastos de transporte al comprador, razón por la cual debe entenderse efectuada la entrega de la mercancía en el lugar del establecimiento mercantil del vendedor, según ya declararon numerosas Sentencias de esta Sala (así, las de 2 de febrero de 1977, 24 de abril de 1978, 7 de febrero y 24 del mismo mes de 1987).

En consecuencia de lo razonado debe determinarse la competencia en este caso por el domicilio del vendedor, como lugar del contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 62, regla 1.ª, de la Ley Procesal Civil, en relación con los artículos 1.101 y 1.500 del Código Civil, sin que proceda una especial condena en costas, por lo que en este punto se aplicará el precepto del artículo 108, párrafo 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiéndose de oficio las causadas en la competencia.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. SUMISION EXPRESA EN LETRA DE CAMBIO: PALABRAS SUFICIENTES. CLAUSULA ESCRITA CON POSTERIORIDAD AL LIBRAMIENTO (NO EXISTE)
(SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

Doctrina de la Sala.—En el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba se plantea un juicio ejecutivo con base en dos letras de cambio expedidas en Córdoba, con el pago domiciliado en el Banco de Bilbao, Agencia de San Juan (Alicante), siendo el domicilio del librador, calle Golondrinos, 8, Córdoba, y el del librado-aceptante, calle Castaños, 38, Alicante. En el lugar reservado para el «acepto» de las cambiales aparece la siguiente cláusula: «Acepto cantidad, fecha, vencimiento, domicilio de pago y fuero del librador.—Córdoba, a 23 de septiembre de 1985.—Le sigue una firma ilegible».

Despachada ejecución, y requerido de pago, embargo y citación de remate el ejecutado, es presentada por éste cuestión de competencia por inhibitoria, que se tramita en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante, finalizando las actuaciones con el informe favorable del Ministerio Fiscal y el Auto requiriendo de inhibición de fecha 2 de junio de 1986. El Juzgado de Primera Instancia de Córdoba número 2, con informe favorable del Ministerio Fiscal, mantiene su competencia en el

Auto de fecha 30 de junio siguiente, y al comunicar tal resolución al Juzgado requirente, éste desiste de su primitivo requerimiento y reconoce la competencia del Juzgado de Córdoba para conocer de la demanda en su Auto de fecha 31 de julio del mismo año. El auto del Juzgado de Alicante es apelado por la parte ejecutada, y la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia revoca la resolución apelada y manda seguir insistiendo en el requerimiento de inhibición.

La presente cuestión de competencia ha quedado reducida, dados los términos del auto de la Sala de lo Civil de Valencia, a determinar dos extremos concretos: si la fórmula de sumisión empleada en el presente caso es suficiente para cumplir los requisitos exigidos en el artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y si tal fórmula o cláusula fue puesta en las cambiales después de que éstas fueran aceptadas por el librado y a espaldas del mismo. El primer punto está amplia y reiteradamente resuelto por esta Sala, fijando las reglas siguientes: «Para que se entienda renunciado el fuero propio no es preciso utilizar las mismas palabras de la Ley; hecha de una forma precisa la designación del juzgador competente, habrá de entenderse implícitamente hecha la renuncia del fuero propio; cuando se expresa 'acepto pago, fecha, cantidad, vencimiento, domicilio y fuero del librador' en el lugar fijado para el 'acepto' de unas cambiales, rige a efectos de competencia el lugar fijado en esa cláusula de sumisión pactada» (Sentencias, entre otras, de 30 de octubre de 1951, 29 de septiembre de 1979, 30 de septiembre de 1980, 18 de enero de 1986, etc.). Para la segunda cuestión planteada, bueno será partir de la doctrina de esta Sala (Sentencia de 24 de enero de 1986) cuando determina: «Para decidir la competencia por inhibitoria, los documentos que aparezcan suscritos por la parte a quien perjudican constituyen un principio de prueba a los meros efectos de resolver la competencia», y en autos figuran dos letras de cambio suscritas por el aceptante, no tachadas de falsedad en el protesto, y con una cláusula o pacto de sumisión expresa mecanografiado en el lugar fijado para el «acepto», sin que exista en autos prueba alguna, directa o indirecta, más allá de la simple sospecha, para deducir que tal cláusula fuera estampada sin la presencia ni el consentimiento del aceptante, pues el diferente tipo de letra mecanografiada corresponde no sólo a la cláusula de sumisión, sino también al lugar y fecha de expedición y al domicilio fijado para el pago, circunstancia esta última que no puede hacerse sin el conocimiento del aceptante al tratarse del número de una cuenta corriente, de una determinada sucursal bancaria.

Por todo lo expuesto, y en concordancia con el informe del Ministerio Fiscal, es obligado reconocer la explícita suficiencia y legitimidad de la cláusula de sumisión expresa que figura en las letras de cambio, base del procedimiento ejecutivo, y que, de acuerdo con lo convenido entre las partes y la terminante regla del artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde el conocimiento del presente asunto al Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba, al que se remitirán estas actuaciones, poniendo en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante lo resuelto, y sin hacer una especial declaración sobre las costas causadas en esta cuestión de competencia.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. SUMISION EXPRESA EN LETRA DE CAMBIO, DENTRO DE JUICIO EJECUTIVO (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

Doctrina de la Sala.—La presente cuestión de competencia fue iniciada por don Severino C. L., al plantear inhibitoria ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Gijón, en relación con el juicio ejecutivo que le había sido promovido por la Entidad Mercantil «J., S. L.», en el Juzgado de igual clase número 1 de Denia, por impago de ocho letras de cambio de importe 20.000 pesetas cada una, libradas por dicha Entidad y aceptadas por el librado, señor C. L., a través de la cláusula expresiva siguiente: «acepto cantidad, vencimiento, domicilio y los Tribunales de Denia», y en razón a que los referidos Juzgados mantuvieron su respectiva competencia para conocer del procedimiento hecho mención, sometieron sus correspondientes actuaciones a esta Sala para que dirimiera la contienda.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 62, regla 1.ª, y 1.439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es evidente que, en principio, correspondería la competencia, en orden al conocimiento en la acción ejecutiva de referencia, al Juzgado del lugar en que debe cumplirse la acción, pero dicha norma no reviste caracteres absolutos e incondicionales, en tanto en cuanto que priman sobre ella los supuestos de sumisión expresados por los interesados, como así viene a reconocerse en los precitados artículos, y esto así, no es menos evidente que en las cambiales motivadoras del procedimiento instado por la Sociedad «J., S. L.», concurrió una sumisión explícita, que quedó exteriorizada en la cláusula del acepto antes transcrita, la cual, examinada desde el doble punto de vista gramatical e intencional, permite que se la conceda una significación inequívoca: el propósito del aceptante de someterse a los órganos jurisdiccionales de Denia, especialmente cuando ni la fórmula empleada ni la firma de aquél fue tachada de falsedad, y de aquí que, de acuerdo con el informe del Fiscal y la doctrina mantenida por esta Sala acerca de que «la sumisión contenida en el acepto de letras de cambio provoca el sometimiento del firmante a los Juzgados y Tribunales señalados en la fórmula, de conformidad con lo prevenido en el artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (Sentencias, entre otras, de 23 y 31 de marzo y 12 de mayo de 1987), resulta procedente resolver la cuestión de competencia planteada en favor del Juzgado de Denia, y ello sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. MERCANCIA ENVIADA «A PORTES DEBIDOS». LA LETRA DE CAMBIO ES IRRELEVANTE CUANDO NO SE EJERCITA ACCION CAMBIARIA (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

Doctrina de la Sala.—La cuestión de competencia que aquí se plantea viene referida a la reclamación de una cantidad, supuestamente derivada

de un contrato de compraventa mercantil, dado el carácter de comerciantes que ostentan el actor y el demandado, unido todo ello al destino de las mercancías, siendo, por tanto, de aplicación lo dispuesto en los artículos 325 del Código de Comercio y en el 1.500, en relación con el 1.171, ambos del Código Civil, así como también la doctrina jurisprudencial en cuanto ésta establece que al no ejercitarse la acción cambiaria, las letras de cambio emitidas para el pago de la cantidad reclamada no pueden ser tenidas en cuenta para determinar la competencia, en tanto que sólo operan como facilidad o modalidad del pago.

De la documentación que obra en autos no aparece la existencia de sumisión expresa o tácita alguna, constando solamente que el establecimiento del vendedor está situado en Valencia y que las mercancías viajaron desde el domicilio del demandante al del demandado por correo certificado, figurando en la factura de dicho envío, cargado al demandado-comprador, el importe de los gastos del transporte satisfechos en correos, circunstancia en virtud de la cual es necesario entender que, al ejercitarse la acción personal del número 1.º del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el lugar del cumplimiento de la obligación es el domicilio del vendedor, por haber viajado, en definitiva, las mercancías por cuenta del comprador; pero es que aun no considerándose decisivo este razonamiento, prevalecería el lugar del establecimiento del vendedor, según pacífica doctrina de esta Sala; todo lo cual conduce a determinar, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, que la competencia, en el presente caso, corresponde al Juzgado de Distrito número 4 de Valencia (Sentencias de 20 de octubre de 1981, 28 de noviembre de 1981, 15 de diciembre de 1982, 9 de abril de 1984 y 4 de junio de 1984).

R. DE A.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO: *La responsabilidad civil*. Universidad de Deusto. Un tomo de 392 págs. Bilbao, 1988.

Una de las primeras cosas que se aprenden al iniciar los estudios jurídicos son los célebres *tria iuris praecepta* que enunció ULPIANO y que ya nos hacían pensar, ingenuamente, que con recitarlos en latín era suficiente para demostrar que pisábamos fuerte en el campo del Derecho. *Honeste vivere, alterum non laedere et suum ius cuique tribuere* encerraban todo un mundo que imaginábamos casi completo de cuanto íbamos a aprender.

Luego se da uno cuenta de que cuanto más se desarrollan estos principios, más problemas, nuevos y mayores, se nos van presentando a la hora de desentrañar ese enorme mundo de las normas de la convivencia humana.

Y si encima hay quienes saben profundizar en la materia, como lo hace el autor de este libro, el panorama se torna inacabable. Es la primera impresión que produce leer esta obra, que apura hasta lo increíble en el insondable pozo del principio de que no debe causarse daño a otros y en todas sus consecuencias.

No tenemos que presentar a nuestros lectores a RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Deusto, conocido colaborador de esta REVISTA y actualmente habitual comentarista de la sección de jurisprudencia, que lleva con el acierto y la maestría que todos sabemos. Leyendo sus atinados resúmenes de las sentencias, uno aprende Derecho con más facilidad, pues tal es una de las consecuencias inmediatas de tener un buen maestro.

Pero ahora RICARDO DE ANGEL ordena todo el grandísimo acervo doctrinal y jurisprudencial que posee, lo ensambla en la obra básica que ya había escrito sobre esta materia en 1978 y el resultado es realmente brillante. Conjuga y armoniza doctrina, legislación y jurisprudencia y sale un libro actualizado y completísimo al que se podrá acudir en busca de soluciones certeras para los problemas que puedan surgir en el campo de la responsabilidad civil, cada vez más amplio en esta complicada época que nos ha tocado vivir.

Ya en el prólogo nos dice que no es excesivo considerar la singular importancia de esta materia, pues si, por un lado, toda la existencia del hombre debe regirse por la norma de no causar daño a los demás, por otro, son constantes las situaciones que nos ponen en peligro de sufrirlo o de ocasionarlo. Las estadísticas sobre accidentes son elocuentes y las experiencias de los profesionales juristas, así como las sentencias de los Tribunales, son testimonio del protagonismo alcanzado por este sector del ordenamiento privado.

El libro consta de nueve capítulos, en los cuales analiza el autor de modo exhaustivo todas las cuestiones relativas a esta materia, tomando como base los preceptos de nuestro Código Civil, completados con abundante y muy actualizada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sólo en esquema trazaremos el contenido de tales capítulos.

El significado de la responsabilidad civil en general llena el capítulo I, en que se distingue primero la responsabilidad derivada de un contrato previo de la extracontractual, debiendo separarse a la vez, dentro de esta última, la que nace de actos delictivos sujetos a pena de los puros actos civiles, aunque éstos no sean lícitos. De ahí la fórmula clásica de que la responsabilidad civil entra en juego cuando una persona causa un daño a otra con la que no estaba ligada por una relación jurídica previa. Lo que no es tan pacífico en la doctrina, ni aun en las normas, es determinar cuál sea la fundamentación de esa responsabilidad: la doctrina tradicional basaba la reparación en la culpa del autor del daño, mientras que las nuevas tendencias se dirigen a una responsabilidad objetiva, tan sólo basada en el riesgo y en la consideración de que en todo caso se debe indemnizar a la víctima del daño por el solo hecho de sufrirlo, llegándose a las modernas fórmulas de cobertura del riesgo mediante la garantía colectiva del seguro obligatorio.

En el capítulo II entra el autor a estudiar la responsabilidad civil en el ámbito estricto del Derecho español, arrancando con lo dispuesto en el artículo 1.089 del Código Civil, que en su último inciso considera como fuentes de obligaciones los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia; aquí se plasma la distinción entre el ilícito penal, que se rige por el estricto Código punitivo (art. 1.092 del Código Civil), y el nacido de culpa o negligencia (art. 1.093), que se rige por los artículos 1.902 y siguientes del propio Código Civil. El autor explica ampliamente este sistema legal y estudia el ejercicio de la acción civil dimanante de delito en los diversos supuestos, con amplio alarde doctrinal y jurisprudencial. También estudia aquí los supuestos generales de la responsabilidad civil en el Código Civil, y en especial el elemento culposo como premisa y la evolución de la jurisprudencia en su estimación a la hora de determinar la existencia de la responsabilidad.

¿Cuáles son los hechos que dan lugar a responsabilidad civil? Es sabido que la sistemática de nuestro Código Civil distingue entre los actos u omisiones propios, los hechos cometidos por otras personas en determinados supuestos y los daños causados por animales o cosas. Siguiendo esta pauta, el autor contempla los tres supuestos a lo largo de los capítulos III, IV y V de modo detallado.

En cuanto a los actos propios, la norma imperativa del artículo 1.902 del Código Civil admite pocas dudas: Debe reparar el daño todo aquel que lo causa a otro, sea por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia. RICARDO DE ANGEL contempla las dos formas de comportamiento dañoso, acción u omisión, y analiza los requisitos para que ese comportamiento dé lugar a responsabilidad civil, que son la antijuridicidad, la culpabilidad y la imputabilidad; en cuanto a la antijuridicidad, se extiende en explicar las posibles causas de justificación, que serían el ejercicio de un derecho propio, el consentimiento de la víctima, la legítima defensa y el estado de necesidad, con un gran abanico de sentencias sobre casos concretos que ilustran la exposición.

La responsabilidad por hechos cometidos por «aquellas personas de quienes se debe responder» viene determinada en la enumeración del artículo 1.903 y ha suscitado de siempre dudas y opiniones contrarias. La justificación de que se basa en la *culpa in eligendo* o la *culpa in vigilando* no convence a sus detractores y de ahí el sentido restrictivo con que se aplica. El autor analiza los distintos supuestos y los complementa con nutrida jurisprudencia, especialmente detallada en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado y demás Entes públicos, sobre todo en el punto concreto de la jurisdicción competente para ejercitar las reclamaciones de responsabilidad civil contra la Administración, verdadero caballo de batalla de gran importancia práctica.

En cuanto a la responsabilidad por daños causados por animales o cosas, regulada en los artículos 1.905 a 1.910, suscita opiniones igualmente restrictivas, en cuanto que si fuera de otro modo podría llegarse de hecho a la generalización de la teoría de la responsabilidad objetiva. Una creación más moderna configura esta responsabilidad basándola en las llamadas «actividades peligrosas», y puede tener como manifestación en nuestro Derecho la responsabilidad que se plasma en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984. El autor examina su contenido detalladamente y recoge la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985, que podría suponer alguna alteración de nuestra regulación legal.

El elemento objetivo del daño producido se contempla en el capítulo VI y puede ser material o moral. El primero está perfectamente demarcado por el menoscabo patrimonial que sufre la víctima, sea por daño o por perjuicio. El daño moral es objeto de mayores dudas en cuanto a su admisión, concreción y valoración; nuestro Tribunal Supremo ha evolucionado en este punto y ya en la actualidad se admite sin duda el *pretium doloris* y la protección de los derechos de la personalidad, tal como se muestra en las sentencias recogidas en el libro.

En el capítulo VII se estudia otro de los elementos de capital importancia, que es la relación de causalidad entre el daño y la actuación u omisión que lo origina. El autor examina las teorías al respecto y la postura del Tribunal Supremo en múltiples casos que se contemplan, y analiza la relación entre causalidad y responsabilidad objetiva y los supuestos de concurrencia de culpa del perjudicado y el deber de la víctima de contribuir en lo posible a la disminución del daño. Acaba el capítulo con el estudio de los supuestos de producción del daño por varios agentes y de que haya sido causado por miembros indeterminados de un grupo.

¿Cómo se puede reparar el daño causado? Hay dos caminos: el acuerdo entre el responsable y la víctima o la decisión judicial. El capítulo VIII estudia las vías de reparación del daño y puesto que la primera no crea problemas al haber acuerdo, se dedica más bien a la segunda, a la decisión judicial. Estudia quiénes son las personas legitimadas para entablar la acción, punto más interesante si hay muerte de la víctima, y las formas materiales de reparación, que pueden ser reponer las cosas a su estado anterior y de forma específica, si fuera posible, o, en todo caso, la indemnización por cuantía equivalente al daño producido. Esta cuantía suele presentar problemas y el autor contempla los daños iniciales y los sobrevenidos como consecuencia de la actuación ilícita, y estudia cuál es el momento procesal para valorar el daño, pues el paso del tiempo puede

influir de modo bien notable. La prescripción de la acción y los modos de computar los plazos son también objeto de cuidada atención.

De acuerdo con el planteamiento que hacía el autor al iniciar el libro, dedica su último capítulo al estudio del seguro de responsabilidad civil, con atención especial a la Ley española de 1980. RICARDO DE ANGEL contempla la influencia de esta figura, pudiendo afirmarse, nos dice, que nuevas responsabilidades civiles o diferente estimación de las clásicas han de dar lugar a nuevas fórmulas de redistribución del riesgo a través del seguro. Estudia el ámbito temporal de la póliza, la acción directa del perjudicado contra el asegurador y la postura de éste en cuanto dirige jurídicamente y defiende al asegurado frente al causante del daño. Eso confirma la idea antes dicha de que la influencia del seguro obligatorio puede ser tal que llegue a poner en crisis el concepto clásico de la responsabilidad civil, hasta el punto de que pudiera haber llegado su ocaso.

Después de la atenta lectura del libro, uno no puede menos que felicitar a su autor por el completísimo compendio de doctrina, legislación y jurisprudencia que ha conseguido y recomendarlo a todos los que puedan tener algún problema relacionado con la responsabilidad civil.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DE MARTINI, DEMETRIO: *Proprietà e disponibilità dei beni negli investimenti comuni, nel leasing, nella multiproprietà*. Padova, CEDAM, 1988.

La multipropiedad, regulada ya con criterios muy diversos en Portugal y Francia, aparte EE. UU., es objeto de trabajos preparatorios en otros puntos que van precedidos y acompañados de interesantes aportaciones doctrinales. En 1986 y 1987, las ponencias de las Jornadas de Tossa y los Congresos Notarial de Palma y Registral de Río han tenido considerable repercusión, pero pese a la alta calidad de algunas, los horizontes sombríos no se han despejado. Tenemos ya algún comentario a la nueva legislación francesa, breve, pero enjundioso y acertado, de PAU PEDRÓN, aunque no resalta una ineludible medida que permite reducir considerablemente los increíbles abusos en esta zona tan huérfana de Ley como plagada de cuaterros: la limitación de la responsabilidad.

Las tentativas legislativas en Italia están más avanzadas que en España, donde todavía no han penetrado en el dintel de los órganos legislativos. Se han elaborado dos proyectos: el de la Comisión presidida por el Senador FONTALBA y otra por el Profesor IRTI. La primera es estrictamente comunitaria, mientras que el proyecto de la segunda admite como solución alternativa la societaria. A comentar tales iniciativas, con previa y maravillosa exposición de antecedentes doctrinales, ha dedicado unas excelentes páginas la Doctora GIORGIA TASSONI en la *R. di Do. Civile* de 1988. Al propio tema de la multipropiedad, con especial referencia a los citados proyectos, se centra el último capítulo de la obra epigrafiada, en la que se adopta una singularísima postura dogmática, la separación de la titularidad propietaria y su disponibilidad o goce efectivo, y resaltando

la importancia de la última procede a concatenar institutos tan atípicos en la sistemática romanista como son los tres que figuran epigrafiados.

El estudio de DE MARTINI es profundo, denso, con impresionante bibliografía. La distinción entre propiedad y disponibilidad le obliga a remontarse a la transmisión en remotos periodos de economía agrícola y ganadera, en la que la *estipulatio* y la *traditio* son autónomas, perceptibles y que subsisten en el Medioevo, pese a las amplias inmisiones de lo que hoy catalogamos como Derecho público. El consensualismo canónico y las doctrinas iusnaturalistas limitan al mero consentimiento las fases de la transmisión y la Revolución francesa legaliza esta postura, que es aceptada por el Código de Napoleón y proyectada por toda Europa, dando paso a un amplio liberalismo cuyos efectos, no siempre saludables, se intenta corregir con institutos como el Registro Inmobiliario y la usucapción abreviada, remedios insuficientes que conducen a la reacción socialista, cuyo epicentro se hace recaer en un simple cambio de titularidad de los bienes de producción, que deben pasar a ser públicos con lo que serán accesibles a todos.

La experiencia, aunque limitada, cosecha amplios fracasos y surge lo que se denomina el socialismo democrático, más desarrollado que en otros en los países de economía de mercado, también llamado socialización de los bienes de consumo, que, a través de complejas y a veces poco ortodoxas técnicas jurídicas, permite el disfrute de bienes poco accesibles a amplias esferas sociales. DE MARTINI lo ejemplariza —con simple carácter enunciativo— en la inversión colectiva o fondos de inversión, el *leasing* y la multipropiedad.

La inversión colectiva permite superar la desigualdad de los contratantes. El particular que cede en arrendamiento, da a préstamo o invierte en acciones u otros títulos-valores carece individualmente de conocimientos y capacidad para soportar los avatares económicos de la inversión y de oponerse a las inmisiones legislativas que con el aparente propósito de defender al débil encubren, en no pocas ocasiones, maniobras electorales. Tal inversión colectiva se efectúa, fundamentalmente, en los fondos de inversión y a través de un titular fiduciario. Es un procedimiento poco ortodoxo en la normativa continental, pero que evita la escenificación real de algunas fábulas de FEDRO. Su atipicidad, en la sistemática romanista, es diáfamanamente apreciable en la inversión inmobiliaria, escasamente regulada, pese a lo cual circulan abundantemente títulos de las varias series del *Swissimmobil*, *Canadainmobil*, etc.

El *leasing* es otra fórmula más compleja y ortodoxa en la que la propiedad se instrumenta como garantía y permite, sin excesivos desembolsos, acceder a costosos bienes a personas con vocación empresarial. La literatura sobre ellos, como sobre los fondos de inversión, es considerable.

Nuestro autor señala que la distinción de las fases *estipulatio* y *traditio* es casi imperceptible cuando el adquirente lo es al mismo momento de propiedad y posesión; pero aun en los sistemas consensualistas, que de hecho han reducido el proceso de transmisión «a la obligación de...», son fácilmente apreciables en los supuestos de enajenación de género, ventas a plazo y muchos otros. La doctrina germana captó la referida dualidad con sus *Grundgeschäfte* y *Erfüllugngeschäfte*, negocio fundamental y de ejecución.

Centrándose en lo que con escaso acierto se denomina comúnmente multipropiedad, se intenta agrupar en un solo instituto varias entidades

sobre las que se ejercen derechos temporales o intermitentes, y no sólo en relación a inmuebles, sino también a vehículos terrestres o marítimos, incluso aéreos, áreas de aparcamiento o amarre, complejos aparatos electrónicos, joyas y otros bienes cuyo enunciado se dilata con el transcurso del tiempo. Recordando los ejemplos de las antiguas comunidades de aguas se ofrecen soluciones jurídicas que nos hablan de comunidad, condominio, propiedades resolubles, derechos reales atípicos o no, etc. DE MARTINI se inclina por la solución «nuevo modelo de propiedad», ya ofrecida por otros autores, aunque no sobre la distinción que DE MARTINI presenta. Pero hace además hincapié en que bajo tal nombre se agrupan institutos ciertamente heterogéneos sin otro punto de contacto que una base empresarial, ya perceptible en la propiedad horizontal, cuyas dimensiones, con sus riesgos y responsabilidades, varían fundamentalmente y hasta hacen distinto el instituto. De una multipropiedad reducida, con escaso mobiliario y personal, a una multipropiedad hotelera, que tiene que contar con una ingente cuantía de personal, que a la hora del despido supone cifras respetabilísimas, una abundancia de equipo y material, servicios con plena eficacia que exigen constantes inversiones y suministros poco controlables, hay una evidente diferencia. Si en la primera los multipropietarios pueden ejercer algún control, ello es prácticamente imposible en la segunda.

Para conseguir tales resultados pueden utilizarse las citadas estructuras jurídicas: de la comunidad inorgánica a la organización societaria o por cuentas en participación o recurrir a la multilocalización eliminando riesgos. El contenido fenomenológico es similar —ya lo habían advertido GRANELLI o IRTI—, pero prácticamente supone una relación trilateral: de la multipropiedad con los terceros, de los multipropietarios entre sí y con el gestor o administrador.

En el fenómeno es perfectamente constatable la trascendencia de la disponibilidad efectiva, con independencia de la titularidad. Si es propietaria, se advierte que el ejercicio de los derechos es incompatible con las acciones tutelares o posesorias tradicionales, requiriéndose una inmediatez y eficacia incompatibles con procesos dilatados: las entregas de posesión no admiten demoras y normas especialísimas deben enmarcar la protección de derechos que se agotan en un plazo muy breve.

Aunque a tales resultados pueden llegarse mediante soluciones propietarias o societarias e incluso con simples locaciones, la legislación francesa se ha inclinado por las societarias, poco amparadas por las doctrinas corrientes, aunque cuentan valedores como LUZZATTO, CARNELUTTI, BRANCA, FRAGALI y otros en Italia. Con ello se constituyen centros de imputación que permiten eludir problemas, como los que actualmente y en relación a la propiedad horizontal está solventando la jurisprudencia española en forma muy curiosa, para no utilizar otra expresión; se conceden al usuario derechos de información, de que prácticamente se halla privado; se regulan quórum para decisiones de trascendencia, eliminando unanimidades imposibles de obtener en institutos en que la dispersión geográfica y la cuantía de los interesados es siempre importante; se posibilita la estructuración en una escala de órganos que resulten representativos y efectivos, eliminando los inconvenientes del soberano administrador frente a una inorgánica masa de desconocedores de su condición industrial, de los reconvocos de la misma; limita la responsabilidad personal y agiliza su funcionamiento.

Sin duda, podrá decirse que son sociedades muy especiales en las que hasta falta el ánimo de lucro, aunque no estén exentas de interés económico; pero aun así y todo cada día son más sólidos los argumentos a favor de la condición neutra de los instrumentos del arsenal jurídico. Mientras aparecen sociedades benéficas o deportivas, asociaciones o fundaciones son titulares de importantes complejos industriales.

Las soluciones de propiedad, derecho real, son meros tranquilizantes para el inversor corriente, precavido, jubilado, que intenta ampararse en derechos prestigiosos y desconoce que los mismos, en muchos casos, quedan considerablemente reducidos o absorbidos por la trascendencia de los servicios a cargo exclusivo de un administrador cuya gestión poco correcta puede tener repercusiones extraordinarias en los supuestos de responsabilidad ilimitada. Son inversores que realmente desconocen su condición de empresarios, oculta por el cristal de la propiedad.

Todo ello encaja con dificultades en la sistemática romanista. Precisa una nueva osamenta para estos institutos perfectamente encuadrables en el mundo jurídico anglosajón, que no se distingue precisamente por su organicidad y dogmatismo. Son institutos anómalos, que exigen no una, sino varias figuras adecuadas para regularlas. Jamás hay que olvidar que no hay multipropiedad, sino multipropiedades. Cierta que falta experiencia, que el camino se hace al andar, y por ello todas las soluciones ya promulgadas o en estudio deben considerarse de índole provisional, que la experiencia obligará a rectificar.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

ATIAS, CHRISTIAN: *Contra la arbitrariedad. teoría*. EDERSA, Madrid, 1988. Traducción de José María de la Cuesta Sáenz.

El libro se divide en dos partes, cada una de las cuales cuenta con dos capítulos. Los capítulos se dividen, a su vez, en diversos apartados. Además, el libro, que está enriquecido con un interesante prólogo del Profesor DE LOS MOZOS, junto con una nota del traductor, va precedido de una parte introductoria.

No vamos aquí a repetir el título de cada uno de los epígrafes, porque para eso está el índice, ni vamos a exponer tan siquiera el contenido de cada uno de ellos; vamos a limitarnos a seguir el hilo de la exposición, eso sí, distinguiendo lo que forma parte de cada una de las partes en que está organizada la obra.

El libro se propone conocer la realidad del Derecho a través de la actividad de los juristas. Así pretende elaborar una Teoría de las teorías jurídicas. Parte de la afirmación de que el Derecho surge como límite a la arbitrariedad, por eso el Derecho anda buscando siempre razones. La búsqueda de la razón última sería el objeto de una epistemología jurídica fundamental, pero ante la magnitud del objetivo el autor se conforma con el análisis de la actividad teórica de los juristas, es decir, de las mejores razones que a lo largo del tiempo éstos han ido formulando sin solución de continuidad. Así dirá que «el Derecho no es, deviene», con lo que el intento se reduce a un estudio de «epistemología jurídico-descriptiva».

La primera parte se destina al estudio de la teoría en sí misma y de

las teorías en el Derecho, partiendo de que la palabra teoría significa búsqueda de la verdad. Comienza señalando los diversos sentidos de la palabra teoría, incluso peyorativos; la define, la distingue de falsos compañeros y clasifica las diversas teorías según su origen, sus efectos, los medios, el objeto, terminando por recordar algunos de los grandes teóricos franceses. En el segundo capítulo de esta segunda parte describe, por así decirlo, el *iter* que recorre la actividad del jurista desde el momento en que se decide a estudiar (ΤΗΘΕΩΡΕΟ) hasta que alumbra por fin una teoría (Eureka). Así se estudian los diversos motivos por los que el jurista busca una nueva respuesta a un fenómeno y pone de manifiesto que no es siempre la realidad, como muchos creen, la que interpela al teórico, sino que el mismo cambio en el modo de ver de los hechos o en la manera de valorar las teorías puede ser el comienzo de un esfuerzo teórico. Luego se pregunta por el origen de las diversas teorías y nos dice que normalmente éstas surgen de la modificación de las hipótesis, o de una especie de retorno a las fuentes, o sobre los escombros de teorías criticadas y rechazadas. Termina, por último, por poner de manifiesto que las condiciones o condicionamientos del descubrimiento teórico pueden ser de lo más variado, y recuerda cómo KELSEN, «cuyo exilio impuesto por un sistema dado de normas..., no veía después de la segunda guerra mundial ninguna razón para atenuar sus conclusiones, que le hacían asimilar el mejor y el peor de los regímenes jurídicos».

La segunda parte del libro, más interesante que la primera, diríamos que el interés del libro va *in crescendo*, se inicia con una introducción en la que partiendo de la existencia de diversas teorías, a cuyo estudio se ha consagrado la primera parte, se pregunta por la forma en que las diversas teorías se organizan: ¿Por qué triunfan unas y otras no? ¿Por qué esta teoría se adapta mejor al Derecho positivo o aquélla da la solución más justa? La respuesta a estas preguntas origina lo que el autor llama hipótesis de epistemología fundamental. Porque los teóricos no pueden predecir el significado que se dé a su teoría podemos decir que existe un orden social espontáneo, cuyas normas son inevitables e imperfectas, y dentro de este orden puede afirmarse la existencia de un suborden sabio tradicional que opera la selección y la sedimentación de las diversas teorías. De esta convivencia entre las diversas teorías, de ese roce, surgirá la verdad y la justicia. Toda teoría puede transformarse en Derecho.

Pues bien, la primera parte del capítulo II trata de la selección de las diversas teorías. ¿Por qué se seleccionan las teorías? Señala el autor dos requisitos que debe tener toda teoría: tener en cuenta la realidad y tener cierta coherencia, lo que es garantía de estabilidad. Pasa después a analizar las relaciones entre teoría y fuentes del Derecho, para decir que la teoría está por encima de las fuentes formales. Luego examina las condiciones para el éxito de una teoría y lo relaciona con el modo de enfocar la cuestión, con el modo de presentarse la teoría o estética teórica, para terminar hablando de un supuesto conservadurismo del orden sabio tradicional, que no es más que manifestación de la continuidad histórica de la realidad del Derecho. Por último, acaba por señalar cómo se produce una selección natural, de modo que «los sucesos en la vida de las teorías son resultado de las acciones de los hombres, pero no de sus designios»; ahora bien, el progreso científico se opera no tanto por la selección de las diversas teorías, como por la elección del significado de las diversas teorías, es decir, «procede menos de una selección radical que de la sedi-

mentación de las teorías», con lo que se da paso a la última parte de la obra, que es la segunda de este capítulo II.

En esta última parte, el autor señala cómo de la misma manera que cada palabra posee distintos significados, cada teoría puede tener diversos sentidos que se van superponiendo unos sobre otros, de modo que formulada una teoría resulta imprevisible averiguar su sentido. Ninguna teoría desaparece sin dejar rastro, «toda propuesta es hija o madre de otras concepciones que la confortan y que por ella son confortadas». Lo que importa para comprender el Derecho «es la cadena de comunicación efectiva» entre todas las posibles aportaciones. A esto lo llama sedimentación elemental.

Junto a la sedimentación elemental está la sedimentación compleja, la que se produce entre teorías, hasta el punto que caben teorías distintas revestidas de las mismas expresiones. Pero esta sedimentación, que se da en el conjunto, en las relaciones de unas teorías con otras, es fundamental porque aparece como indicio de la naturaleza del Derecho y su teoría. Se caracteriza porque, en primer lugar, es general e inevitable; en segundo lugar, la toma en consideración de la complejidad sedimentaria de las teorías ilumina las evoluciones comprobadas, las parciales reapariciones; por último, es así porque la realidad del Derecho es de una particular complejidad. Es a través de ella, de ese frotar unas teorías con otras, de asociarlas y fundirlas para extraer su contenido de verdad y justicia, como se logra poner límite a la arbitrariedad.

Termina esta última parte con un apartado a modo de epílogo en que se afirma que la sedimentación no es fenómeno semántico, sino cognoscitivo. El Derecho es un saber diferente, el saber jurídico no existe sino en la historia y mediante la historia; es por lo que el conocimiento del Derecho no puede ser sino plenamente histórico.

La exposición se halla ilustrada con ejemplos de teorías concretas de la ciencia jurídica francesa, tomadas tanto del ámbito del Derecho privado como del público, administrativo o penal, fundamentalmente.

Finalmente, diremos que al lenguaje apasionado, diríamos a veces poético, utilizado por el autor, se añade la magistral traducción de José MARÍA DE LA CUESTA, que ha sabido encontrar el mejor sentido, «depositado en el corazón de cada palabra», para, huyendo de la literalidad y la rigidez, dar una nueva, espontánea, rica y expresiva forma al texto original, haciendo de la lectura de este importante libro una grata obligación. Nuestra enhorabuena al traductor.

JUAN IGNACIO DE LOS MOZOS TOUYA
Registrador de la Propiedad

DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *Derecho Civil. Método. sistemas y categorías jurídicas*. Editorial Cívitas, Madrid, 1988. Un tomo de 411 págs.

Acabo de oír al Profesor JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid, una conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y puedo decirles que su disertación fue de una densidad tal, dado el cúmulo de doctrina, datos y citas,

que llenó por completo la materia desarrollada: «Los bienes en el Código Civil». Estuvo casi hora y media, y eso que nos advirtió que por razón del tiempo no podía exponer su trabajo entero; habrá que esperar a que lo publique la «Docta Casa» para tener una visión aún más completa, por muy difícil que esto parezca.

Es una anécdota aislada, una más, que ayuda a calibrar la altura científica del Profesor DE LOS MOZOS, que ahora no necesitamos descubrir. Civilista consumado, varias Universidades han recibido sus lecciones y sus obras son tan numerosas como conocidas por doquier. Y en su faceta de agrarista trabaja sin cesar con sus libros y publicaciones, como director de la *Revista de Derecho Agrario*, y en la Junta Directiva de la Asociación Española de Derecho Agrario, donde realiza una gran labor.

Su firma ha honrado varias veces a esta REVISTA y esperamos que siga haciéndolo en alguna ocasión más, según él mismo me prometió el día de su conferencia; lo celebramos. No en balde el nombre de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS es garantía de estudio concienzudo y por ello le solicitan trabajos desde las más prestigiosas publicaciones.

En este libro se recogen catorce estudios sobre Derecho civil, que el autor ha venido publicando en diversos medios a lo largo de unos quince años y que, aunque pudieran parecer temas dispersos a primera vista, se encuadran entre sí en una indudable relación.

Como nos dice el propio autor en la presentación, aunque el planteamiento, el desarrollo y los objetivos de los trabajos ahora unidos puedan considerarse distintos, lo cierto es que entre ellos fluye cierta continuidad metodológica. Cuando se habla de métodos, se tiene presente que todo ello se traduce en la organización institucional o sistemática de unos conceptos que son la expresión teórica de la experiencia jurídica; con razón dice que los fragmentos de una tarea científica son siempre partes de un todo.

Vemos que en el primer tramo del subtítulo de este libro se refiere al método del Derecho civil. A ello responde el trabajo del capítulo I, publicado en la *Revista de Derecho Privado* bajo el título «Metodología o epistemología jurídicas: reflexiones en la encrucijada». Aquí aborda el autor la cuestión del Derecho natural y las reflexiones que suscita: en primer lugar, todo jurista sabe que el Derecho se halla sustentado sobre una «ética social de deberes»; la segunda reflexión se fundamenta en los intentos de superación del positivismo, se viene a dar la razón a la idea de los que piensan que el Derecho natural denota la presencia constante de unos principios que inspiran las regulaciones concretas; finalmente, pasado el entusiasmo por la codificación y el positivismo, se trata de corregir el sistema del Derecho codificado o legalista, para volver los ojos al sistema del Derecho jurisprudencial. Ello hace que se note una consideración general en favor de una epistemología jurídica, como se muestra en las escuelas de la exégesis y la histórica del Derecho, que constituyen dos ejemplos eminentes a juicio del autor.

«Ideología y Derecho» es el título con que JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS contribuye al homenaje a VALLET DE GOYTISOLO, diciendo de entrada que siempre ha existido una relación evidente entre política y Derecho, consistiendo el problema en saber qué sentido y qué valor debe tener tal relación. Estudia a este respecto el papel que desempeña la soberanía del pueblo en el juego de las ideologías y pone de manifiesto casos concretos en que el Derecho civil se ve invadido por la ideología, dando lugar a ver-

daderas deformaciones de los *iura privata* en nombre de algo tan evanescente y utópico como es la llamada «justicia social».

En el *Anuario de Derecho Civil*, no podría ser en otro sitio mejor, nuestro autor publicó un trabajo sobre «Aproximación metodológica a la obra de FEDERICO DE CASTRO», que ahora se recoge en el capítulo III de este libro. Para quienes fuimos alumnos del Profesor DE CASTRO, toda evocación del maestro nos llena de añoranzas de nuestros tiempos juveniles. Por eso hemos leído con gran interés este estudio sobre el significado de su obra y lo que supuso en el panorama científico español. El trabajo de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS se lija, además, en el análisis de algunas de las ideas fundamentales del pensar jurídico de don FEDERICO, especialmente la tesis superadora del positivismo en el concepto del Derecho, la trascendencia en el plano jurídico de la unidad del orden moral y su aspiración hacia un Derecho civil de España; DE CASTRO no era un antiforalista visceral, como algunos creen, pero sí opuesto a capillitas o pujos injustificados de singularidad. Quienes vivimos sus clases en el caserón de San Bernardo, que daba personalmente y sin faltar un solo día, recordamos con gran afecto sus doctrinas y su personalidad inigualable.

El tema genérico de la codificación lo trata el autor en los capítulos IV a VI. En el IV, titulado «Iusnaturalismo y pandectismo en las grandes codificaciones modernas», pasa revista a las codificaciones de la Ilustración en Prusia, Austria, Francia, Suiza e Italia y recuerda la oposición al tema de la escuela histórica, contemplando a la vez el papel del pandectismo en la formación del B. G. B. En el capítulo V expone cómo se desarrolló la codificación en Iberoamérica, resaltando especialmente en el capítulo VI la influencia hispánica del Código Civil chileno, llevada de la mano de ANDRÉS BELLO, cuya figura enaltece.

El capítulo VII se titula «Notas para una metodología de los Derechos forales», y en él se plantea el autor este espinoso tema y trata de encontrar el verdadero origen de la diversidad legislativa de España en comparación con las de otras naciones europeas. Los Derechos forales, según DE LOS MOZOS, son un hecho social evidente; ahí están y hay que darles el trato debido: ni antiforalismo a ultranza ni pasión por el singularismo localista. La nueva Constitución deja a salvo, en el artículo 149, 8.º, «la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles forales o especiales allí donde existan», y ya ha habido muestras de normas autonómicas promulgadas sobre este tema. El autor termina el capítulo diciendo que el desarrollo de los Derechos forales debería llevar primero un estudio comparativo, por instituciones, como medida previa; no se puede buscar en el paisaje ni en los cromosomas de la gente la explicación de un Derecho foral; el Derecho es un fenómeno de cultura, de civilización y de convivencia, por encima de cualquier frontera o de cualquier pintoresquismo local o regional.

Tras hacer un estudio del sistema del *Common Law* como prototipo del Derecho jurisprudencial, en el cual no podemos detenernos porque esto se alargaría demasiado, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS entra, a partir del capítulo IX, en el estudio de diversas instituciones del Derecho español. Empieza por la buena fe en el título preliminar del Código Civil, según la nueva redacción de su artículo 7, 1.º; estudia el contenido de este precepto, y analiza la instrumentación del criterio de la buena fe que se hace en el mismo, diciendo que en realidad no ha venido a innovar nada

con respecto a la situación anterior, ya que era evidente la preexistencia del principio, aunque facilitará su aplicación.

La evolución del concepto de persona jurídica en el Derecho español, incluido ahora en el capítulo X de este libro, se publicó en 1982 en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. La noción de persona jurídica que aparece en nuestro Código, sin contar precedentes ni en el Proyecto de 1851 ni en el Code francés de tinte individualista, se debe, sin duda, según el autor, a la influencia italiana y a la de otros Códigos hispanoamericanos. Este concepto de persona jurídica o colectiva, que después hizo crisis y se deformó a causa de los abusos cometidos por sus mentores, ha originado una revisión de la doctrina, en la que destacó FEDERICO DE CASTRO, criticando la concepción formalista. El autor concluye que para reconocer la personalidad jurídica es preciso fijarse primero en la separación de su patrimonio; en segundo lugar, en la eficacia jurídica de ese reconocimiento, y, por último, en el valor intrínseco de la persona, sin fijarse tanto en las simples formalidades.

El derecho de asociación y toda la regulación española sobre asociaciones se estudian ampliamente en el capítulo X del libro. Se trata de un tratamiento sistemático completo de la normativa aplicable, posturas sobre el reconocimiento del derecho de asociación, con sus limitaciones y prohibiciones. Analiza el autor la naturaleza del acto constitutivo, con sus elementos personales y formales, así como la debida publicidad; en el régimen interno se contempla la situación jurídica de los asociados y los órganos decisorios y de representación; igualmente, se contemplan la capacidad jurídica y las normas de extinción.

El concepto de la obligación fue uno de los primeros que aprendimos en latín, cuando en el Derecho romano se nos decía aquello de *obligatio est iuris vinculum quod necessitate adstringimus, alicuius solvende. . vel dandum, vel faciendum, vel prestandum*, y que se traduce en nuestro Código en el artículo 1.088, según el cual toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS hace una meritoria aportación doctrinal a este concepto estudiando, en el trabajo que se inserta en el capítulo XII, su noción preliminar y ahondando en los diversos intentos de distinguir los derechos personales de los reales. Igualmente, se detiene en cuál sea el objeto de la obligación y recoge las teorías del *debitum* y la responsabilidad, así como las que configuran la obligación con un contenido exclusivamente patrimonial, para retornar a la clásica de que el objeto de la obligación es más bien el acto del deudor, aunque éste, naturalmente, haya de tener una evaluación que se refleje en el patrimonio.

Las dificultades para encuadrar la naturaleza jurídica de la donación merecen la atención del autor en el capítulo XIII. Se empieza exponiendo la evolución de esta figura en el Derecho romano, según el cual la donación tanto era «causa» como *negotium*, para pasar al Derecho intermedio, en el que se emplearon los términos de donación traditoria y donación obligatoria. Sabido es que el artículo 609 de nuestro Código la configura como título de adquisición del dominio, y en los artículos 618 y siguientes la donación aparece como contrato traslativo; el autor señala que esa configuración se refiere tan sólo a las *inter vivos*, aunque esto no excluye la subsistencia de donaciones *mortis causa* (art. 620).

En el capítulo XIV, al estudiar el dolo civil y el procesal, resalta el desfase entre el Derecho procesal, que no ha cambiado apenas después

de un siglo, y el Derecho sustantivo, que ha sufrido transformaciones muy profundas. Este desfase, dice el autor, que se muestra en numerosos aspectos de la vida jurídica, no deja de restar coherencia a la relación entre el orden sustantivo y el procesal, como si éste no fuera prolongación de aquél, sobre todo por lo que atañe al proceso civil; como si todo el orden jurídico, en la formulación del Estado de Derecho, no implicara un desarrollo paralelo de los poderes de los particulares y de los poderes del ordenamiento. Con esta entrada estudia el dolo comparándolo con el fraude procesal y figuras afines, y cree que el remedio a ese desfase apuntado puede encontrarse en la utilización de la llamada *exceptio doli generalis*.

Terminando el resumen y como compendio del libro, diremos que, efectivamente, éste da sensación de unidad y, sobre todo, denota el dominio total del autor, el cual nos proporciona un asombroso cúmulo de doctrina civilista en cuantos puntos toca. JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, al volver a difundir sus trabajos antes publicados, consigue su desca de servir de modo efectivo a la mejor comprensión de las cuestiones tratadas, algunas de las cuales se plantean ahora vivamente en el ámbito del Derecho civil. Por ello hemos de decirle que, a nuestro entender, su empeño ha merecido la pena. Ya lo creo que sí.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1111

REVISTA DE REVISTAS

o

REVISTA GENERAL DE DERECHO
Núm. 531 (Diciembre 1988)

- Proceso penal y realidad en la imputación de la responsabilidad, penal. La vida y el laboratorio del Derecho*, por ALESSANDRO BARATTA, pág. 6655.
- Equidad jurídico-positiva: análisis teórico y metateórico*, por JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, pág. 6675.
- La jerarquía normativa y el Reglamento del Registro Civil. La interpretación correctora del Reglamento de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, por LUIS FRANCISCO DE JORGE MESAS, pág. 6689.
- El Estado, condenado por el Tribunal Supremo por mal funcionamiento de la prisión de Carabanchel*, por MANUEL PEDRO BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, página 6697.
- El derecho de asociación política*, por ANA MARÍA JUAN LOZANO, pág. 6709.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO
(Enero 1989)

- Vigencia del retracto de coligantes*, por TOMÁS MUÑOZ ROJAS, págs. 3 a 11.
- La ciencia canónica matrimonial y la ciencia psiquiátrica*, por FELICIANO GIL DE LAS HERAS, págs. 12 a 23.

BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Núm. 6 (Noviembre-Diciembre 1988)

- El «iter» del proceso constitucional de 1977-1978*, por EMILIO ATTARD, pág. 7.
- Diez años de Constitución: Democracia perfectible y Estado mal vertebrado*, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 15.
- La Administración pública después de la Constitución*, por FERNANDO GARRIDO FALLA, pág. 35.
- La inercia de la Administración: La tardanza de los procedimientos y la tardanza del proceso*, por JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ y JAVIER COBOS HERRERO, pág. 45.
- El principio de la buena fe en el proceso administrativo después de la Constitución*, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, pág. 71.
- La Administración local después de la Constitución*, por MANUEL ARIAS SENOSEAIN, pág. 77.

El poder judicial después de la Constitución, por NICOLÁS GONZÁLEZ DE-LEITO, pág. 85.

La justicia constitucional después de la Constitución, por MANUEL JAÉN VALLEJO, pág. 91.

El desarrollo legislativo de la norma constitucional, por JOSÉ LEANDRO MARTÍNEZ CARDÓS, pág. 101.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 110 (Octubre-Noviembre-Diciembre 1988)

Economía, desarrollo, ecología y ordenación del territorio, por RAMÓN MARTÍN MATEO, pág. 13.

Legislación urbanística de las Comunidades Autónomas y el Derecho de propiedad, por MARTÍN BASSOLS COMA, pág. 23.

Contribución Territorial Urbana, por JOSEP ROCA CLADERA y CARLOS PÉREZ LAMAS, pág. 57.

La organización institucional del planeamiento urbanístico en España: Problemas y dificultades, por ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ, pág. 83.

La legitimación de las obras públicas del Estado en el suelo no urbanizable, por ANGEL ORTEGA GARCÍA, pág. 97.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núms. 185-186 (Julio-Diciembre 1987)

Las obligaciones convertibles en acciones ante la reforma del Derecho de sociedades, por JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, página 263.

El derecho de información en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, por JOSÉ ALEJO RUEDA MARTÍNEZ, pág. 303.

La seriedad de las llamadas cartas de patrocinio, por FERNANDO DE VALENZUELA GARACH, pág. 347.

Legitimación para el ejercicio de las acciones de reintegración de la masa. Contratos realizados por los órganos de la suspensión de pagos en la quiebra posterior (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1988), por AURORA MARTÍNEZ FLÓREZ, pág. 431.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 1 de 1989

Derecho de familia y Derecho catalán, por LUIS PUIG FERRIOL, pág. 9.

La Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987. Estudio crítico (2.ª parte), por ADRIÁN GUAL DE SOJO, pág. 37.

El Tribunal Supremo de Baviera en la organización jurisdiccional de la República Federal de Alemania, por TERESA ARMENTA DEU, pág. 63.

- La nueva regulación de la jurisdicción militar*, por MIGUEL FORASTER SERRA, página 71.
Las litis-expensas, por JORGE CARRERAS DEL RINCÓN, pág. 105.

NOTICIAS C.E.E.

Núm. 48 (Enero 1989)

- La presidencia española de las Comunidades Europeas: consecuencias para España desde el punto de vista institucional. Perspectivas en relación con la consecución del mercado interior*, por LUIS BUENO SIDRE y JOSÉ MARÍA MURIEL PALOMINO, pág. 11.
El nuevo régimen de las competencias ejecutivas de la Comisión de las Comunidades Europeas (la decisión del Consejo de 13 de julio de 1987), por LUIS MARÍA DÍEZ PICAZO, pág. 31.
El proyecto de Reglamento de exención por categorías de los contratos de franquicia, por LUIS DE CARLOS BELTRÁN, pág. 41.
La aplicación del Derecho comunitario de la competencia a las empresas públicas, por RICARDO GARCÍA-VICENTE, pág. 47.
Notas sobre el procedimiento precontencioso de adaptación del monopolio de petróleos, por LUIS PASTOR RIDRUEJO, pág. 55.
Sobre la Directiva del Consejo de la CEE sobre Organismos de Inversión Colectiva en lo relativo a la política de inversión de los mismos, por ASCENSIÓN FORNIES BAIGORRI, pág. 61.
El IVA y los arrendamientos urbanos en la normativa comunitaria y en la doctrina administrativa de la Dirección General de Tributos, por JORGE ANTONIO CALVO BAILO, pág. 67.
Análisis del sector de cereales en la CEE, por JULIÁN BRIZ ESCRIBANO, página 87.
El proceso comunitario de toma de decisiones en el sector agrario, por EDUARDO DÍEZ PATIER, pág. 101.
La agencia para el aceite de oliva, por DIEGO LOZANO ROMERAL, pág. 111.

Núm. 49 (Febrero 1989)

- Carácter funcional del proceso de integración constituido por la CEE*, por JOSÉ A. GIRÓN LARRUCEA, pág. 9.
La presidencia española de las Comunidades Europeas: Consecuencias para España desde el punto de vista institucional; perspectivas en relación con la consecución del mercado interior, por MARÍA TERESA BAREA MATEO, pág. 41.
La representación de la Sociedad Anónima hoy y la reforma del Derecho español en la materia, por VÍCTOR M. GARRIDO DE PALMA, pág. 55.
Los incentivos regionales en el marco de la libre competencia, por JOSÉ DÍEZ CLAVERO, pág. 67.
Las organizaciones comunes de mercado en los productos animales, por MANUEL LÓPEZ BLANCO y TOMÁS GARCÍA AZCÁRATE, pág. 77.
Las cotizaciones sobre la producción de azúcar e isoglucosa: La gestión

- por las autoridades españolas de una fuente de financiación comunitaria*, por MARÍA DOLORES LÓPEZ GÓMEZ, pág. 85.
- La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976*, por FEDERICO DURÁN LÓPEZ, pág. 93.
- Notas sobre el concepto de acción positiva para la plena integración de la mujer en el mercado de trabajo y su desarrollo en el Derecho comunitario europeo*, por RAMÓN GIRBAU PEDRAGOSA y ANA PINA SÁNCHEZ, página 109.

