

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXV ○ Enero-Febrero 1989 ○ Núm. 590

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 Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de Adopción», por IGNACIO DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO	9
«La transformación de sociedades anónimas», por ANGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO	39
«Sistemas registrales inmobiliarios en la República de Irlanda. Comparación con el Derecho inglés», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO.	63

DICTAMENES Y NOTAS:

«Competencias implícitas de las Comunidades Europeas: Génesis jurisprudencial», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE	107
--	-----

ACTUALIDAD JURIDICA:

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	117
--	-----

IURISPRUDENCIA:

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	133
II. Resoluciones de la Dirección General, por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS, EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA y ENRIQUE COLOMER SANCHE	141
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	191
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	210
2. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	217

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«Correspondencia 1933-1940», de WALTER BENJAMIN, por JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ	225
«Conceptos urbanísticos fundamentales sobre el suelo urbano en la jurisprudencia», de LUIS LAYANA LÁZARO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	234
«Derecho inmobiliario registral», de CARMEN MORENO-LUQUE CASARIEGO y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	236
«Manual de práctica forense», de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	239
REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	245

ESTUDIOS

Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de Adopción

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. NATURALEZA JURIDICA: NEGOCIO JURIDICO FAMILIAR.—III. CONSENTIMIENTO Y ASENTIMIENTO PARA ADOPTAR: 1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA TRAS LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. 2. CONCEPTOS: DIFERENCIAS. 3. ELEMENTOS PERSONALES: 3.1. *Personas que habrán de consentir la adopción*: 3.1.1. Adoptante o adoptantes. 3.1.2. Adoptando mayor de doce años. 3.2. *Personas que deberán asentir a la adopción*: 3.2.1. El cónyuge del adoptante. 3.2.2. Los padres del adoptando: 3.2.2.1. Asentimiento. 3.2.2.2. Excepciones. 3.2.2.3. Supuesto especial de asentimiento materno. 3.3. *Referencia a las personas que deberán ser simplemente oídas*. 4. FORMA: 4.1. *Consentimiento*. 4.2. *Asentimiento*. 4.3. *Audiencia*. 5. EFECTOS.

I. INTRODUCCION

El objeto principal del presente trabajo consiste en analizar los términos «consentir» y «asentir» del nuevo artículo 177 del Código Civil.

La reciente Ley de 11 de noviembre de 1987, sobre modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, ha dado una nueva regulación al artículo 177 del Código Civil, produciéndose una variación en lo relativo al consentimiento para la adopción. Ya en la Exposición de Motivos y al tratar de la simplificación del procedimiento para la adopción, se establece que la Ley permite prescindir, si no del consentimiento básico del adoptante y adoptado, sí de otros asentimientos de las personas especialmente vinculadas con uno y otro.

La nueva legislación es el fruto del segundo proyecto de Ley sobre la materia presentada por el Gobierno socialista. La tramitación del primer proyecto decayó en la anterior legislatura (II) por la disolución anticipada de las Cámaras legislativas (precisamente el día en que iban a debatirse

en el Congreso de los Diputados las enmiendas a la totalidad, 22 de abril de 1986, el Gobierno acordó poner fin a la legislatura).

Ambos proyectos tenían el mismo criterio; quizá el segundo fuese mejor técnicamente al conocerse las enmiendas que al anterior habían formulado los diversos grupos parlamentarios. Las diferencias entre ambos fueron puramente formales, siendo la más destacada la de repartir la reforma entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con la presente reforma concluye el ciclo de modificaciones importantes en el libro I del Código Civil. Recuérdese, en este sentido, la del título IV por Ley de 7 de julio de 1981 (modificación de la regulación del matrimonio y procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio). Asimismo, las reformas de los títulos V, VI y VII (filiación, patria potestad, alimentos), como la llevada a cabo en el título III del libro IV (régimen económico matrimonial), modificaciones estas últimas consagradas por la Ley de 13 de mayo de 1981.

La última reforma producida hasta la actual, en el libro I, fue la de 24 de octubre de 1983, que modificó los títulos IX y X (tutela y consejo de familia) (1).

Finalmente, con la actual se modifica sustancialmente el capítulo V del título VII del libro I del Código, dividiendo dicho capítulo en dos secciones, dedicada la primera a la guarda y acogimiento de menores, así como a la tutela *ope legis* en favor de entes públicos, y la segunda, específicamente, a la adopción. Siendo un acierto la separación de figuras, como el acogimiento y la adopción, que aunque conexas entre sí, son fácilmente delimitables en su contenido y funciones (2). Así, la Exposición de Motivos de la Ley habla del acogimiento, como figura previa a la adopción, no imprescindible.

Para PILLADO, esta reforma está inspirada no por un criterio preferentemente jurídico, sino por un prejuicio político, que se destaca en la Exposición de Motivos al establecerse: «Que es preciso reconocer que el régimen hasta ahora vigente no ha llegado a satisfacer plenamente la función social que debe cumplir esta institución, a causa de la existencia de una serie de defectos e insuficiencias normativas que la experiencia acumulada con el paso de los años ha puesto de relieve. La falta casi absoluta de control de las actuaciones que preceden a la adopción permitía en ocasiones el odioso tráfico de niños y la inadecuada selección de los adoptantes. ...». Esta situación ha llevado al legislador a establecer un control casi total del Estado (a través de las entidades públicas, entidades

(1) LLEDÓ YAGÜE: «Comentario al proyecto de Ley de Adopción», *ADC*, 39 (1986), pág. 1193.

(2) RUIZ-RICO RUIZ: «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil*, 2 (1988), pág. 58.

privadas colaboradoras, Juez y Ministerio Fiscal) sobre todas las actuaciones que anteceden a la adopción, a fin de remediar aquellos efectos (3).

No obstante, el criterio que ha inspirado esta reforma basa la adopción en dos principios fundamentales:

1.º La configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, lo que lleva consigo que en el futuro sólo cabrá la adopción de menores de edad, salvo supuestos muy excepcionales (regulándose el acogimiento familiar, como figura previa, no imprescindible).

2.º El beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución. Esta primacía del interés del menor se refleja en la necesidad de contar con su consentimiento a partir de los doce años y que deba ser oído, aun siendo menor de dicha edad, si tuviere suficiente juicio.

Así se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo al establecer que en los procesos de adopción existe la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses y preferencias del menor, como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al adoptado, todo ello en concordancia en el artículo 39 de la Constitución Española y con los principios informadores de las últimas reformas del Código Civil (4).

II. NATURALEZA JURIDICA: NEGOCIO JURIDICO FAMILIAR

Es importante fijar la naturaleza jurídica de la adopción como presupuesto previo, pues su determinación equivale a resolver el problema de su régimen jurídico.

La adopción, como cualquier suceso que acontece en el mundo real, no puede tener su origen más que en dos clases de hechos: o en un hecho de la naturaleza o en un hecho del hombre. Descartado el primero como causa eficiente, esa actuación humana que determina su nacimiento

(3) PILLADO MONTERO: «Notas sobre el proyecto de Ley de Reforma en Materia de Adopción», *RDP* (1987), págs. 446-447.

(4) Cfr STS 19 de febrero de 1988.

to podría ser indiferente o trascendente para el Derecho. En cuanto tenga trascendencia jurídica, puede tratarse de un acto o de un negocio jurídico.

Las teorías sobre la naturaleza jurídica de la adopción son variadas, si bien, en algunas de ellas, las diferencias son únicamente de matiz. Destacaré las de mayor relevancia.

La primera cuestión que se plantea es la de decidir si nos encontramos ante un acto o negocio jurídico privado [aunque con carácter general, la nueva Ley requiera para iniciar el expediente de adopción la propuesta previa de la entidad pública (5), y, por otro lado, sea necesario la aprobación judicial (6) para su constitución] o ante un acto estatal (ya sea judicial o administrativo). La doctrina que defiende esta segunda postura parte, en general, de la separación del Derecho de familia del ámbito estricto del Derecho privado; el acto de adopción plasmado en la resolución judicial es un acto del Estado, un acto o negocio jurídico de Derecho público (7). Acto principal y constitutivo es el del Estado, el decreto del Tribunal, y secundario el de los particulares, cuya manifestación de voluntad es presupuesto para la legítima formación de aquél (8).

Tras los proyectos de reforma del Código Civil español en materia de adopción (de 1986 y 1987) y la adopción de la Ley de 11 de noviembre de 1987 existen autores que ponen en duda el carácter privado de la adopción. Así, LLEDÓ YAGÜE, al comentar el proyecto de adopción remitido por el Consejo de Ministros el 21 de febrero de 1986 al Congreso de los Diputados, dice: es una preocupación constante en el proyecto la constatación de un férreo control judicial en torno a todas las actuaciones preliminares que anteceden a la adopción. Se justifica dicha actuación porque así con ello se evitará el tráfico de niños y la descontrolada selección de los adoptantes. La adopción deja de ser un negocio jurídico eminentemente privado y se institucionaliza la relación, de suerte que las propuestas de adopción van a competer casi exclusivamente a las entidades públicas y a aquellas entidades colaboradoras que hayan obtenido dicha calificación y que actuarán como instituciones de integración familiar (9).

Siguiendo el criterio de LLEDÓ, MARTÍNEZ-PIÑEIRO, basándose en el interés preferente del adoptado, entiende (al comentar el proyecto de

(5) Cfr. art. 176, 2, del Código Civil español.

(6) Cfr. art. 176, 1, del Código Civil español.

(7) Esta doctrina ha tenido un amplio desarrollo en Italia a partir del Código Civil de 1942.

(8) Cfr. DE LA VALLINA DÍAZ: «Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción», *RDP*, 53 (1969), págs. 443-444.

(9) LLEDÓ YAGÜE, *o. c.*, nota 1, pág. 1194.

Ley sobre adopción de 4 de febrero de 1987, presentado por el Gobierno) que la adopción dejará de ser un negocio entre el adoptante y los progenitores por naturaleza, intentando lograr la supresión de los intermediarios y elevando a la categoría de pieza clave a las instituciones públicas o privadas que colaboren con ellas y a las que se encomienda, de modo casi exclusivo, las propuestas de adopción (10).

Si antes de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, podía calificarse a la adopción de negocio jurídico de Derecho de familia, a partir de dicha Ley no parece ello posible, según CASTRO, ya que al manifestar que la adopción se constituye por resolución judicial y concederse amplio margen al Juez para valorar su conveniencia, a pesar de que pueda mediar el consentimiento de adoptante y adoptado, ello viene a demostrar que el eje de la adopción ha dejado de ser el consentimiento de las partes (esencial para que pueda hablarse de negocio jurídico), que se ha convertido en simple presupuesto, para pasar a serlo la decisión del Juez, que no queda vinculada por tal consentimiento. Por tanto, tras el anterior razonamiento, FRANCISCO CASTRO LUCINI entiende que la adopción ha pasado a tener la naturaleza de un negocio procesal. Esta calificación, que a primera vista pudiera parecer extraña, es para CASTRO LUCINI la que parece convenir a la actual regulación en nuestro Derecho, dado que:

- Según el artículo 176, apartado 1, «la adopción se constituye por resolución judicial».
- No existe consentimiento que establezca vínculo contractual alguno, toda vez que el del adoptado sólo se exige cuando es mayor de doce años (lo que, dadas las directrices de la Ley, constituirá el caso menos frecuente) y el asentimiento de los padres (y menos aún el del cónyuge) del adoptando carece de la necesaria virtualidad para constituir el negocio, dándose además la circunstancia del secreto y su falta de necesidad en muchos casos (art. 177 del Código Civil).
- Se concede amplio margen al arbitrio judicial, con facultades casi discrecionales, teniendo en todo caso como norte el interés del adoptado (arts. 176, ap. 1.º, y 175, ap. 2.º, del Código Civil, y 1.826 de la LEC).
- No se establece la posibilidad de pactos acerca del contenido de la adopción, como antes era permitido, por ejemplo, sobre el orden o la sustitución de apellidos (11).

(10) MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES: «Comentarios al proyecto de Ley sobre Adopción», *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 80 (1987), pág. 1316.

(11) CASTRO LUCINI: «Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción», *RCDI*, 584 (1988), págs. 159 ss.

No obstante estas posiciones, entiendo que en el régimen vigente subsiste su carácter privado, que se deriva de la voluntad de los particulares, que constituye el elemento decisivo de la adopción. Así, el preámbulo de la vigente Ley de 11 de noviembre de 1987 establece: «La Ley permite prescindir si no del consentimiento básico del adoptante y adoptado, sí de otros asentimientos de las personas especialmente vinculadas con uno y otro». Por tanto, el consentimiento del adoptante y del adoptado (adoptando) continúa siendo el elemento decisivo de la adopción (básico, según el preámbulo de la Ley), sin que la aprobación judicial convierta la adopción en un acto judicial. La aprobación judicial se limita a sancionar las declaraciones de voluntad del adoptante y adoptado, pero sin añadir nada a su contenido y sin poder modificarlo.

Sí habrá que reseñar que esa voluntad de los particulares, básica en la adopción y que determina su carácter privado, no podrá producirse sin una propuesta previa de la entidad pública (salvo las excepciones establecidas por la Ley), lo que podría servir de cierta base para considerar el carácter público de la misma (12). No obstante, una sentencia reciente del Tribunal Supremo sigue calificando a la adopción como un negocio jurídico familiar de carácter formal (13).

Sentado el carácter jurídico privado, son de destacar en relación con este aspecto las siguientes posiciones:

Para la doctrina clásica, la adopción es un contrato (14) perfeccionado por la prestación del consentimiento de las partes. Lo cual no significa que baste el consentimiento del adoptante y del adoptado para considerar perfecta la adopción, sino que la adopción no es válida sin el concurso de la voluntad manifestada personalmente, tanto del adoptado como del adoptante. El contrato es base esencial para formar la adopción (15).

El fondo de la adopción se disciplina, en lo atinente al consentimiento, por las normas generales de los contratos, aunque propiamente se trate de un contrato *sui generis*, cuyo objeto no viene constituido por valores económicos, sino por el mismo estado familiar de los contratantes (16). No faltan impugnadores a esta teoría, quienes alegan que la denominación de contrato debe reservarse para el campo jurídico económico-obligacional (17).

La adopción como negocio jurídico familiar es la posición por la que

(12) Podría hablarse de su *carácter complejo*, pues la adopción requiere diversos actos públicos y privados.

(13) STS 19 de febrero de 1988.

(14) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: «La adopción y figuras similares ante la nueva regulación», *RCDI* (1959), pág. 44.

(15) BIANCHI: *Corso di Codice Civile italiano*, VII (Torino, 1909), pág. 15.

(16) CARBONNIER: *Derecho civil*, 1-2 (Barcelona, 1961), pág. 363.

(17) Cfr. DE LA VALLINA DÍAZ, *o. c.*, nota 8, págs. 440-441.

se inclina la doctrina más reciente. El consentimiento asume en la adopción un preciso significado: se interpreta en el sentido de que la voluntad de los sujetos debe ser dirigida a la constitución de un vínculo familiar, y que el vínculo mismo deriva de tal voluntad (18). Y puesto que se requiere la concurrencia de las voluntades del adoptante y del adoptado (caso de ser mayor de doce años), y éstas, por sí solas o en unión de otros requisitos puestos en movimiento por la voluntad, van directamente encaminadas a la producción de efectos jurídicos que son aceptados por las partes, el acto resultante será un negocio jurídico, si bien de Derecho de familia, y con las peculiaridades que esta clasificación comporta (19).

La doctrina que defiende esta postura entiende que los negocios jurídicos familiares tienen unas características que los diferencian del resto de los negocios jurídicos. Para Díez-PICAZO estas características serían las siguientes:

a) Existencia de un interés público evidente en el amparo y sostenimiento de la estructura familiar, de su sentido social y de su espíritu. De ahí que la intervención de los órganos del Estado sea aquí mucho más frecuente que en el resto del Derecho privado.

b) El ingrediente ético y el orden público actúan de forma vigorosa no sólo en lo que significa de limitación para la autonomía privada, sino también dentro del propio negocio en lo que atañe a la función, a la causa y a las motivaciones del negocio (20).

Hay algún sector doctrinal que se pregunta hasta qué punto cabe aplicar el término negocio jurídico al Derecho de familia. Por una parte, podría objetarse que tales negocios jurídicos deberían entenderse de modo diverso a los restantes del Derecho privado, en cuanto en ellos faltaría especialmente la autonomía de la voluntad privada, que comprometería, en otro caso, los intereses superiores de la familia (21).

Se puede replicar, sin embargo, que hoy en día la diferencia entre negocios de Derecho privado y negocios de Derecho familiar se encuentra notablemente reducida (22).

(18) Se establece entre adoptante y adoptado un vínculo idéntico al que origina la filiación por naturaleza entre padres e hijos.

(19) DE LA VALLINA DÍAZ, o. c., nota 8, pág. 444.

(20) Díez-PICAZO: «El negocio jurídico del Derecho de familia», *RGLJ* (1962), páginas 780 s.

(21) Cfr. DE LA VALLINA DÍAZ, o. c., nota 8, págs. 445-446.

(22) Cfr. Díez-PICAZO, o. c., nota 20, pág. 778. Para quien los límites de la autonomía privada en el Derecho de familia son los mismos que en el resto del privado (Ley, moral y orden público), con la diferencia de una mayor presión en el primero.

Por otra parte, el concepto de negocio jurídico deberá ser entendido en un sentido amplio, pues de lo contrario quedaría limitado a la esfera patrimonial, lo que implicaría la imposibilidad de su aplicación a la adopción por razones obvias. En sentido amplio, lo define DE CASTRO como la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completada con otros hechos o actos. Por tanto, según lo expuesto, se puede calificar a la adopción en nuestro Derecho como un negocio jurídico familiar (23).

III. CONSENTIMIENTO Y ASENTIMIENTO PARA ADOPTAR

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA TRAS LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

En lo relativo a los consentimientos necesarios para adoptar, el Código Civil español ha ido evolucionando a lo largo de las distintas reformas llevadas a cabo en el mismo.

En 1889 se exigía expresamente el consentimiento del propio adoptando si era mayor de edad; por los menores, se exigía el de las personas llamadas a prestar el consentimiento para su matrimonio (en síntesis, el padre; en su defecto, la madre, abuelos paterno y materno y Consejo de Familia), y por los incapacitados, su tutor (art. 178).

En 1958 se introducen algunas variaciones importantes: tanto para el menor como para el incapacitado; el consentimiento lo prestan las personas llamadas a consentir su matrimonio. Si el adoptado está casado, se precisa el consentimiento de su cónyuge (art. 176, 1).

En 1970 (y el mismo criterio en 1981) se producen importantes variaciones en esta materia. Según los artículos 172, 2, de la Ley de 1970, y 173 de la Ley de 13 de mayo de 1981, «habrán de prestar su consentimiento para la adopción: A) El adoptante y su cónyuge. B) El adoptando mayor de catorce años y su cónyuge. En caso de separación legal, no será necesario el consentimiento del cónyuge del adoptando. C) El padre y la madre, conjuntamente o por separado, del adoptando menor de edad sujeto a patria potestad. D) El tutor con autorización del Consejo de Familia si la tutela estuviera constituida».

Este artículo debía ser interpretado conforme al preámbulo de la Ley de 1970, que establecía: «Son distinguibles tres grados o escalas de consentimientos. Hay un consentimiento básico, sin el cual carecería de sentido siquiera pensar en la adopción: el del adoptante y el del adop-

(23) Cfr. STS 19 de febrero de 1988.

tando mayor de catorce años. El Juez carece, como es natural, de facultades decisorias en contra del consentimiento de tales personas o ante la falta del mismo. En segundo lugar aparecen ciertas modalidades del consentimiento, como el del cónyuge si la adopción no es conjunta, el de los padres del menor de edad y el del tutor, que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del asentimiento; si bien la falta en el Código Civil de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo. En las hipótesis indicadas, si la citación del llamado a consentir o asentir no pudiera efectuarse, o practicada, no concurriera, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptando. El último grado de la escala lo ocupan las personas que simplemente habrán de ser oídas: el adoptando menor de catorce años, el padre o la madre privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad y la persona que ejerciere la guarda del adoptando. En tales casos, el Juez tiene plenas facultades para decidir no sólo si es imposible citar a dichas personas o si, citadas, no concurrieren, sino también en contra de un criterio de las mismas opuesto o desfavorable a la adopción».

El proyecto de Ley de 10 de marzo de 1986 establecía en su artículo 176: «1.º Antes de acordarse la adopción han de consentir en ella, ante el Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado si ha cumplido los doce años.

2.º También es necesario que ante el Juez o en documento auténtico presten su asentimiento el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando. No se requiere este asentimiento:

a) Si los han prestado antes y no han transcurrido seis meses cuando se presente la propuesta de adopción.

b) Cuando sufran enfermedad o deficiencia persistentes que les impidan manifestar la voluntad.

c) Tratándose del cónyuge, cuando haya separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

d) Tratándose de los padres si están privados legalmente de la patria potestad o han dado causa para ello.

3.º No se admitirá el asentimiento irrevocable de la madre del adoptando en tanto no transcurran quince días desde el parto».

Por último, el proyecto de Ley de enero de 1987 establecía en los números 1 y 2 del artículo 177 lo siguiente: «1.º Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años.

2.º Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil:

1. El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

2. Los padres del adoptando, a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causas para su privación o que el hijo se hallare emancipado.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello.

El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hallan transcurrido quince días desde el parto».

El presente artículo sería aprobado el 11 de noviembre de 1987, con la única salvedad que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hallan transcurrido «treinta días» desde el parto.

Esta es, pues, la actual regulación en nuestro Código sobre el consentimiento y asentimiento para adoptar.

2. CONCEPTOS: DIFERENCIAS

El nuevo artículo 177 distingue entre consentimiento, asentimiento y audiencia. A continuación examinaré el consentimiento para adoptar en sentido amplio, que abarca: el consentimiento propiamente dicho y el asentimiento.

Según el *Diccionario de la Lengua Española*, consentir hace referencia al acto de otorgar u obligarse (24), mientras que asentir significa admitir como cierto o conveniente lo que otro ha afirmado o propuesto antes (25). A tenor de lo expuesto, las voces «consentir» y «asentir» ofrecen en la lengua española claras diferencias.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe la distinción específica entre consentimiento y asentimiento, únicamente la Ley de 4 de julio de 1970 (26) emplea tal distinción. Efectivamente, en la Exposición de Motivos de la misma el legislador habla de: «un consentimiento básico sin el cual carecería de sentido siquiera pensar en la adopción, y de la aparición de ciertas modalidades del consentimiento, que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del asentimiento; si bien la falta en el Código Civil de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo...».

Sin embargo, en el Codice Civile italiano se habla de *assenso* en el

(24) *Diccionario de la Lengua Española*, I (Madrid, 1984), pág. 363.

(25) *Diccionario de la Lengua Española*, I (Madrid, 1984), pág. 138.

(26) Y el nuevo art. 177 del Código Civil.

artículo 297, al tratar la adopción (27), y en el 405, al hablar de la filiación. En este ordenamiento, se recoge tal distinción; en tal sentido, JANUZZI considera que consentimiento y asentimiento son dos actos estructuralmente distintos y autónomos, siendo diversos los sujetos y diversa también la función: el consentimiento va dirigido a constituir el vínculo, y el asentimiento cumple la finalidad de aprobar y hacer legítima y operante la manifestación de voluntad expresa de un sujeto capaz y legitimado para realizar el acto (28). Por tanto, en el Derecho italiano, la voz «asentimiento», en materia jurídica, implica la aprobación que una persona debe dar a un determinado acto.

En los grandes «tratados» de Derecho civil patrio y en los distintos «manuales» cabe observar (29) que el término asentimiento no aparece por ninguna parte, ni como acto, ni como declaración de voluntad, ni como negocio. Lo mismo pasa si se consultan obras extranjeras, con la salvedad de alguna de las italianas (30).

Dentro de nuestra doctrina, ARCE entiende que el consentimiento es emitido por un sujeto-parte que reflexivamente se obliga; el asentimiento, sin embargo, es prestado por persona ajena a la relación obligacional propiamente dicha; es algo externo que se sobreañade a la manifestación de voluntad que causa el acto, complementando o dando fuerza operativa a aquélla. Aun en el supuesto de que el consentimiento sea dado por representante legal, éste no interviene como tercero, sino en nombre y por cuenta del representado (31).

Para FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, el consentimiento merece la consideración de requisito esencial del negocio jurídico adoptcional, por aplicación analógica del artículo 1.261, número 1.º, del Código Civil, habida cuenta de que el antiguo artículo 173 del mismo cuerpo legal (32) no autorizaba al Juez para prescindir del consentimiento, a diferencia de lo que acontecía con el asentimiento (33).

(27) Art. 297 del Codice Civile italiano: «Per l'adozione é necessario l'assenso dei genitori dell'adottando e l'assenso del coniuge dell'adotante e dell'adottando...».

(28) JANUZZI, citado por ARCE y FLÓREZ-VALDÉS: «En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970», *RGLJ* (1970), pág. 618.

(29) Cfr. CERDÁ GIMENO: «Notas de urgencia acerca del nuevo proyecto de Ley de Reforma de la Adopción», *RCDI*, 580 (1987), pág. 733.

(30) BETTI: *Teoría general del negocio jurídico* (Madrid, 1959), págs. 455 ss.

(31) ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, o. c., nota 28, pág. 618.

(32) Ni el actual art. 177 del Código Civil.

(33) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: «La adopción», *ADC* (1970), pág. 725. Esta posición también fue sustentada por MANRESA y NAVARRO en *Comentarios al Código Civil español*, II (Madrid, 1957), pág. 127. Tras la nueva regulación de la adopción de noviembre de 1987, hay autores que han entendido que este consentimiento no basta para calificar a la adopción del negocio jurídico familiar, toda vez que, a pesar de existir, el Juez puede denegar la adopción en interés del propio adoptando y, además, no determina los efectos de la adopción, ni siquiera en una mínima

MARTÍN-GRANIZO entiende por asentimiento aquella declaración unilateral, recepticia o no de la voluntad, encaminada a facilitar la realización o producir la validez de un negocio jurídico, de cualquier clase que sea y celebrado por otra persona (34).

El asentimiento presupone la existencia de un negocio jurídico ajeno, al consistir aquél en una declaración de voluntad de conformidad con dicho negocio. De ahí la importancia de lo planteado en el epígrafe 2.º de este trabajo, donde se determina que la naturaleza jurídica de la adopción es la de un auténtico negocio jurídico familiar. Si no se considerase así, la distinción que el legislador establece en el actual artículo 177 del Código Civil entre consentimiento y asentimiento carecería de sentido y, por tanto, ambos términos tendrían el mismo significado.

Por otra parte, hay que indicar que el asentimiento puede revestir dos formas o manifestaciones (35): la previa y la subsiguiente. El primer supuesto, se puede denominar «asentimiento previo», y el segundo, «ratificación» (36).

A su vez, así como el consentimiento es la causa natural de la adopción (37) o, como apuntan LACRUZ y SANCHO, el elemento esencial constitutivo del negocio (38), el asentimiento puede considerarse como *conditio iuris* (39), en cuanto:

1.º Reúne los requisitos de futuridad e incertidumbre respecto a la adopción.

2.º Se encuentra establecida por la Ley en el artículo 177 de nuestro Código Civil.

La utilización del término asentimiento por el legislador al tratar la adopción parece obedecer —a juicio de PILLADO MONTERO— a un interés más político que jurídico: poner de relieve que en la nueva regulación de la adopción, los padres ocupan un lugar secundario frente al protagonismo de la entidad pública. Por eso sólo se les pide que asientan a un

parte. Así se expresa CASTRO LUCINI en «Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción», *RCDI*, 584 (1988), pág. 166.

(34) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *o. c.*, nota 33, pág. 723.

(35) Cfr. HEINRICH LEHMANN: *Tratado de Derecho civil*, I (Madrid, 1956), páginas 469 ss.

(36) En el supuesto concreto del art. 177 del Código Civil, nos hallamos en el primer caso.

(37) MORENO FLÓREZ: *Acto constitutivo de la adopción* (Madrid, 1985), pág. 66.

(38) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*. IV (Barcelona, 1984), pág. 696.

(39) Cfr. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *o. c.*, nota 38, pág. 696; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, V-2 (Madrid, 1985), pág. 322.

negocio jurídico en el que no tienen iniciativa alguna y ni siquiera se les permite decidir quiénes han de ser los adoptantes (40).

Del asentimiento, aunque el Código Civil no establezca su acepción, puede decirse que no es un requisito sustancial del negocio jurídico, sino complementario y prescindible en determinadas hipótesis (41).

La distinción entre consentimiento y asentimiento, aparte de lo expuesto, aparece también en la nueva Ley de Adopción en casos concretos: Las personas que consienten deberán manifestar su voluntad en presencia del Juez (42), mientras que el asentimiento habrá de formalizarse bien antes de la propuesta (de adopción), ante la correspondiente entidad, o bien en documento público: bien por comparecencia ante el Juez (43). El asentimiento no requiere manifestación ante el Juez (aunque puede darse por comparecencia ante el mismo), es decir, basta una declaración de voluntad indubitada (ante la entidad pública o privada colaboradora que inicie el expediente o en documento público) de las personas llamadas por la Ley a estos efectos para determinar su existencia. Esto significa —como afirma LLEDÓ (44)— que cabe perfectamente en estos supuestos la figura del apoderado o mandatario (45), porque el asentimiento no tiene un carácter personalísimo, a diferencia de las personas que habrán de consentir.

También destacar que mientras la no prestación del consentimiento da lugar a la invalidez del negocio adoptcional, la omisión o negativa a prestar el asentimiento no produce la ineficacia del negocio: sus efectos vendrán dispuestos por la Ley, en este caso, por el artículo 177 del Código Civil.

Por último, siguiendo a ARCE, entiendo que las personas que deben prestar el consentimiento han de tener previamente un conocimiento singular de la persona o personas que intervienen en la relación adoptiva, mientras que aquéllos a quienes la Ley atribuye la prestación del asentimiento podrán manifestar su voluntad con el simple conocimiento despersonalizado por circunstancias objetivas. El fundamento de ello encuentra su razón de ser en que así como el consentimiento versa sobre la singular relación, el asentimiento se refiere, de suyo, a la legitimación

(40) PILLADO MONTERO, *o. c.*, nota 3. pág. 452.

(41) LLEDÓ YAGÜE, *o. c.*, nota 1. pág. 1207.

(42) Cfr. art. 177 del Código Civil español.

(43) Cfr. art. 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(44) LLEDÓ YAGÜE, *o. c.*, nota 1. pág. 1207.

(45) La misma característica de liberalidad del instituto jurídico de la adopción hace que la causa sea a título gratuito y, por ende, el negocio resultante lo sea *intuitu personae* (esto sólo podrá afirmarse, como es obvio, respecto de las personas que consienten y no respecto a los que asienten). Cfr. IGNACIO SERRANO SERRANO: «Consentimiento para la adopción», *Revista de la Obra de Protección de Menores*, 120 (1968), pág. 151.

de una de las partes o sujetos que por sí la crean y, consiguientemente, sólo a dicha relación en forma abstracta (46).

Pese a la clarificación que ha supuesto el que el legislador haya introducido en el Código el término asentimiento respecto a la formulación confusa del preámbulo de la Ley de 4 de julio de 1970, apartado 10 (47), hay autores que no ven justificada tal distinción (pese a las enormes consecuencias jurídicas que de la misma se desprende); para PILLADO MONTERO, la distinción entre consentimiento y asentimiento no tiene razón de ser a efectos jurídicos. Aunque hay diferencias conceptuales, no se acierta a ver qué distintos efectos jurídicos se desean conseguir. El proyecto —continúa PILLADO refiriéndose al de enero de 1987— no dice qué ocurre si los llamados a ello niegan el asentimiento, pero la expresión «deberán asentir» que emplea parece indicar que en tal caso no podrá tener lugar la adopción propuesta. Sólo una diferencia se aprecia: si falta el consentimiento, no puede suplirse; en cambio, si los que deben dar el asentimiento se encuentran imposibilitados, puede prescindirse de él (48).

CERDÁ GIMENO cree que es de lamentar que el proyecto de 1987 no haya seguido ese cauce de prudencia de la Ley de 1970 (49) y proceda a introducir un término extraño a nuestro Derecho. No deja de ser un contrasentido para CERDÁ que, pese a no ser figura conocida en el Código Civil, se la mencione para seguidamente delinear la regulación de la figura en el artículo 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (50).

Por último, el Grupo Parlamentario Coalición Popular presentó una enmienda al proyecto de 1987 (la número 125), proponiendo un texto alternativo en el cual se excluía el término asentimiento de la Ley, la cual fue rechazada por el informe de la ponencia.

3. ELEMENTOS PERSONALES

En el negocio jurídico adoptcional determinados sujetos, con independencia de la potestad que puede o no tener sobre los participantes en el negocio jurídico de adopción, han de poner de manifiesto su voluntad

(46) ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, *o. c.*, nota 28, pág. 619.

(47) «Hay un consentimiento básico sin el cual carecería de sentido siquiera pensar en la adopción. En segundo lugar aparecen ciertas modalidades del consentimiento, que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del asentimiento, si bien la falta en el Código Civil de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo...»

(48) PILLADO MONTERO, *o. c.*, nota 3, pág. 452.

(49) Cfr., *supra*, nota 46.

(50) CERDÁ GIMENO, *o. c.*, nota 29, pág. 734.

favorable a la creación del vínculo. Ello se debe al claro matiz que presenta la adopción (51).

Estas personas son las que habrán de consentir y las que deberán asentir, a tenor del artículo 177 del Código Civil. A las personas que deben ser oídas (según el mismo artículo) no se les puede considerar que emitan un auténtico consentimiento en sentido amplio (consentimiento en sentido estricto y asentimiento), pero sí será una opinión acerca de la adopción, sin otra trascendencia que la de contribuir a formar la opinión del Juez sobre la misma.

3.1. *Personas que habrán de consentir la adopción*

Son el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años, es decir, las dos partes de la relación adoptiva. El consentimiento de tales personas, el preámbulo de la Ley de 1987 lo califica de básico (52).

El Grupo Parlamentario Agrupación P. L.-Grupo Mixto presentó una enmienda (la número 109) encaminada a incluir entre las personas que habrán de consentir la adopción a los padres del adoptando, a menos que estuviesen privados legalmente de la patria potestad o aquél se hallase emancipado.

La justificación de la enmienda se basaba en garantizar la legítima intervención de consanguíneos tan directos como los propios padres del menor en quienes concurra la patria potestad y, consiguientemente, no sólo la inmediata responsabilidad de su tutela y guarda, sino el derecho-deber legal de representación del mismo, máxime en cuestiones de difícil discernimiento, lo que le colocaría en situación de clara inferioridad.

Esta enmienda, junto con la número 159 del Grupo Parlamentario Coalición Popular (en el mismo sentido), fueron rechazadas por el informe de la ponencia.

3.1.1. *Adoptante o adoptantes.*—La necesidad de que el adoptante preste su consentimiento es algo tan elemental que en ocasiones no se encuentra exigido explícitamente por los textos legales, sin que ello dé lugar a dudas sobre la necesidad inexorable de su concurrencia (53).

El artículo 177, 1. del Código Civil, tal como ha quedado redactado por la Ley de 11 de noviembre de 1987, dice: «Habrán de consentir la adopción . el adoptante o adoptantes...».

Los problemas que pudieran surgir respecto a la prestación del con-

(51) Cfr. GAMBÓN ALIX: *La adopción* (Barcelona, 1960), pág. 157.

(52) «... La Ley permite prescindir, si no del consentimiento básico del adoptante y adoptado, sí de otros asentimientos de las personas especialmente vinculadas con uno y otro. »

(53) Así sucedía en la redacción dada al Código Civil por la Ley de 24 de abril de 1958, donde no venía recogida la necesidad de este consentimiento.

sentimiento por parte del adoptante o adoptantes los resuelve el propio Código Civil en el artículo 175, 1: «La adopción requiere que el adoptante tenga veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado».

En este caso creo que es irrelevante la edad del otro cónyuge (siempre que tenga catorce años más que el adoptando) cuando uno de ellos haya alcanzado la edad de veinticinco años:

1.º Al ser necesario que el adoptante tenga, por lo menos, catorce años más que el adoptado implica que, como mínimo, el adoptante tenga catorce años.

2.º Al estar casado (cónyuge), el matrimonio lo emancipa (54), y al no existir ninguna limitación impuesta por la Ley respecto a la capacidad de la persona emancipada para adoptar, en la adopción conjunta el cónyuge menor de veinticinco años no tendrá ninguna limitación al estar emancipado (55).

Pero en el supuesto de la disposición adicional tercera de la Ley de 11 de noviembre de 1987, la edad en la adopción conjunta sí sería relevante, al establecerse que lo relativo a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor sería también aplicable al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal. En este caso, entiendo que el otro miembro de la pareja que no tenga veinticinco años cumplidos no podrá acogerse a la emancipación por matrimonio con dispensa a partir de los catorce años, según la actual normativa de nuestro Código Civil. Aquí, al no existir en el Código una regulación específica sobre las parejas unidas de forma permanente habría de seguirse (excepto para el caso de adopción simultánea) la normativa que se aplica a las personas solteras. Y siendo una de ellas menor (56), no podrá realizarse la adopción conjunta por faltar un requisito básico para la perfección del negocio adoptivo, cual es la falta de capacidad de una de las partes (el menor).

3.1.2. *Adoptando mayor de doce años.*—La prestación del consentimiento por parte del adoptando plantea las siguientes cuestiones:

(54) Cfr. arts. 175, 314 y 48 del Código Civil español.

(55) En el antiguo art. 172 del Código Civil se requería que el adoptante se hallase en el ejercicio de todos sus derechos civiles, por lo que el otro cónyuge (uno debería tener treinta años cumplidos), menor de treinta años, en la adopción conjunta, tenía que ser mayor de edad.

(56) Sería un supuesto poco frecuente el encontrar a un menor formando una pareja estable, dado el conflicto jurídico que existiría al estar aquél sometido a patria potestad o tutela.

En primer lugar, hay que señalar que el contenido del artículo 177, 1, estableciendo que «habrá de consentir la adopción... el adoptando mayor de doce años», es una novedad legislativa introducida por la Ley de Reforma de 1987. Con anterioridad, la Ley de 1970 establecía la necesidad de prestar consentimiento los mayores de catorce años. Y antes de la Ley de 1970, el consentimiento del adoptado sólo era exigido cuando éste había llegado a la mayoría de edad. Ciertamente, como afirma MORENO FLÓREZ, era un contrasentido que si el adoptando, aunque menor de edad, tenía juicio suficiente, no se le permitiese expresar su opinión en algo que le afectaba tan directamente (57). No obstante, en países como Inglaterra no es necesario el consentimiento del adoptando (58).

El contar con el consentimiento del adoptando a partir de los doce años puede tener su fundamento, siguiendo a LORCA NAVARRETE, en la primacía del interés del menor (59), al establecer el preámbulo de la reforma de 1987 que la presente Ley pretende basar la adopción en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución. En este punto, la regulación española se puede considerar bastante avanzada; así, por ejemplo, en Alemania para la adopción es necesario el consentimiento del niño cuando éste tenga catorce años (60); la legislación italiana se expresa en el mismo sentido (61). como también lo hace la portuguesa (62). Sin embargo, hubo una enmienda (la número 30), presentada por el Grupo Parlamentario Agrupación I. U.-E. C. (Grupo Mixto), encaminada a sustituir la edad de doce años por diez para que el adoptando prestase su consentimiento. La motivación de la enmienda se basaba en el reforzamiento de la garantía del menor. La enmienda fue rechazada por el informe de la ponencia.

Esta exigencia de consentimiento del menor mayor de doce años supone una capacidad de obrar especial (63), que no precisa ser completada por su representante legal, que intervendrá por otro título (64). Sin

(57) MORENO FLÓREZ, *o. c.*, nota 37, pág. 68.

(58) Cfr. Ley de 1958, «Adoption Act», a la que han aportado algunas modificaciones o complementos las «Adoptions Act» de 1960, 1964 y 1968.

(59) LORCA NAVARRETE: «Aspectos procesales de la nueva Ley de Adopción». *La Ley*. 1.950 (1988), pág. 1.

(60) Parágr. 1.746 del BGB, reformado por la Ley sobre la Adopción de 2 de julio de 1976.

(61) Art. 7. 2. de la Ley de 4 de mayo de 1985.

(62) Art. 1.981 del Código Civil portugués, modificado por el Decreto-ley 496 de 1977.

(63) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *o. c.*, nota 38, pág. 696.

(64) El padre y la madre mediante el asentimiento y el tutor siendo oído.

embargo, ARCE (65) entiende que la capacidad atribuida a este menor tiene más bien su encuadre dentro de la llamada por la doctrina capacidad limitada, pero completable (66). De ahí que se requiera, además de su consentimiento, el asentimiento de sus padres (o, en la anterior regulación del Código, el de su tutor).

En el supuesto de que el adoptando no haya alcanzado los doce años, deberá ser simplemente oído por el Juez si tuviere suficiente juicio (67)

Otro problema que suscita el consentimiento del adoptando es que éste fuere incapaz por alguna de las causas previstas en el artículo 200 de nuestro Código Civil. En este supuesto habrá que estar a lo que establezca la sentencia de incapacitación: a) si determina que el incapacitado tiene un grado de discernimiento superior al de una persona de doce años deberá consentir su adopción; b) si la sentencia determina una capacidad inferior a la persona de doce años, el Juez que conozca de la adopción deberá interpretar la sentencia de incapacitación en el siguiente sentido:

1.º Si de la misma se desprende que el menor tiene suficiente juicio deberá ser oído (68).

2.º Caso contrario, no podrá ni prestar consentimiento ni ser oído.

3.2. *Personas que deberán asentir a la adopción*

Dentro de este apartado examinaré a aquellas personas ajenas al nacimiento del vínculo adoptivo, aunque no extrañas a sus efectos, ya que su manifestación de voluntad actúa como *conditio iuris* respecto a la eficacia del negocio jurídico adoptcional.

3.2.1. *El cónyuge del adoptante.*—El artículo 177, en el apartado 1.º de su punto 2. establece el deber de asentir a la adopción del cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

(65) ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, o. c., nota 28. págs. 624-625

(66) En este sentido, ALBALADEJO expone que la capacidad de obrar es la «aptitud que el Derecho confiere para que la persona realice actos jurídicos». Pero la capacidad de obrar «ni la tiene todo hombre ni es igual para todos los que la tienen. Puede faltar totalmente... o existir plenamente... o limitadamente». «La incapacidad de obrar, en principio, puede ser suplida por el representante legal del incapaz, quien realizará, en nombre del mismo, los actos de que se trate, produciéndose para éste los efectos del acto.» «El sujeto capaz de obrar celebra el acto por sí solo, y por el incapaz lo celebra sólo el representante legal. Pero para ciertos actos, el sujeto es parcialmente capaz, de forma que le está permitido celebrarlos a él, mas no por sí solo, sino con la intervención de otra persona que complete su capacidad insuficiente.» Cfr. ALBALADEJO GARCÍA: *Instituciones de Derecho civil*, I (Barcelona, 1960), págs. 100 ss.

(67) Cfr. art. 177, 3. del Código Civil español.

(68) Cfr. arts. 177, 3. del Código Civil, y 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El asentimiento del cónyuge del adoptante suscita, entre otras, las siguientes cuestiones:

a) La separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente excluye el deber de asentir del cónyuge del adoptante. La razón de esta exclusión puede estar en que la comunidad de vida que normalmente se da entre los cónyuges exige compartir de algún modo la decisión de adoptar tomada por uno de ellos; tal exigencia no se dará en estos supuestos de separación (69).

Es de resaltar, como lo hace LLEDÓ, la relevancia que se da a la situación fáctica cuando fuera fehaciente, coherente con la importancia que en otros supuestos el legislador atribuye a la situación de hecho: así, en materia de sucesión intestada no tendrá lugar el llamamiento a favor del cónyuge sobreviviente si éste estuviera separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente (70), y en el supuesto de conclusión de la sociedad de gananciales por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges cuando lleven separados más de un año por mutuo acuerdo (71); finalmente, el artículo 116 del Código Civil hace cesar la presunción legal de paternidad si el hijo ha nacido después de los trescientos días siguientes a la separación de hecho (72).

b) El que el cónyuge del adoptante esté incapacitado, ausente, declarado fallecido... A la vista del texto legal, en todos estos supuestos la solución es clara, a tenor de la letra del artículo 177: «No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ellos».

3.2.2. *Los padres del adoptando*.—El artículo 177, en el apartado 2.º de su punto 2, establece el deber de asentir a la adopción de los padres del adoptando, a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causa para su privación o que el hijo se hallare emancipado.

Para el estudio de este apartado distinguiré entre el asentimiento de los padres en sentido estricto, las distintas excepciones que la Ley establece respecto a aquél y el supuesto especial de asentimiento de la madre.

3.2.2.1. *Asentimiento*—Este asentimiento que los padres del adoptando deben prestar puede ser manifestado conjuntamente o por separado, en la forma que establece el artículo 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(69) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, o. c., nota 39, pág. 323.

(70) Cfr. art. 945 del Código Civil español.

(71) Cfr. art. 1.393, 3.º, del Código Civil español.

(72) LLEDÓ YAGÜE, o. c., nota 1, pág. 1208.

Puesto que este asentimiento se exige sobre la base de la patria potestad, lógico es que se extienda a todos los progenitores que la ostenten; su fundamento radica en que a través de la adopción se establece una vía excepcional de pérdida voluntaria (renuncia) de la patria potestad, y de ahí que no pueda producirse la adopción sin contar con los titulares de dicha patria potestad (73).

Es importante señalar que en las adopciones que exijan propuesta previa de la Entidad pública, conforme al artículo 176 de nuestro Código Civil, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados. Unicamente asentirán sobre el negocio jurídico adoptcional, esto se desprende del párrafo tercero del artículo 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta medida tiende a garantizar el secreto de la adopción.

Por último, destacar que la reforma de noviembre de 1987 excluye al tutor del adoptando de las personas que deben asentir la adopción para pasar a ser oído, simplemente, por el Juez. Este supuesto supone un cambio importante respecto de la legislación anterior, donde era necesario su consentimiento (asentimiento), asentimiento que tenía su fundamento (y podría tenerlo también en la actualidad) en el artículo 276, punto 3.º, del Código Civil: «la tutela se extingue por la adopción del tutelado menor de edad»; por tanto, podría tener justificación que para la misma se requiriese el asentimiento del tutor. Siguiendo esta línea, el Grupo Parlamentario Vasco presentó una enmienda (la número 21) encaminada a añadir al artículo 177, 2, entre las personas que deberán asentir a los tutores. La justificación de la enmienda se basaba en que no hay razón para discriminar o diferenciar al tutor con relación al padre. La enmienda sería rechazada por el informe de la ponencia.

3.2.2.2. *Excepciones.*—Establece la reforma del Código Civil de 11 de noviembre de 1987 los siguientes supuestos, en los que se excluye el asentimiento de los padres como *conditio iuris* del negocio:

a) *Cuando los padres estén privados legalmente de la patria potestad:* Conforme al artículo 170 del Código Civil, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Como el asentimiento de los padres se exige sobre la base de la patria potestad, lógico será que cuando éstos sean privados de la misma no se requiera el mismo, pues no van a renunciar a algo que no tienen (74).

(73) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 111-2 (Madrid, 1982), págs. 321-322.

(74) Cfr., *supra*, nota 73.

También se producirá una pérdida de la patria potestad de los padres cuando por ministerio de la Ley, la Entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores asuma la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo (75).

b) *Cuando los padres se encuentren incurso en causa para ser privados de su patria potestad*: Este supuesto parece provocar un supuesto de indefensión (76), así como una discriminación de los progenitores basada en la presunción infundada de su culpabilidad (al equiparar sus efectos a los de privación de patria potestad), en contra del principio constitucional de presunción de inocencia (77). No obstante, a los padres les cabe la posibilidad de oponerse al expediente (de jurisdicción voluntaria) de adopción convirtiéndolo en contencioso, conforme al artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la oposición se ventilará ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal, lo que no se compagina bien con el artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que parece reservar al juicio de menor cuantía tales cuestiones. Pero si no hay oposición por parte de los padres, podría decretarse la adopción sin previa resolución judicial de privación de patria potestad.

c) *Cuando el adoptando se hallare emancipado*: Únicamente será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes que el adoptando hubiere cumplido los catorce años (78). Aclarado este punto, la exclusión del asentimiento de los padres del adoptando emancipado es lógica, dado que la exigencia de prestar el asentimiento de los padres opera sobre la base de la patria potestad, es decir, tanto el asentimiento de los padres como la mera audiencia («ser oídos») de los mismos se consideran sobre la base de que el adoptando sea un menor no emancipado (79).

d) *No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello*: En este supuesto me remito a lo dicho anteriormente (80) y añado, interpretando lo establecido por el Tribunal Supremo, que la imposibilidad de prestar el asentimiento por parte de los padres del adoptando no está en contradicción con la posible extinción de la adopción, regulada en el nuevo artículo 180 del Código Civil, que establece que el Juez acordará la extinción de la adopción

(75) Cfr. art. 172 del Código Civil español.

(76) RUIZ-RICO RUIZ: «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores». *Actualidad Civil*, 2 (1988), pág. 66.

(77) CERDÁ GIMENO, o. c. nota 29, pág. 734.

(78) Cfr. art. 175, 2. del Código Civil.

(79) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, o. c., nota 73, pág. 321.

(80) Cfr., *supra*, epígr. 3.2.1, b).

a petición del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente, en los términos expresados en el artículo 177. Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor (81).

3.2.2.3. *Supuesto especial de asentimiento materno.*—El artículo 177, 2, final, establece que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.

El período de tiempo fue ampliado de quince días a treinta en virtud de una enmienda (la número 41) presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, que se justificaba en que el plazo propuesto de quince días parecía demasiado corto. Siendo conveniente alargarlo a fin de que la madre, recuperada del puerperio, esté en plena libertad y consciencia para calibrar la gravedad del acto de asentimiento a la adopción de su hijo.

A pesar de la ampliación que supuso la citada enmienda, el plazo de treinta días sigue resultando corto si se compara con la normativa del «Convenio de Estrasburgo de 1967», que en su artículo 5.º, punto 4.º, establece un tiempo mínimo de seis semanas desde el parto, dentro del cual no será válido el consentimiento. Hay que hacer notar que el citado Convenio de Estrasburgo sobre adopción no ha sido ratificado por España. La legislación alemana, siguiendo dicho Convenio, establece que el consentimiento no se concederá por parte de los padres hasta que el niño tenga ocho semanas (82).

Por último, destacar que el artículo 177, 2, final, cierra la posibilidad en nuestro Derecho de adoptar a un *nasciturus*.

3.3. *Referencia a las personas que deberán ser simplemente oídas*

Las personas que deberán ser simplemente oídas en el expediente adoptacional, no se les puede considerar que emitan un auténtico consentimiento en sentido amplio; su manifestación tiene la única finalidad de ilustrar el conocimiento del Juez y fundar su decisión (83), pero sin que la opinión de tales personas sea una declaración negocial básica ni constituya una *conditio iuris* de eficacia del negocio adoptacional (84). Por tanto, el «ser oído» no puede considerarse como un auténtico consentimiento, sino que consistirá en una opinión acerca de la adopción, sin más

(81) Cfr. STS 19 de febrero de 1988.

(82) Cfr. parágr. 1.747, 3, del BGB.

(83) Cfr., *supra*, epígr. 3.

(84) LACRUZ BERDEJO y SANCIO REBULLIDA, *o. c.*, nota 38, pág. 697.

trascendencia que la de contribuir a formar la opinión del Juez sobre la misma.

La audiencia («ser oído») está pensada para las personas sobre las que la adopción incide menos directamente (85). A pesar de no consistir la audiencia en un auténtico consentimiento, intentaré, por razones de sistemática, analizar sus distintos supuestos:

A) Habla el número 1, apartado 3.º, del artículo 177 del Código Civil del deber de ser simplemente oídos por el Juez que tienen los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción.

A primera vista podría pensarse que en este punto el legislador se está refiriendo a los supuestos siguientes:

- Que los padres se encuentren incurso en causa para su privación (86). En tal caso, los padres no han sido privados de la patria potestad al faltar la sentencia y, por otra parte, el Código no estima necesario su asentimiento.
- Otro supuesto es el que el hijo se hallare emancipado (87). Aquí podría entenderse que el padre no ha sido privado de la patria potestad, sino que ésta se ha extinguido por la emancipación, conforme al artículo 169, 2.º, de nuestro Código Civil, y que, además, el Código, al igual que en el supuesto anterior, no estima necesario su asentimiento.
- El último supuesto pensable sería que el menor adoptando estuviese en situación de desamparo, conforme al artículo 172 del Código Civil. Aquí entiendo que sí hay privación de la patria potestad de sus padres, pues al constituirse la tutela *ex lege* a favor de la Entidad pública es obvio que la patria potestad desaparecerá (88).

A pesar de lo expuesto en los dos primeros casos, creo que el artículo 177, 3, 1.º, hace referencia a los padres que debiendo prestar el consentimiento a la adopción de su hijo se encuentran imposibilitados para ello (89). Las razones son las siguientes:

a) El proyecto de Ley de 1987 de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción establecía en su artículo 177, 3, 1.º, que los padres deberán

(85) ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, o. c., nota 28, pág. 640.

(86) Cfr. art. 177, 2, 2.º, del Código Civil.

(87) Cfr., *supra*, nota 85.

(88) Cfr. art. 222, 1, del Código Civil.

(89) Cfr. art. 177, 2, 2.º, párrafo segundo.

ser simplemente oídos por el Juez cuando su asentimiento no sea, necesario para la adopción.

Tal redacción implicaba la inclusión en esta audiencia de los padres privados legalmente de la patria potestad o que se encuentren incursos en causas para su privación, o que el hijo se hallare emancipado o los que se encuentren imposibilitados para prestar el asentimiento.

b) Posteriormente, la enmienda número 42, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, propuso la siguiente redacción del artículo 177, 3, 1.º, del Código Civil: «Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción».

La enmienda, que se justificaba en razón a la especificación del supuesto, fue admitida, por lo que el vigente texto legal aparece redactado en este sentido.

c) Por tanto, si la enmienda se justifica por la especificación del supuesto creo que únicamente deberán ser oídos los padres que debiendo prestar el asentimiento (por no estar privados legalmente de la patria potestad ni encontrarse incursos en causa para su privación ni hallarse el hijo emancipado) se encuentren imposibilitados para ello (90).

Estos padres serían, a mi juicio, los incapacitados (91), siempre que la sentencia de incapacitación le reconociera un juicio suficiente, pero en cualquier caso inferior al del emancipado.

Si a los adoptantes se les requiere (como mínimo) la capacidad del emancipado para consentir la adopción (92), lo lógico es que a los padres se les exija la misma para asentir.

Y, por otra parte, si al adoptando menor de doce años se le debe oír si tiene suficiente juicio (art. 177, 3, 3.º), a los padres incapacitados también se les deberá oír si estando incapacitados para asentir tuvieran suficiente juicio.

Por último, si la imposibilidad para asentir de los padres es material, v.gr.: ausencia, lógicamente tampoco podrán ser oídos.

B) El número 2, apartado 3.º, del artículo 177 del Código Civil establece el deber de oír al tutor y, en su caso, al guardador o guardadores.

(90) Cfr. arts. 177, 2, 2.º, y 177, 3, 1.º, del Código Civil.

(91) Admitiéndose la posibilidad de que la sentencia de incapacitación mantenga la patria potestad.

Cfr. arts. 157 y 156, 4, del Código Civil.

(92) El antiguo art. 172 del Código Civil requería que el adoptante se hallase en el ejercicio de todos sus derechos civiles, lo que implicaba la necesidad de que fuera mayor de edad. Al omitir la nueva regulación esta consideración entiendo que la capacidad del adoptante será la establecida en el art. 323 del mismo cuerpo legal.

La inclusión del tutor dentro de las personas que deben ser oídas supone una novedad respecto a la Ley anterior; así, el antiguo artículo 173, letra D), de nuestro Código Civil requería para la adopción que el tutor prestase su consentimiento (asentimiento).

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente sobre este punto (93), no está nada claro el fundamento que pueda tener este cambio de criterio del legislador discriminando al tutor con relación a los padres, de modo que aquél no pueda dar su asentimiento y simplemente deba ser oído, cuando la tutela es el organismo de guarda tuitivo sustitutivo de la patria potestad. Por tanto, si «donde hay la misma razón debiera aplicarse el mismo derecho», el legislador tendría que haber resuelto el valor de la manifestación al tutor de igual forma que resuelve para los padres (94).

Por último, la alusión de la Ley al guardador o guardadores no deja lugar a dudas que por los amplios términos en que está determinado, el sujeto de la audiencia se refiere tanto al guardador de hecho como a las personas que ejerzan la guarda, establecida por el artículo 172 del Código Civil, esto es, el director de la casa o establecimiento en que el menor es internado, o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento.

C) Por último, deberá ser oído el adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio.

La exigencia de tal condición en los menores de doce años nos lleva directamente al planteamiento de una cuestión: la de quién será el encargado de valorar ese juicio.

Aunque nada dice la Ley con referencia a este punto concreto, parece evidente que será el Juez encargado de oírle, no sólo por las facultades que la Ley concede al Juez para valorar la adopción y la conveniencia de la misma para el adoptando, sino también porque el legislador en otros supuestos similares, como el del artículo 156, párrafo 2.º, de nuestro Código Civil (95), le atribuye dicha facultad.

Desde luego, el Juez deberá atender al dato real de capacidad de entender y querer del adoptando menor de doce años, y si al explorar su voluntad o llevar a cabo la audiencia estimase que no tuviere suficiente juicio, ésta será omitida y en el expediente deberá constar tan sólo la comparecencia y el juicio negativo de capacidad (96).

(93) Cfr., *supra*, epígr. 3.2.2.1, final.

(94) Así, LLEDÓ YAGÜE, *o. c.*, nota 1, pág. 1208.

(95) El art. 156, párr. 2.º, del Código Civil, establece en relación con el ejercicio de la patria potestad, que en caso de desacuerdo por ambos progenitores, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente juicio y, en todo caso, si fuere mayor de doce años ..

(96) ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, *o. c.*, nota 28, págs. 640-641.

4. FORMA

Para el estudio de este epígrafe hay que hacer como nota preliminar el siguiente comentario: tras la nueva legislación en materia de adopción de 1987 desaparece la fase notarial del procedimiento. Esta supresión tiene interés no ya en cuanto a la simplificación del procedimiento, sino por lo que a la perfección del negocio jurídico de adopción se refiere (97). Efectivamente, se mantenía una polémica, consistente en determinar si la adopción quedaba perfeccionada con el acto judicial o con la escritura pública. La Dirección General de los Registros y Notariado, preguntándose por la posibilidad de inscribir una escritura de adopción otorgada por los albaceas del adoptante, se pronuncia en el sentido de que la adopción no se perfecciona sino por el otorgamiento de la correspondiente escritura pública (98). Sin embargo, el caso en cuestión pasa a la vía judicial ordinaria y cuando llega al Tribunal Supremo éste se manifiesta en el sentido contrario: la adopción se perfecciona con el auto judicial (Sentencia de 6 de febrero de 1982).

La nueva Ley, con la desaparición de la fase notarial, elimina la polémica suscitada.

Una vez fijado el momento de perfección del negocio jurídico adoptivo, paso a examinar el cómo han de dar el consentimiento, asentimiento y audiencia las personas llamadas a prestarlo.

4.1. *Consentimiento*

Establece con claridad la Ley la forma de su prestación en el artículo 177, 1, del Código Civil, al establecer que habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

Por tanto, a diferencia de la legislación anterior, que no determinaba expresamente que el consentimiento debía de prestarse en presencia judicial (art. 173), la nueva expresa con claridad que la declaración de voluntad de las personas llamadas a consentir se hará ante el mismo, con lo cual en la emisión de dichos consentimientos queda cerrada la posibilidad de un apoderamiento o mandato, al resultar una materia indelegable sometida a la regla del *intuitu personae*.

En opinión de LLEDÓ, siguiendo a Díez-PICAZO y GULLÓN, podría argumentarse, frente a la regulación de la Ley, que no se ve razón para que pudiéndose otorgar matrimonio por poder no pueda intervenir un apoderado especialísimo. En el poder especial sería menester indicar el

(97) Cfr. SIGNES PASCUAL: «En torno al proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de adopción», *La Ley*, 1.669 (1987), pág. 1.

(98) Cfr. Resolución de la DGRN de 8 de junio de 1975.

número de expediente y de adopción, la persona del adoptado y las demás condiciones del contenido de aquélla (99).

A pesar de lo expuesto por LLEDÓ, el tenor literal del artículo 177, 1, comporta un carácter personalísimo de dichos consentimientos, que hace imposible cualquier delegación.

Problema complejo se plantea en la posibilidad de revocar el consentimiento adoptcional: si esta revocación se produce antes de la resolución judicial creo que podría admitirse, en virtud de la *ratio juris* de la institución adoptiva, a través de los principios generales del Derecho (100).

Si, por el contrario, la revocación se produce con posterioridad a la resolución judicial entiendo que no tendrá ningún tipo de validez al imputársele el carácter constitutivo de la resolución judicial.

4.2. Asentimiento

Establecen los dos primeros párrafos del artículo 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la forma de prestar esta manifestación de voluntad al decir: «El asentimiento a la adopción que hayan de prestar el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando habrá de formalizarse bien antes de la propuesta, ante la correspondiente Entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el Juez.

Si cuando se presenta la propuesta o solicitud de adopción hubieren transcurrido más de seis meses desde que se prestó el asentimiento, será necesario que éste sea renovado ante el Juez».

Como se puede observar existe por la forma de su prestación una clara diferencia entre consentimiento y asentimiento, al poder este último prestarse ante la correspondiente Entidad pública que inicie el expediente de adopción o bien en documento público, cosa que no sucede con el consentimiento que deberá prestarse siempre en presencia judicial.

Esta posibilidad de que el asentimiento no se preste ante el Juez implica, a mi juicio, que cabe perfectamente en estos supuestos la figura del apoderado o del mandatario (diferenciándose en este punto también del consentimiento), porque dichos asentimientos no son personalísimos (101). En contra de esta afirmación se pronuncia BERCOVITZ al tratar del asentimiento de los padres del adoptando, afirmando que a través de la adopción se establece una vía excepcional de renuncia a la patria potestad. De ahí que ésta no pueda producirse sin contar con los titulares de dicha patria potestad. De ahí también que para aceptar semejante renuncia deban exigirse las máximas garantías. Se trata de un

(99) LLEDÓ YAGÜE, o. c., nota 1, págs. 1206-1207.

(100) Cfr. DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, I (Madrid, 1955), páginas 379 y 473 y ss.

(101) Cfr. LLEDÓ YAGÜE, o. c., nota 1, pág. 1207.

acto personalísimo, por lo que sólo podrá ser realizado por quien tenga plena capacidad para el mismo (102).

También se plantea en este supuesto la posibilidad de revocar el asentimiento debiendo distinguir si la revocación se produce antes o después de la resolución judicial. Si se produce antes, a tenor del punto C) del artículo 1.829 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se admite su revocación, siempre que el asentimiento se hubiese formalizado ante la Entidad pública o en documento auténtico y la revocación se notifique a la Entidad antes de la propuesta al Juzgado. Caso de producirse la revocación con posterioridad a la resolución judicial, ésta es irrelevante, como es obvio, dado el carácter constitutivo de la resolución.

4.3. Audiencia

Estas personas al deber ser oídas por el Juez, según el artículo 177, 5, de nuestro Código, lógicamente, ante éste tendrán que expresar su manifestación.

La revocación de esta manifestación es intrascendente, tanto se produzca antes o después de la resolución judicial. Si se produce antes es irrelevante, dadas las facultades que el artículo 176, 1, del Código Civil otorga al Juez para resolver, teniendo en cuenta siempre el interés del adoptando. Caso de producirse la revocación con posterioridad a la resolución judicial, ésta es irrelevante, como es obvio, dado el carácter constitutivo de la resolución.

5. EFECTOS

Tanto el consentimiento como el asentimiento y la audiencia tienen un carácter preceptivo. Así se desprende de las expresiones empleadas: «Habrán de consentir...» (art. 177, 1, del Código Civil). «Deberán asentir...» (art. 177, 2, del Código Civil). «Deberán ser simplemente oídos...» (artículo 177, 3, del Código Civil) (103).

No obstante tal preceptividad, cabe hablar de un consentimiento imprescindible, toda vez que no puede omitirse ni faltar su prestación, al ser éste un requisito o elemento básico del negocio adoptacional (104); su ausencia motivará la inexistencia del mismo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.261 del Código Civil.

(102) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *o. c.*, nota 73, pág. 322.

(103) ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, *o. c.*, nota 28, pág. 653.

(104) Así resulta del preámbulo de la Ley de 11 de noviembre de 1987, cuando con referencia al mismo nos dice: «... la Ley permite prescindir, si no del *consentimiento básico* del adoptante y adoptado, sí de otros asentimientos de las personas especialmente vinculadas con uno y otro.

Pero la cuestión más relevante reside en la vinculación que para el Juez supone la manifestación positiva o negativa de voluntad. Resulta indudable, según lo expuesto, que el consentimiento negativo de cualquiera de las personas que habrán de prestarlo vincula la decisión del Juez, de tal manera que carece de facultades decisorias en contra del consentimiento de tales personas.

El asentimiento —a diferencia del consentimiento— podrá ser omitido cuando las personas que deben prestarlo estén incurso en los supuestos establecidos por la Ley (105). Este caso produce lo que FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO denomina ineficacia condicionada del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del Juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia, imponiéndolo como única limitación tener en cuenta siempre el interés del adoptando (106). En cuanto a estas personas (llamadas a asentir) parece claro que, a diferencia de las que han de consentir, no resulta imprescindible su manifestación de voluntad por cuanto la Ley permite en determinados supuestos su ausencia (107). Pero si no están incurso en estos supuestos y disienten de la adopción en tramitación, el Juez no podrá aprobarla (108); pero si la postura de estas personas es reticente y ambigua, sin concretarse en un sí o un no, en tales supuestos entiendo que sí podrá el Juez salvar este obstáculo (109); esta afirmación podría tener punto de apoyo en el preámbulo de la Ley vigente (110).

Como último caso, cuando las personas que deban ser oídas se pronuncien negativamente a la adopción, no se producirá, como se desprende de la Ley, ningún efecto vinculante para el Juez.

IGNACIO DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO
Doctor en Derecho

(105) Cfr. art. 177, 2.º, del Código Civil.

(106) Cfr. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *o. c.*, nota 35, pág. 655.

(107) Cfr. art. 177, 2.º, del Código Civil.

(108) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *o. c.*, nota 38, pág. 697.

(109) Así, CASTÁN TOBEÑAS, *o. c.*, nota 39, pág. 325.

(110) Cfr., *supra*, nota 103.

La transformación de sociedades anónimas (*)

SUMARIO. I. INTRODUCCION: 1. LA REFORMA DEL CAPÍTULO VIII DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. 2. TRANSFORMACIÓN VOLUNTARIA Y TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA O POR IMPERATIVO LEGAL.—II. LA TRANSFORMACION VOLUNTARIA: 1. CONSIDERACIÓN GENERAL. 2. LA TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD NO ANÓNIMA EN SOCIEDAD ANÓNIMA: 2.1. *La adaptación del artículo 140 LSA.* 2.2. *Fundación retardada y transformación.* 3. LA TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA: LA TUTELA DE LOS SOCIOS: 3.1. *Transformación de sociedad anónima en sociedad colectiva o comanditaria: el derecho de adhesión.* 3.2. *Transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada: la «vacatio».*—III. LA TRANSFORMACION OBLIGATORIA: 1. LA TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA ABSOLUTA: REDUCCIÓN OBLIGATORIA DEL CAPITAL SOCIAL MEDIANTE AMORTIZACIÓN DE ACCIONES Y TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA. 2. LA TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA RELATIVA: 2.1. *La transformación como consecuencia de la reducción del capital, obligatoria o no, por causa de pérdidas.* 2.2. *La transformación como alternativa al aumento obligatorio del capital social.* 2.2.1. El supuesto de hecho. 2.2.2. El plazo para la transformación. 2.2.3. El momento de la transformación. 2.2.4. Referencia a la transformación de sociedad de responsabilidad limitada.

I. INTRODUCCION

1. LA REFORMA DEL CAPÍTULO VIII DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

El artículo 5.º del Proyecto de Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades tiene como objeto la modificación del actual Capítulo VIII de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951. El Capítulo amplía su denominación —«Transformación, fusión y escisión»— y su contenido como consecuencia de la incorporación al derecho interno de las Directivas 77/855/CEE y 82/891/CEE —la 3.ª y la 6.ª—, dividiéndose en tres Secciones.

(*) Texto que sirvió de base a la conferencia pronunciada en Zaragoza el 24 de noviembre de 1988, en las «Jornadas sobre la Reforma de las Sociedades de Capital».

la primera de las cuales se ocupa precisamente de la transformación (artículos 133 a 141). Pero mientras que la reforma de las Secciones segunda y tercera, relativas, respectivamente, a la fusión y a la escisión, es total y completa, la de la Sección primera únicamente afecta a tres artículos de la Ley: los artículos 135, 139 y 140.

El Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, de 1979, se ocupaba de la transformación en la Sección primera del Capítulo VIII. El régimen jurídico de la transformación contenido en este Anteproyecto (arts. 208 a 216) sólo se separaba en simples detalles del régimen de la LSA. Además de la corrección de la «errata» del artículo 139 (v. art. 214 del Anteproyecto), destacaba como innovación importante el expreso reconocimiento en el texto prelegislativo de la admisibilidad de la transformación de sociedades cooperativas o mutuas en sociedades anónimas (art. 215). Por el contrario, el Anteproyecto de Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, de 1987, no modificaba en absoluto el régimen jurídico de la LSA. La reforma de los tres indicados artículos de esa Ley fue considerada oportuna, no obstante, por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, la cual, en la versión del Anteproyecto de 19 de enero de 1988, amplió la reforma parcial a dichos artículos, de donde pasaron al Proyecto de Ley (cfr. E. BELTRÁN: «Hacia un nuevo Derecho de Sociedades Anónimas», *RDBB*, 1988, págs. 329-367, 361).

No son éstos, sin embargo, los únicos preceptos a considerar en la exposición del derecho proyectado. Al lado de ellos es imprescindible prestar atención a aquellos preceptos que configuran la transformación como alternativa para aquellas sociedades que no quieran o no puedan aumentar su capital social hasta el mínimo legal (disposición transitoria 3.^a) o que, por una u otra causa, tengan que reducirlo por debajo de esa cifra.

2. TRANSFORMACIÓN VOLUNTARIA Y TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA O POR IMPERATIVO LEGAL

En efecto, el Proyecto de Ley atiende a la transformación desde una doble perspectiva: como *transformación voluntaria*, es decir, como aquel acuerdo social libre y espontáneo por cuya virtud una sociedad mercantil cambia la forma social, y como *transformación obligatoria* o por imperativo legal, por consecuencia de una determinada situación (cifra del capital social, pérdidas patrimoniales). Naturalmente, la transformación obligatoria es también voluntaria, en el sentido de que la exigencia de acuerdo adoptado por junta general de accionistas es común a ambas clases de transformaciones. La reforma no ha previsto ni transformaciones legales ni transformaciones judiciales, de oficio o a solicitud de interesado. Pero mientras en el caso de la denominada transformación voluntaria, el acuerdo de la junta general es absolutamente libre —la junta

puede adoptarlo o no adoptarlo—, sin consecuencias negativas para la sociedad, en el caso de transformación obligatoria, la falta de adopción de un acuerdo positivo —o de otro alternativo— acarrea importantes consecuencias para la sociedad o para sus administradores.

II. LA TRANSFORMACION VOLUNTARIA

I. CONSIDERACIÓN GENERAL

El régimen jurídico de la transformación de sociedades anónimas (o en sociedades anónimas) se contiene —como ya se ha indicado— en la Sección 1.^a del Capítulo VII de la LSA. Las modificaciones introducidas por el Proyecto de Ley son escasas: se corrige la supuesta y famosa «errata» del artículo 139; se exige que en caso de transformación de sociedad no anónima en sociedad anónima, se redacte un informe por expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario (art. 140). y se suprime, en fin, el derecho de separación del accionista en caso de transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada.

El artículo 131 LSA establece que los socios que en virtud de la transformación asuman *responsabilidad limitada* por las deudas sociales, responderán *en la misma forma* de las deudas anteriores a la transformación. Por su inserción sistemática en el Capítulo VIII, este artículo trata de la transformación de una sociedad anónima en otra forma social mercantil, mientras que del supuesto inverso se ocupan los dos artículos siguientes. De ahí que el precepto contenga una disposición normativa «que no necesita expresarse»: es obvio que los accionistas que pasan a ser socios de una sociedad de responsabilidad limitada o comanditarios de una sociedad comanditaria simple o por acciones no responden personalmente de las deudas sociales anteriores a la transformación. Por tanto, la más autorizada doctrina entiende que «o es una errata o se ha querido dar una sintaxis que haga deducir la disposición normativa del sentido del precepto tomado *a contrario sensu*: los que responden ilimitadamente, responderán así también de las obligaciones precedentes a la transformación» (J. GIRÓN: *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, s. f., pero 1952, pág. 611). Con buen criterio, el Proyecto de Ley, al igual que el Anteproyecto de 1979 (art. 214), sustituye la referencia a la responsabilidad limitada de los socios por la contraria, corrigiendo así la «errata» —caso de que efectivamente lo sea— durante tantos años mantenida.

Mientras que el requisito del informe de experto independiente, en el caso de transformación de sociedad anónima en otra forma social mercantil (art. 140), pertenece a la *adaptación* del derecho español a las exigencias comunitarias, la supresión del derecho de separación del accionista, en el supuesto de transformación de anónima en limitada, pertenece al ámbito de la *reforma parcial*. Estas dos modificaciones tienen,

sin embargo, un denominador común: con ellas se intensifica simultáneamente la tutela de los socios y de los terceros.

No obstante, es de lamentar que la reforma del régimen jurídico de la transformación no haya sido más amplia y ambiciosa. De entre las *reformas postpuestas* hay dos que, por su objetiva importancia, reclaman la atención del legislador.

a) La primera es relativa a *la ampliación de las posibilidades de la transformación*. No sólo falta un régimen general de la transformación —con los delicados problemas que en orden a la tutela de socios y de terceros esta ausencia normativa plantea—, como también en materia de fusión y de escisión; falta, además, una sustancial ampliación del «perímetro de la transformación». El cambio de forma sólo es posible entre sociedades de una *misma naturaleza*. La Ley de Sociedades Anónimas responde a este criterio cuando afirma que cualquier transformación de sociedad anónima en forma distinta de las mercantiles será nula (artículo 133).

Ni siquiera en el interior de la familia de las sociedades lucrativas (o directamente lucrativas) son posibles las transformaciones de sociedades civiles en mercantiles y viceversa. En el estado actual de la legislación española, tan sólo cabrá admitir la transformación de una sociedad civil en forma colectiva o comanditaria en sociedad anónima o de responsabilidad limitada; pero no siempre la inversa es posible: está prohibida expresamente la transformación de sociedad anónima, mercantil por la forma (art. 3, 1), en sociedad civil (aunque la anónima que se transforma tuviera objeto civil; arg. ex art. 133 LSA). Un autorizado sector de la doctrina considera igualmente prohibida la mal llamada «regresión» de sociedad personalista con objeto mercantil a sociedad civil (J. GIRÓN: *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, pág. 356; v., sin embargo, a nuestro juicio, con mayor acierto, M. DE LA CÁMARA: *Estudios de Derecho mercantil*, 2ª ed., Madrid, 1978, II-2.º, págs. 228 ss).

Frente al criterio legal restrictivo respecto de la susceptibilidad de transformación, la práctica exige admitir decididamente las posibilidades de la transformación. No sólo en relación con sociedades de la misma naturaleza —civiles y mercantiles—, sino incluso en relación con sociedades de naturaleza distinta: la transformación de sociedades lucrativas en sociedades no lucrativas o de base mutualista, y viceversa, es hoy una necesidad. Cuando las formas sociales, despojándose de elementos estructurales de épocas pasadas, caminan aceleradamente hacia la condición de simples formas neutras de organización, los límites dogmáticos procedentes de aquéllas pierden su justificación. Un adecuado régimen jurídico general en la lejana Ley General de Sociedades podría evitar los problemas específicos de estas transformaciones.

El camino de ampliación de las transformaciones posibles, iniciado por la Ley de 14 de diciembre de 1954 (art. 29.2), ha sido continuado por la vigente Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado, que expresamente admite que las entidades de seguros puedan transformarse en sociedades de *otra naturaleza jurídica o clase* autorizadas por la citada Ley (art. 28.3; v. también art. 84.5 y 6 del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, aprobado por el Real Decreto 1348/1985, de 1 de agosto, y art. 40.3 del Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre). Así, por ejemplo, una sociedad anónima de seguros puede transformarse en una cooperativa de seguros o en una sociedad mutua, a prima fija o a prima variable, y viceversa, no obstante su diferente naturaleza, siempre que supere el margen de solvencia establecido y que cuente con la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, previa información pública en la que los asegurados podrán expresar, en su caso, las razones de su disconformidad (art. 27.3 y 4 de la Ley, al que se remite el art. 28.3). En esos casos, la Ley 33/1984 protege a los asegurados permitiéndoles la resolución de los contratos de seguro (cfr. F. RODRÍGUEZ ARTIGAS: «Transformación de entidades aseguradoras», en E. Verdera: *Comentario a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, I, Madrid, 1988, págs. 653-697).

Fuera de este ámbito sectorial, hay que hacer referencia a la Ley General de Cooperativas, de 19 de diciembre de 1974, que otorgaba a las constituidas con arreglo a la legislación anterior la opción entre adaptar sus Estatutos a los preceptos de esa Ley o transformarse como sociedades civiles o mercantiles (disposición transitoria 3.ª; v. también disposición transitoria 2.ª del Reglamento de 16 de noviembre de 1978), posibilidad que no contempla la vigente Ley 3/1987, de 2 de abril.

b) La segunda reforma igualmente necesaria es la relativa a los efectos de la transformación de la sociedad arrendataria sobre el contrato de arrendamiento urbano. El problema no es exclusivo de la transformación, sino común con la fusión (y la escisión). Mediante una interpretación *a contrario sensu* de un determinado precepto de la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 31.4) —interpretación, a lo que parece, avalada por la génesis de dicho precepto—, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sents. de 11 de julio de 1955, 24 de abril y 25 de abril de 1959, 12 de octubre de 1962, 13 de febrero de 1963, 16 de junio y 14 de octubre de 1970, 25 de octubre de 1988; v., sin embargo, S.T.S. de 30 de diciembre de 1969) entiende que, en caso de transformación voluntaria —esto es, la que no se realiza «por ministerio de la Ley» (v. art. 31.4 LAU)—, es preciso recabar el consentimiento del arrendador o, en caso contrario, dar cumplimiento riguroso y exacto a los requisitos legales del traspaso, con la consecuencia de que el arrendador puede ejercitar los derechos de tanteo y de retracto o participar en el precio del asignado al derecho de arrendamiento. De lo contrario, existirá causa legal para la resolución del contrato (art. 114.5 LAU).

Prescindiendo de la contrariedad de esta solución con el principio de la conservación de la personalidad jurídica de la sociedad transformada (art. 137.1 LSA), es lo cierto que su mantenimiento —*al menos*,

con carácter general— produce efectos muy negativos en la vida de las sociedades mercantiles españolas. Muchas de ellas no han acometido transformaciones objetivamente aconsejables o las han acometido con retraso por el temor de la reacción del arrendador, ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo razonable sobre la continuidad del arrendamiento. Por ello, hubiera sido deseable que el Proyecto de Ley hubiese aprovechado la ocasión para dar una solución al problema de la subsistencia de la relación arrendataria en el caso de transformación de la sociedad arrendataria.

La Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales, contiene un precepto en el que expresamente se declara que, «en ningún caso, la adopción por *empresas preexistentes* de la forma de sociedad anónima laboral se considerará como transmisión de la relación arrendataria a los efectos de la legislación de arrendamiento» (art. 4.5). La deficiente redacción abre el interrogante de si el ámbito de la norma es la transformación de una sociedad en anónima y, además, anónima laboral, o si, por el contrario, dicho precepto sólo se refiere a la adquisición de la condición de laboral por una sociedad anónima y no por otras formas sociales. A nuestro juicio, de estas dos posibles interpretaciones, es la segunda la que resulta mejor fundada por cuanto que la Ley no admite expresamente la adquisición de la *laboralidad* por sociedades que no sean anónimas. Precisamente, a fin de disipar la duda acerca de si se trata de una nueva forma social —como en algún momento se pretendió en la larga gestación de la Ley 15/1984— o de una simple anónima especial, declara la Ley que la adquisición del carácter laboral por una sociedad anónima no se considera transformación (art. 4.3).

2. LA TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD NO ANÓNIMA EN SOCIEDAD ANÓNIMA

2.1. *La adaptación del artículo 140*

La única *adaptación* importante que en materia de transformación introduce el Proyecto de Ley es —según se ha señalado— la relativa a la necesidad de que cuando una sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada se transformen en sociedad anónima, se redacte un informe sobre el patrimonio social no dinerario por parte de expertos independientes y que dicho informe se incorpore a la escritura de transformación (art. 140.1 LSA).

El fundamento para esta modificación se encuentra en el artículo 13 de la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, a cuyo tenor:

«Hasta la posterior coordinación de las legislaciones nacionales, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que se den, al menos, garantías idénticas a las previstas por los artículos 2 al 12 en caso de transformación de una sociedad de otro tipo en sociedad anónima»

Entre esas garantías destaca muy especialmente la relativa a que las aportaciones en especie o *in natura* sean objeto de un informe emitido con anterioridad a la constitución de la sociedad por uno o varios expertos independientes (art. 10). El Ministerio de Justicia, y tras él, el Gobierno, han entendido que la garantía del informe descriptivo y valorativo del experto independiente debía extenderse a la transformación, en la que, aunque, en rigor, no hay aportación, existe un patrimonio social no dinerario de una persona moral o colectiva que cambia de forma jurídica. En algunas de estas transformaciones, de una forma con responsabilidad de los socios por las deudas sociales, se pasa a una forma en la que esa responsabilidad no existe.

El Proyecto exige informe de expertos sobre el patrimonio no dinerario, pero no exige informe sobre el proyecto de transformación, a diferencia de lo que acontece en materia de fusión y escisión, ni determina si los socios tienen derecho a conocerlo con anterioridad a la junta general.

Sin embargo, por un defecto de técnica legislativa, el requisito del informe puede resultar más complejo y gravoso en caso de transformación que en caso de constitución de sociedad anónima o de aumento de capital social mediante aportaciones no dinerarias. La regla general es que tales aportaciones tienen que ser objeto de un informe «por uno o varios expertos independientes» (art. 10.1 Directiva 77/91/CEE y arts. 31.3 y 91.2 LSA). Es suficiente con que el informe sea firmado por un solo experto. Por el contrario, en caso de transformación en sociedad anónima se utiliza el plural («informe de los expertos»; artículo 140.1).

A pesar de esta distinta expresión, no debe considerarse que la voluntad legislativa sea la de exigir dos o más expertos. Al igual que en relación con el informe sobre el proyecto de fusión (art. 10 de la Directiva 77/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, y art. 148 LSA), la exigencia se entiende cumplida con que el informe sea redactado y formulado por un experto, sin necesidad de añadir otro u otros más.

El Proyecto de Ley utiliza en otras ocasiones el plural para referirse a la autoría de estos informes sobre aportaciones no dinerarias o sobre proyectos societarios. Así, en materia de escisión (art. 149 LSA, frente a la fórmula clásica del art. 8 de la Directiva 82/891/CEE, de 17 de diciembre de 1982). Al igual que en su momento señalamos respecto del informe sobre el proyecto de escisión (v. A. ROJO: «La escisión de sociedades», en AA. VV., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pág. 697), en caso de transformación proyectada en sociedad anónima, la determinación del número de expertos que deben describir y valorar el patrimonio no dinerario queda atribuida a la discrecionalidad de los administradores: pueden éstos solicitar el nombramiento de uno o varios.

Al no determinar a quién corresponde el nombramiento del experto o expertos, habrá que estar a la regla general: deberá ser nombrado por el Juez de Primera Instancia del domicilio social (art. 31.3 LSA) a solicitud de los administradores. A pesar de la objetividad del nombramiento judicial, esta solución puede resultar profundamente perturbadora por la escasa agilidad y eficacia de la Administración de Justicia. Sería muy aconsejable que, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, el sistema judicial fuera sustituido por otro que, garantizando la independencia, permitiera un nombramiento rápido y sin injustificadas dilaciones. En este sentido, podría considerarse la atribución de esta competencia a los Registradores mercantiles.

En fin, además de la referida adaptación, la LSA (que mejora la redacción originaria del art. 140.2) exige que la escritura de transformación se presente a inscripción «acompañada del balance general cerrado el día anterior al del acuerdo de transformación». Se ha suprimido la aclaración de que ese balance debe estar «ajustado a las normas establecidas en el artículo 103» y que a él es preciso adjuntar una «relación valorativa del patrimonio social no dinerario efectuado con arreglo a lo prevenido en el artículo 104». La supresión de la referencia a que el balance debe confeccionarse con arreglo al esquema legal no plantea especiales problemas: la norma era demasiado obvia. Es evidente que el balance de transformación debe tener la estructura que ahora establece el artículo 103 (salvo que la sociedad pueda formular balance abreviado). La supresión de la referencia a la «relación valorativa» es igualmente acertada, al exigir la Ley informe previo de expertos independientes. Sin embargo, no aclara el Proyecto con arreglo a qué reglas de valoración debe confeccionarse el balance de transformación. De la interpretación sistemática se deduce que el balance de transformación debe confeccionarse con arreglo al principio de valor real, y no conforme a las reglas de valoración establecidas para el balance de ejercicio.

2.2. *Fundación retardada y transformación*

Sin embargo, la adaptación del régimen jurídico de la transformación a la Directiva 77/91/CEE no es completa. El artículo 13 de la Directiva —como ya se ha indicado— exige a los Estados miembros que, en caso de transformación en sociedad anónima, se reconozcan a los socios y a los terceros las mismas garantías que las establecidas, para el caso de fundación de una sociedad anónima, por los artículos precedentes. Entre esos artículos está precisamente el relativo a la fundación retardada (art. 11), cuya disciplina el Proyecto limita a las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años *a partir de su constitución*, que son las únicas que, cuando su importe supere la décima parte del capital social, están sometidas al requisito de la aprobación por la junta general [art. 31a).1]. Se impone, pues,

extender el requisito del acuerdo de la junta a las adquisiciones que, con ese importe, sean realizadas dentro de los dos años siguientes a la transformación de la sociedad.

El Proyecto de Ley configura la fundación retardada como un supuesto de tutela del capital fundacional, y no pura y simplemente como un supuesto de tutela del capital social. Este es el planteamiento de la Directiva 77/91/CEE (art. 11), con la única excepción de la transformación (art. 12). Ya que es preciso modificar la actual redacción del correspondiente precepto, podría aprovecharse la ocasión —además de para restringir la exigencia en función de la condición subjetiva del adquirente— para aclarar que, a los efectos de determinar si se exige o no acuerdo de la junta general, el importe de las adquisiciones realizadas dentro de los dos primeros años tiene que calcularse en función del capital social existente en el momento de la adquisición, sea o no coincidente con el fundacional o con el de la escritura de transformación (cfr. M. LUTTER: *Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG*, Karlsruhe, 1964, pág. 310; C. H. BARZ, en *Aktiengesetz. Grosskommentar*, 1, Berlín-Nueva York, 1973, pág. 370).

5. LA TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA: LA TUTELA DE LOS SOCIOS

5.1. *Transformación de sociedad anónima en sociedad colectiva o comanditaria: el derecho de adhesión*

En caso de transformación de sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones, en sociedad anónima, el Proyecto de Ley conserva el derecho de separación (en sentido impropio) de los socios que no hayan votado a favor de la transformación, hubieran o no asistido a la junta (art. 155 LSA). La tendencia reductora del derecho de separación, apreciable en la supresión de este derecho en el caso de fusión, se aprecia también en materia de transformación, por cuanto que el Proyecto lo suprime en el caso de transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada.

La enmienda número 265 presentada en el Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley por el Grupo Coalición Popular (v. *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, III Legislatura, serie A, núm. 80-6, correspondiente al 24 de junio de 1988, pág. 137) pretende la recuperación de ese derecho en el referido caso de transformación.

La transformación de sociedad anónima en colectiva y en comanditaria constituye el último reducto del llamado derecho de adhesión, es decir, un derecho de separación que se entiende ejercitado con todas sus consecuencias por la mera pasividad del socio disidente o del ausente. El hecho de que, por virtud de la transformación, los accionistas puedan

pasar a responder personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales, en cuanto colectivos de la transformada, pesó decisivamente para el mantenimiento de este sistema de tutela con su configuración actual.

El Proyecto de Ley unifica tanto el plazo de adhesión como el *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo, haya o no asistido el accionista a la junta general que acordó la transformación. Tanto el disidente como el no asistente tienen un plazo de un mes para adherirse, plazo que se cuenta desde la fecha del último anuncio del acuerdo de transformación, sea el último el tercer anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (v. disposición final 1.^ª), sea el de la prensa no oficial (v. art. 134 LSA).

Hubiera debido aprovecharse la ocasión para modificar el régimen de publicidad del acuerdo de transformación, tomando como modelo el previsto para la fusión [art. 144.1, letra d)] y la escisión (art. 149.4). De un lado, habría que determinar el número de periódicos no oficiales en que publicar el anuncio —dos, en el caso de fusión—; de otro, habría que sustituir la expresión «gran circulación *de* la provincia» de la sede social por la de «gran circulación *en* la provincia». No hay razones objetivas para mantener estas pequeñas diferencias de matiz.

En cuanto al régimen del reembolso de su participación a los accionistas no adheridos al acuerdo de transformación en colectiva o en comanditaria, el Proyecto se remite a lo establecido para el caso de cambio de objeto social: los no adheridos obtendrán el reembolso de las acciones propias «al tipo que resulte de la apreciación del patrimonio líquido, según el último balance aprobado» (art. 85.4), balance que necesariamente será el de transformación (art. 136) y no el del ejercicio.

Si, a pesar de acordar transformarse, la sociedad que se transforma tuviera las acciones admitidas a cotización bursátil *en el momento de adoptar el acuerdo*, el reembolso se efectuará «al precio de cotización media del último semestre» (art. 85, 4). Para poder aplicar este criterio se exige que, durante dicho período, las acciones se hubieran cotizado, al menos, en dos sesiones.

3.2. *Transformación de sociedad anónima, en sociedad de responsabilidad limitada: la «vacatio»*

Fuera de la Sección relativa a la transformación, el Proyecto de Ley contiene una norma singular de tutela de los accionistas en caso de transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada. El artículo 85, sito en el Capítulo sobre modificación de los Estatutos sociales, conserva la norma por cuya virtud, cuando la modificación consista en restringir o condicionar la transmisibilidad de las acciones nominativas, los accionistas afectados que no hayan votado a favor del acuerdo, no quedan sometidos a él durante un plazo de tres meses, contados desde

la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* del extracto de la inscripción del acuerdo. Pero inmediatamente añade:

«La misma regla se aplicará en los casos de transformación de la sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada, contándose el plazo de tres meses desde la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la escritura de transformación» (art. 85.3).

La única enmienda presentada en el Congreso de los Diputados en relación con esta norma —enmienda número 441, firmada por la Agrupación de Diputados DC (v. *BOCG, CD, III Leg., serie A, núm. 80-6, página 187*)— tiene como finalidad una mejora sistemática: se propone trasladar la norma, sin modificación alguna, al artículo 136, dentro de la Sección de la transformación.

Esta *extensión* de la solución normativa tiene como *fundamento* la *identidad de razón* entre los dos supuestos a los que aplica. Mientras que la circulación de las acciones es en principio libre, la circulación de las participaciones sociales está legalmente restringida por el derecho de adquisición preferente de los demás socios y de la sociedad (art. 20 LSRL). Cuando una anónima se transforma en limitada, el socio sufre una limitación similar que la que se produce para el accionista en el caso de introducción de una cláusula limitativa de la libre transmisibilidad de las acciones (nominativas) por modificación estatutaria. Ante esta similitud o, al menos, analogía de efectos, la tutela del accionista de sociedad anónima que se transforma en limitada se articula a través de una de las técnicas especiales previstas para la modificación.

La aplicación de la técnica de la *vacatio* al caso de transformación de anónima en limitada tiene, sin embargo, mucha mayor importancia de la que pudiera considerarse en un primer análisis. La sustitución de la tradicional técnica de tutela de accionista —el derecho de separación (en sentido impropio) o derecho de adhesión— por el sistema de la *vacatio* responde a la *idea subyacente* de la *unidad sustancial* de las formas de sociedades de capital. El reformador *intuye* que el tratamiento de la tutela del socio en caso de transformación no puede ser idéntico para todas las hipótesis de cambio de forma: si se opta en favor de las formas colectiva o comanditaria, la diversidad radical con la sociedad anónima justifica el recurso a una técnica tuitiva de particular rigor: el socio, para continuar como tal en la sociedad transformada, o vota a favor de la transformación o se adhiere al acuerdo. Pero si se opta en favor de la sociedad de responsabilidad limitada, la técnica de protección es una de las técnicas tradicionales para un determinado caso de modificación estatutaria. De este modo, se da el primer paso por el camino hacia una *única forma de sociedades de capitales*, dentro de la cual coexistirían dos o más modelos o tipos opcionales. Frente a la solución dualista —dos formas sociales de capitales: la anónima y la limitada—, el derecho del mañana parece orientarse hacia una solución unitaria: una única forma social, con pluralidad de modelos o tipos internos, aunque restringida la libertad de opción por razón del objeto social y, sobre todo, de las dimensiones de la empresa. A la voluntad electora de la forma, se añadiría la voluntad electora del tipo, sin la cual, la primera carecería de efi-

cacia. A cada uno de esos tipos se accedería desde la única forma social de capitales, *a través de una simple modificación estatutaria*, y no por transformación (cfr. H. ALBACH - CH. CORTE - R. FRIEDEWALD - M. LUTTER - W. RICHTER: *Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei - Stufen - Modell*, Gütersloh, 1988, *passim*).

Como consecuencia de la solución legal, se introduce una excepción a la circulación restringida de las participaciones sociales.

Durante un determinado plazo, los socios que no hayan votado a favor de la transformación serán titulares de *participaciones sociales con circulación transitoriamente libre*, o más exactamente, con el régimen de circulación que tuvieran las acciones en el momento inmediatamente anterior a la transformación, aunque modificado por razón del objeto de la transmisión (que exige otorgamiento de escritura pública; v. art. 20 *in fine* LSRL).

Los *titulares* del derecho a transmitir bajo ese régimen las participaciones sociales son —como se acaba de indicar— los socios de la sociedad de responsabilidad limitada —accionistas de la anónima transformada— que no hayan votado a favor de la transformación. Dentro de esta amplia categoría figuran los socios no asistentes a la junta general; los que, asistiendo a la junta, se hubieran abstenido de tomar parte en la votación; los que, por causa independiente o no de su voluntad, no hubieran emitido voto alguno; los que hubieran emitido voto nulo, y, en fin, los que hubieran votado en contra de la transformación.

En muchas ocasiones, para el ejercicio del derecho se planteará un *problema de legitimación*: el que pretenda adquirir las participaciones sociales exigirá, como es lógico, que se acredite el que el socio no ha votado a favor del acuerdo de transformación. Por supuesto, el socio tiene derecho a obtener de la sociedad certificación no sólo de los acuerdos sociales, sino también del acta íntegra (art. 26.3 del Código de Comercio, en el caso de que prospere la enmienda núm. 294, presentada al Proyecto de Ley por el Grupo Socialista del Congreso); pero en el acta no tiene por qué recogerse el nombre de los socios votantes o de quienes no hubieran votado a favor. A fin de evitar problemas a los socios sería de desear que se reformara el Proyecto, exigiendo que en la escritura de transformación se haga constar los nombres de quienes no hayan votado a favor del acuerdo. En otro caso, hay que confiar en la buena fe y disposición del Secretario de la junta. Basta con que incluya en el acta la relación nominal de los que hubieran emitido voto favorable o de quienes no lo hubieran hecho. Si esa confianza no existe, es aconsejable preconstituir la prueba de la legitimación mediante, por ejemplo, la entrega de los títulos de las acciones, sean nominativos o al portador, a fedatario público con anterioridad al día de la junta general, manteniéndolas inmovilizadas hasta que dicha junta haya finalizado.

Por el contrario, las personas que hayan adquirido las participaciones sociales durante el período de *vacatio* quedan sometidas al régimen legal y estatutario, sin poder ellas, a su vez, transmitir libremente la totalidad o

parte de las participaciones adquiridas, aunque esta segunda transmisión tuviera lugar dentro de la *vacatio*.

El *plazo* para el ejercicio del derecho es de tres meses a contar, no desde la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de transformación, sino desde la publicación del extracto o de los datos esenciales en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (art. 85.3). Aunque la reforma no ha previsto expresamente esa publicación de la transformación, es principio general del derecho español proyectado que *todo* asiento registral debe comunicarse al Registro Central, el cual dispondrá del referido *Boletín Oficial*, en el que se publicará necesariamente un extracto o una mención de los datos esenciales de los asientos practicados (art. 18.1).

Repárese en que el derecho español proyectado es, en este punto, mucho más avanzado que la Directiva 68/151/CEE. De un lado, porque la exigencia de la publicación se extiende a los actos de *todos los sujetos* inscritos (y no sólo a los de las sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones; cfr. art. 1 de la Directiva 68/151/CEE); de otro, porque comprende un mayor número de actos de esos sujetos (art. 18 del Código de Comercio; cfr. art. 6.4 de la Directiva 68/151/CEE).

A la hora de fijar el *dies a quo* del plazo de tres meses, el Proyecto incurre en la incorrección de referirse a la publicación de la *escritura* de transformación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. Sin embargo, la escritura no se publica. El Reino de España ha optado por no exigir la publicación íntegra de los documentos inscritos (v. art. 18.1 del Código de Comercio, en relación con el art. 6.4 de la Directiva 68/151/CEE). Sería equivocado entender que la transformación constituye una excepción a esa regla general. Consiguientemente, hay que interpretar la norma analizada en el sentido de que el plazo se computa desde la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* de los *datos esenciales* de la inscripción relativa a la transformación.

Naturalmente, la transmisión de las participaciones sociales efectuada durante ese plazo de tres meses tiene que formalizarse necesariamente en escritura pública (art. 20 *in fine* LSRL) y ser comunicada por escrito a la sociedad transformada, sin lo cual no podrá el adquirente pretender el ejercicio de los derechos de socio (art. 22 LSRL).

En cuanto al *contenido* del derecho, es preciso distinguir un aspecto negativo y otro positivo. Desde un punto de vista negativo, el socio *puede*, si lo desea, beneficiarse de la *no sumisión* al régimen legal o estatutario de transmisión de las participaciones sociales (art. 20 LSRL), es decir, que no está obligado a comunicar la transmisión proyectada a la sociedad, comunicación que pondría en marcha el eventual ejercicio del derecho de adquisición preferente por parte de los demás socios o por parte de la sociedad. Desde un punto de vista positivo, en sustitución de ese régimen legal o estatutario de transmisión, *puede* el socio transmitir la totalidad o parte de las participaciones de su propiedad *como si* la transformación no hubiera tenido lugar, esto es, conforme a las normas legales y, en su caso, estatutarias por las que se regía la transmisión de las acciones en el

momento de la transformación, si bien, por razón del objeto que se transmite —participaciones sociales, y no acciones—, la transmisión debe formalizarse necesariamente en *escritura pública* (art. 20 *in fine* LSRL). Si las acciones eran libremente transmisibles, las participaciones del socio que no hubiera votado a favor de la transformación también lo serán durante el plazo legal. Si los Estatutos de la sociedad anónima transformada contenían cláusulas que restringían o condicionaban la libre transmisibilidad de las acciones (art. 46 LSA), las participaciones del socio titular del derecho circularán —podrán circular— conforme al régimen estatutario de transmisión de las acciones. No hay que interpretar la norma que se analiza en el sentido de que el socio que no hubiera votado a favor del acuerdo de transformación puede transmitir libremente las participaciones sociales. Lo que la reforma pretende es la *prolongación del régimen de transmisión de las acciones* existente en el momento de la transformación a las participaciones de los socios que no la hubieran consentido. El régimen de circulación de las participaciones de esos socios será —podrá ser— el régimen estatutario o, supletoriamente, legal (art. 46 LSA) vigente para las acciones en el momento de la transformación.

El socio tiene el *derecho* a beneficiarse de esta norma de tutela, pero no la obligación. Puede, si lo desea, someterse al régimen legal o estatutario de transmisión de las participaciones sociales. Así lo hará, por ejemplo, cuando, por cualquier razón, el nuevo régimen sea mejor para sus intereses que el anterior. Por lógica, cuando el contenido de la cláusula estatutaria limitativa de la transmisibilidad de las acciones, vigente para la anónima transformada, sea más restrictivo que el régimen legal o estatutario de transmisión de las participaciones sociales, se someterá voluntariamente a este último.

Durante la *vacatio*, cada una de las transmisiones que efectúe el socio son recíprocamente independientes, incluso en el caso de identidad del adquirente de las participaciones. La sumisión a uno u otro régimen de transmisión —el antiguo previsto para las acciones o el nuevo de las participaciones— se efectúa en cada caso, sin que la primera transmisión efectuada durante el plazo legal condicione el régimen jurídico aplicable a las que con posterioridad realice el socio durante dicho plazo.

No es dudoso que esta norma especial de tutela se aplica no sólo a las transmisiones *inter vivos*, voluntarias o efectuadas como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, sino también a las transmisiones *mortis causa* de las participaciones del socio que no hubiera votado a favor del acuerdo y que, con anterioridad a la transformación o con posterioridad a ella, pero antes de que finalice la *vacatio*, hubiera fallecido. Cuando en los Estatutos o en la escritura de la sociedad de responsabilidad limitada existiera una cláusula por cuya virtud se reconociera

a los socios sobrevivientes del fallecido un derecho de adquisición preferente de las participaciones sociales del socio fallecido, los herederos de éste podrán, si lo descan, no considerarse obligados por dicha cláusula y, consiguientemente, adquirir las participaciones sociales conforme al régimen preexistente para la adquisición por sucesión hereditaria de las acciones de la anónima transformada.

La aplicación de la técnica de la *vacatio* a la transformación de anónima en limitada es la contrapartida que la reforma ofrece a los socios que no hubieran votado a favor de la transformación por la supresión, en este concreto supuesto, del derecho de adhesión. Mientras que el accionista tiene derecho de separación (en sentido impropio) si la sociedad anónima se transforma en colectiva o en comanditaria, carece de él —como ya ha habido ocasión de señalar— si la transformación es en sociedad de responsabilidad limitada (art. 135.1). Esta supresión del derecho de adhesión plantea el problema de la identificación de los socios de la sociedad de responsabilidad limitada cuando la anónima que se transforma tenga acciones al portador. En el régimen de la Ley de 17 de julio de 1951, ese problema no existía porque el socio quedaba perfectamente identificado por el voto favorable que, en rigor, tenía que constar en acta o por la posterior adhesión por escrito al acuerdo de transformación. Pero en el derecho proyectado, sólo se conocerán los nombres de los accionistas que hubieran ejercitado el derecho de asistencia (v. art. 64), pero no de quienes no hubieran asistido, por sí o por medio de representante, los cuales, sin embargo, por virtud de la transformación, cambian su condición de accionistas de una anónima por socios de una limitada. La Ley obliga a que la escritura pública de transformación exprese todas las menciones exigidas por la Ley para la constitución de la sociedad cuya forma se adopte (art. 136), entre las que necesariamente debe figurar el nombre, el domicilio y la nacionalidad de todos los socios (art. 7.1 LSRL). La sociedad, por su parte, está obligada a llevar un libro registro de socios, «en el que se inscribirán sus circunstancias personales, las participaciones sociales que cada uno de ellos posea y las variaciones que se produzcan» (art. 22 LSRL).

Sería muy aconsejable que la Ley —o, al menos, el futuro Reglamento de Registro Mercantil— contuviera alguna norma en relación con este problema de la falta de identificación: pero, en todo caso, a nuestro juicio, el hecho de que no se conozcan los nombres de todos los socios no puede impedir que se otorgue la correspondiente escritura de transformación. En ella, sin embargo, deberá expresarse la parte del capital social de la limitada que pertenezca *ad incertas personas* y el número de participaciones adjudicadas a quienes en su momento acrediten la condición de socios. A medida que esa identificación se vaya produciendo, los administradores de la sociedad, además de efectuar la oportuna inscripción en el libro registro de socios, deberían otorgar escritura pública de concreción o especificación de la adjudicación, que se inscribiría en el Registro Mercantil.

III. LA TRANSFORMACION OBLIGATORIA

Al lado de la transformación voluntaria, es preciso prestar atención a los casos de transformación obligatoria o por imperativo legal, que el Proyecto configura con un doble criterio: un primer grupo de casos son

los de transformación obligatoria *absoluta*; un segundo grupo está constituido por los supuestos de transformación obligatoria *relativa*. La diferencia entre unos y otros radica en que mientras cuando la obligación de transformar es absoluta, la sociedad no puede sustrarse al cumplimiento de esta obligación legal salvo que *previamente* aumente el capital social, cuando es relativa tiene la opción entre cambiar de forma y aumentar el capital social en la medida necesaria. En el primer grupo de casos, el aumento debe ser anterior, pues de lo contrario no queda más remedio que cambiar de forma; en el supuesto de transformación obligatoria relativa, el aumento puede ser simultáneo a la reducción.

El Proyecto parece partir de la regla de que la obligación es absoluta [arg. ex art. 101d).5], configurando como excepciones los casos de obligación relativa.

No se aprecia, sin embargo, suficiente fundamento para esta solución, que probablemente es más la consecuencia de la defectuosa formulación normativa que decisión de política legislativa. Por estas razones, y para evitar dificultades y disfunciones, sería prudente admitir que, siempre que la reducción del capital social sea obligatoria, el acuerdo puede adoptarse bajo la condición suspensiva de (la ejecución de) un acuerdo simultáneo de aumento del capital social, al menos, hasta la cifra máxima legal, generalizando así la solución dada para un supuesto concreto y determinado.

1. LA TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA ABSOLUTA:
REDUCCIÓN OBLIGATORIA DEL CAPITAL SOCIAL MEDIANTE
AMORTIZACIÓN DE ACCIONES Y TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA

Cuando una sociedad anónima esté obligada legalmente a amortizar acciones y las acciones a amortizar reduzcan el capital por debajo de la cifra mínima, la sociedad debe inmediatamente adoptar el acuerdo de transformación.

a) Así sucede, en primer lugar, en los supuestos de amortización obligatoria de las acciones propias.

En el derecho proyectado, la obligación de reducir el capital social existe tanto en los casos de falta de enajenación en el plazo máximo de un año de las acciones adquiridas en contravención de cualquiera de los requisitos relativos al acuerdo previo de la junta general, al límite del 10 por 100 y a la dotación de la reserva por acciones propias [art. 47 h).2], como en los casos de falta de enajenación en el plazo máximo de tres años de las acciones adquiridas sin necesidad de observar tales requisitos en alguno de los supuestos excepcionales taxativamente enumerados en el proyecto [art. 47i).2]. El mero transcurso de los plazos legales sin enajenación de las acciones propias hace nacer la obligación de redu-

cir el capital social mediante la amortización de las acciones [arts. 47h). 2 y 47i).2, en relación con el art. 100.2]. Los administradores están obligados a convocar junta general para que ésta acuerde la reducción antes que finalicen dichos plazos, ya que una vez vencidos cualquier interesado puede solicitar del Juez del domicilio social la reducción del capital social. Si no hay reducción por acuerdo de la junta general, puede haber reducción por resolución judicial [arts. 47h).2 y 47i).2].

El Anteproyecto redactado por la Comisión General de Codificación no preveía la posibilidad de reducción del capital social por resolución judicial si la sociedad incumplía la obligación de amortizar las acciones propias. Presentada, además, una importante diferencia con el texto del Gobierno: eran los administradores los que debían proceder a la reducción del capital social, sin necesidad de acuerdo de la junta general [art. 47m)]. La crítica a que fue sometida esta excepción a la competencia de la junta general y la propuesta de tener en cuenta la solución dada al problema por el artículo 2.357.4 del *Codice Civile* italiano (v. J. C. PAZ-ARES: «Negocios sobre las propias acciones», en AA. VV., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, cit., págs. 473-632, 547-548), explican que en el Proyecto de Ley se atribuyera esa competencia a la junta y que se admitiera la reducción del capital social por la autoridad judicial. Sin embargo, entre el derecho italiano y el español proyectado existe una importante diferencia: ambos imponen a los administradores la obligación de solicitar del Juez la reducción del capital social mediante amortización de las acciones propias cuando la sociedad omitiera la adopción de las medidas legalmente previstas. Pero separándose de su modelo, el Proyecto amplía la legitimación a «cualquier interesado».

Pues bien, cuando la reducción del capital social tenga que realizarse hasta una cifra inferior al mínimo legal, debe adoptarse simultáneamente el acuerdo de transformación. Si la reducción del capital es obligatoria, también lo es la transformación siempre que se descienda por debajo de esa cifra.

El problema se plantea cuando la reducción se decreta por el Juez. En tal hipótesis es claro que la autoridad judicial no puede, por su solo ministerio, acordar la transformación de la sociedad, ni tampoco declararla disuelta, ya que, de una parte, ninguna norma ha previsto transformaciones por resolución judicial y, de otra, la reducción del capital social por debajo del mínimo legal no se ha configurado como causa legal de disolución. El conflicto es manifiesto: el Juez no puede abstenerse de decretar la reducción del capital social, pero esa resolución judicial probablemente no será inscribible en el Registro Mercantil, ya que, de lo contrario, se estaría abriendo la puerta a sociedades con capital inferior al legal. El fraude se realizaría fácilmente mediante el simple expediente de adquirir acciones propias, solicitando los administradores, en su momento, de la autoridad judicial la reducción del capital social.

b) Así sucede también, en segundo lugar, en los casos de amortiza-

ción obligatoria de las acciones de los accionistas que hubieran ejercitado el derecho de separación, sea por cambio del objeto social (art. 85.4), sea por cualquier otra causa señalada en la Ley o en los Estatutos sociales (art. 13.7.º).

Sin embargo, el reembolso de las acciones de los accionistas que ejerciten el derecho de separación no tiene por qué realizarse necesariamente a través de la oportuna reducción del capital social y la correlativa amortización de las acciones. El acuerdo de la junta general que comporte la posibilidad de separación por parte de accionistas puede ser simultáneo a la autorización de adquisición de las acciones por parte de la propia sociedad, en las condiciones fijadas por la Ley [art. 47h).1]. Si se cuenta con esa autorización, la sociedad dispone del plazo de un año para enajenar las acciones adquiridas, y sólo está obligada a amortizarlas si transcurrido ese plazo, la enajenación no ha tenido lugar [art. 47h).2].

Cuando la sociedad opta por la inmediata reducción del capital por debajo de la cifra mínima del capital social, bien por considerarlo más conveniente a sus intereses, bien por no estar en condiciones de adquirir las acciones de quienes se separan [v.gr.: al no poder dotar la reserva especial; v. art. 47h).1-3.º], la reducción debe ir acompañada de la transformación.

c) El último supuesto de reducción y transformación obligatorias simultáneas es el de amortización de las acciones del socio moroso, al no poder efectuarse la enajenación de las mismas [art. 47e).3], cuando la reducción del capital tenga que realizarse hasta situarlo en una cifra inferior a los diez millones.

Conviene advertir que el Proyecto de Ley utiliza, en ocasiones, como términos sinónimos, la *anulación* de acciones [v., por ejemplo, artículos 47e).3 y 47h).2] y la *amortización* [v. arts. 47i).2; 100.2; 101.5 y 101 c).3]. Sería aconsejable reservar el término *anulación* para el fenómeno de la sustitución documental o de títulos [v. art. 47a)], y utilizar el término *amortización* para la supresión de las partes ideales de valor, a las que se conecta la titularidad de los derechos integrantes de la condición de socio.

2. LA TRANSFORMACIÓN OBLIGATORIA RELATIVA

2.1. *La transformación como consecuencia de la reducción del capital, obligatoria o no, por causa de pérdidas*

El Proyecto de Ley contiene la prohibición de reducir el capital social por debajo del mínimo legal. Ni siquiera cabe desconocer ese mínimo en caso de pérdidas. Aún más: ni siquiera cuando, por razón de la importancia de las pérdidas, la reducción es obligatoria. En tales supuestos, para armonizar la prohibición de reducir con la obligación de hacerlo, la so-

ciudad tiene que adoptar otro acuerdo simultáneo: bien el aumento del capital social, bien la transformación:

«Sólo podrá acordarse la reducción del capital social por debajo de la cifra mínima establecida en el artículo 4, para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio disminuido por consecuencia de pérdidas, siempre que se acuerde simultáneamente el aumento de capital, mediante nuevas aportaciones, hasta una cifra igual o superior al mínimo legal. Esta norma no se aplicará si se acuerda la transformación de la sociedad» [art. 101d).5].

En el Proyecto de Ley, el tratamiento jurídico de la reducción del capital social por debajo de la cifra mínima por causa de pérdidas presenta un gravísimo defecto. Se admite «siempre que se acuerde simultáneamente el aumento del capital social» [v. art. 101d).5 y 6]. Sin embargo, no debería bastar con ese simultáneo acuerdo: el aumento puede ser suscrito y desembolsado, y puede no serlo o ser la suscripción incompleta o insuficiente (v. art. 98). Una cosa es el acuerdo de aumento y otra la *ejecución* de ese acuerdo. Con la redacción actual, puede burlarse fácilmente la finalidad de la norma, con el simple acuerdo simultáneo de aumentar el capital, aunque ni uno solo de los accionistas suscriba luego las acciones y las desembolse, al menos, en una cuarta parte. Sería deseable, por consiguiente, que se modificara el Proyecto en este punto a fin de *condicionar suspensivamente* la eficacia del acuerdo de reducción por debajo de la cifra mínima a la *ejecución* de ese otro acuerdo simultáneo de aumento, limitando la competencia de la junta general para la fijación del plazo de suscripción y desembolso de las acciones. Si la ejecución no tiene lugar dentro de un período determinado fijado por la Ley, la sociedad quedaría obligada a una inmediata transformación (o a disolverse).

En tales casos, si no se acuerda la transformación, existiendo cualquier clase de desequilibrio entre capital y patrimonio, el acuerdo de reducción es nulo si no va acompañado del simultáneo aumento. Los acuerdos de reducción y de aumento tienen que adoptarse simultáneamente y acceder también de forma simultánea al Registro Mercantil.

Si se adoptan simultáneamente los acuerdos de reducción y de transformación, la ejecución será o no instantánea según que la reducción tenga carácter obligatorio o sea meramente voluntaria. Si es obligatoria, los acreedores no tienen derecho de oposición [art. 101c).1] y, en consecuencia, no será preciso observar el plazo de un mes para el ejercicio de ese derecho [art. 101b).2]. Si la reducción es voluntaria, entonces será preciso respetar ese plazo, y si hay oposición, prestar garantía a satisfacción de los acreedores que se hubieran opuesto a la reducción.

En caso de reducción por pérdidas y simultánea transformación de la sociedad, es indudable que los acreedores gozan del derecho de oponerse, salvo que las pérdidas hayan disminuido el patrimonio por debajo de las dos terceras partes del capital social [art. 101c).1]. Pero a través de un sencillo expediente, absolutamente legal, se puede evitar que lo ejerzan cuando la reducción sea meramente voluntaria. En efecto, en ese caso, la reducción no tiene por qué ser simultánea a la transformación,

puede ser posterior: la sociedad anónima se transforma, por ejemplo, en sociedad de responsabilidad limitada y, una vez publicada la transformación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, reduce el capital social. Los acreedores sociales no pueden oponerse a la transformación, ni tampoco pueden hacerlo a la posterior reducción del capital de la limitada cuando son las pérdidas la causa de dicha reducción (art. 19 LSRL).

2.2. *La transformación como alternativa al aumento obligatorio del capital social*

2.2.1. *El supuesto de hecho.*—Como consecuencia del establecimiento de un capital mínimo de diez millones de pesetas (art. 4 LSA, en la redacción dada por el art. 3 del Proyecto de Ley) ha debido prestar atención el Proyecto a aquellas sociedades anónimas que, a la fecha de entrada en vigor de la futura Ley, tengan un capital inferior. Así, después de establecer un plazo de tres años, a contar desde la publicación de la Ley, para la adecuación estatutaria (disposición transitoria 2.^a.1), ofrece a aquellas sociedades una concreta opción:

«Las sociedades que tengan un capital inferior a diez millones de pesetas deberán, en el plazo señalado en la disposición anterior, haber aumentado efectivamente su capital, al menos, hasta esa cifra o transformarse en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada (...)» (disposición transitoria 3.^a.1).

Los términos de la opción son claros: o aumento o transformación. La sociedad es libre para elegir una u otra solución. La transformación no es una alternativa secundaria, sino principal, situada al mismo nivel que el acuerdo de aumento.

El aumento no exige un desembolso inmediato de diez millones de pesetas. Bajo el término de «aumento efectivo» se refiere la disposición a que el capital suscrito alcance esa cifra mínima, aunque se encuentre desembolsado sólo en una cuarta parte (arts. 10 y 89.2 LSA). Si la sociedad no acuerda el aumento del capital social o si, adoptado el acuerdo, no llega a efectuarse éste antes que transcurra el plazo legal o si no llegan a suscribirse las nuevas acciones en la medida necesaria (v. art. 98 LSA), la transformación es la única alternativa.

El Anteproyecto de Ley redactado por la Comisión General de Codificación había previsto como alternativa al aumento únicamente la transformación de la anónima con capital inferior a diez millones de pesetas en sociedad de responsabilidad limitada. El Proyecto, por el contrario, procede a la *ampliación de las posibilidades de transformación*. La sociedad puede elegir cualquiera de las demás formas mercantiles: no sólo cabe la transformación en limitada, sino también la transformación en sociedad colectiva o en sociedad comanditaria simple. Dos son, sin embargo, los límites de esta reelección de forma social: uno, por razón de la cifra del capital social, y otro, por razón de la forma misma. El primero es el relativo a la prohibición de transformarse en sociedades de

responsabilidad limitada aquellas anónimas cuyo capital no alcance la cifra de quinientas mil pesetas, que es el capital mínimo que el proyecto exige para las limitadas (art. 3 LSRL, en la redacción dada por el art. 7 del Proyecto), salvo que, previamente al acuerdo de transformación, se acuerde aumentar el capital de la anónima hasta esa cifra o hasta cifra superior y se suscriban y desembolsen todas las acciones, al menos, por valor de quinientas mil pesetas. El segundo límite hace referencia a la prohibición de transformación de anónima en comanditaria por acciones. Para ambas rige el mismo principio: no son admisibles anónimas o comanditarias por acciones con capital inferior a diez millones de pesetas (arg. ex art. 152 del Código de Comercio, en la redacción dada por el art. 10 del Proyecto). Sólo puede transformarse en comanditaria por acciones aquella sociedad anónima cuyo capital supere el mínimo común.

2.2.2. *El plazo para la transformación.*—La sociedad anónima con capital inferior al mínimo legal está obligada a aumentarlo o a transformarse en el plazo de tres años, a contar desde la publicación (íntegra) de la Ley en el *Boletín Oficial del Estado* (disposición transitoria 3.^a.1 en relación con la disposición transitoria 2.^a.1). De lo contrario, los administradores pasarán a responder personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales (disposición transitoria 3.^a.3).

Se entiende cumplido el mandato legal cuando, dentro del plazo legal, se ha inscrito la escritura de transformación en el Registro Mercantil de la provincia de la sede social. No basta con la adopción del acuerdo, ni con el otorgamiento de la escritura pública correspondiente. Aunque la transformación no produce efectos frente a terceros (de buena fe) hasta la publicación de los datos esenciales de la inscripción en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (art. 22.1 del Código de Comercio, en la redacción dada por el art. 1 del Proyecto), a los efectos de evitar la responsabilidad personal de los administradores por las deudas sociales es suficiente con la inscripción (arg. ex disposición transitoria 3.^a.3 en relación con la disposición transitoria 2.^a).

2.2.3. *El momento de la transformación.*—Atendiendo al momento en que la transformación tenga lugar, tres son las hipótesis a considerar:

a) Transformación anterior a la entrada en vigor de la Ley, pero posterior a la entrada en vigor de la disposición transitoria 3.^a Como es sabido, la Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades no entrará en vigor *íntegramente* en una misma fecha: a la regla general se han añadido algunas excepciones. La regla general es la entrada en vigor del 1.^o de enero del año siguiente a aquel en que la Ley se promulgue (disposición final 3.^a.1). De entre esas excepciones, interesa ahora referirse a la constituida por las disposiciones transitorias 2.^a, 3.^a y 4.^a —referentes a la obligación de adaptación de los Estatutos sociales y, en relación con las sociedades con capital inferior a diez millones de pesetas, a la obligación

de aumentar el capital social o transformarse—, las cuales entrarán en vigor con anterioridad: para el cumplimiento de esas obligaciones, se concede un plazo de tres años, que se cuenta —como antes se indicó— desde la publicación de la Ley en el *Boletín Oficial del Estado* (v. disposición transitoria 2.^a). De ahí que sea perfectamente posible efectuar el cambio de forma antes de la vigencia de las modificaciones que en el régimen jurídico de la transformación se proyectan introducir. De elegir ese momento para la transformación, incluso en el caso de transformación de anónimas en sociedades de responsabilidad limitada, el accionista conserva el derecho de adhesión o de separación (en sentido impropio) y, correlativamente, no goza de la *vacatio* de tres meses para transmitir las participaciones sociales con el mismo régimen de las acciones en el momento de la transformación. A algunas sociedades —a aquellas en las que existan socios poco interesados por la vida social y que, sin embargo, no quieran transmitir sus acciones— les convendrá aprovechar los últimos meses de vigencia del derecho de adhesión en ese supuesto de transformación a fin de que, como consecuencia de la falta de conocimientos o de diligencia de esos socios, se pueda proceder al reembolso de sus participaciones sociales y, en definitiva, a la separación de los mismos de la entidad que se transforma. No hace falta advertir que tales transformaciones, al igual que las realizadas con posterioridad a la entrada en vigor general y antes del transcurso del plazo de tres años, están exentas de tributos y exacciones de todas clases (disposición transitoria 4.^a.1) y se beneficiarán de una reducción en los derechos a percibir por Notarios y Registradores como consecuencia de la aplicación de los respectivos aranceles (disposición transitoria 4.^a.2).

b) Transformación posterior, tanto a la entrada en vigor de la Ley como de la disposición transitoria 3.^a. A estos cambios de forma serán de aplicación los nuevos preceptos en materia de transformación. Si la anónima se transforma en limitada, no existirá derecho de adhesión (artículo 155.1 LSA).

No exige la Ley que se realicen simultáneamente la adaptación de los Estatutos sociales (disposición transitoria 2.^a) y el aumento del capital social o la transformación (disposición transitoria 3.^a). Simplemente establece el plazo máximo para llevarlas a cabo. Es perfectamente posible, por consiguiente, que se realice inicialmente la adaptación y que se espere para más adelante, aunque siempre dentro del plazo de tres años, para aumentar el capital social o para la transformación. Aunque no coincidan, ambos actos jurídicos gozan de exención tributaria y de reducción de aranceles (disposición transitoria 4.^a).

c) Transformación posterior al plazo legal de adaptación. Al igual que en el caso anterior, el régimen de la transformación será obviamente el modificado. Ahora bien, estas transformaciones tardías no estarán exen-

tas del pago de tributos y exacciones fiscales ni gozarán de la reducción de aranceles notariales y registrales (v. disposición transitoria 4.^a). Además de esta técnica de disuasión para evitar el retraso, la Ley utiliza otra de mucha mayor eficacia: los administradores y, en su caso, liquidadores responderán personal y solidariamente (entre sí y con la sociedad) de las deudas sociales (disposición transitoria 3.^a.3).

No aclara la Ley de qué deudas sociales responden administradores y liquidadores. A nuestro juicio, sería oportuno que en la tramitación parlamentaria se introdujera en el Proyecto la precisión de que esa responsabilidad sólo se extiende a las deudas contraídas por la sociedad *una vez finalizado el periodo de tres años para el aumento o la transformación*, y no de las contraídas con anterioridad. De lo contrario, al no distinguir la norma legal, el ámbito objetivo de la responsabilidad será el general: los administradores responderán de *todas las deudas sociales*, cualquiera que sea la fecha en que se hubieran contraído. En todo caso, el aumento del capital social o la transformación tardíos no son causa de extinción de esa responsabilidad legal por las deudas de la sociedad. Naturalmente, a partir del aumento o de la transformación, por las nuevas deudas que se contraigan los administradores y liquidadores no responden.

En el Proyecto de Ley, la transformación tardía es posible *sine die*. De prosperar la enmienda del Grupo Socialista del Congreso (enmienda número 351), el aumento o la transformación tardíos sólo serían posibles hasta el 31 de diciembre de 1995, fecha en la que, de no encontrarse inscrita la íntegra ejecución de alguno de esos dos acuerdos, la sociedad quedará disuelta de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta. Esta solución parece fundarse en la conveniencia de «limpiar» el Registro del elevadísimo número de sociedades inscritas que de hecho han dejado de existir. De ser ésa la finalidad de la norma, no sólo debería conectarse al incumplimiento de la obligación de aumento o de transformación, sino también al incumplimiento de la obligación de adaptación estatutaria. En todo caso, si alguna de las sociedades canceladas estuviera realmente viva y continuase actuando en el tráfico, se trataría de una *sociedad devnida irregular* por cancelación de oficio, sin que la irregularidad pudiera sanarse. No es fácil determinar el régimen jurídico interno y externo aplicable a esa clase de sociedades, cuyo patrimonio, en rigor, tendría que liquidarse conforme a las reglas establecidas para la colectiva en cuanto sociedad general del tráfico.

2.2.4. *Referencia a la transformación de sociedad de responsabilidad limitada.*—Al igual que las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital no alcance la cifra de 500.000 pesetas deben proceder a la oportuna adecuación. Sin embargo, sorprendentemente, el Proyecto de Ley sólo se refiere al aumento del capital social, silenciando la posibilidad alternativa de transformarse en sociedades colectivas o comanditarias simples (v. disposición transitoria 3.^a.1 *in fine*). El silencio —cuya causa es probablemente el olvido— no significa que esa transformación no sea posible. Lo que sucede es que, al no haber sido prevista, es dudoso que goce de exención tributaria y de la deducción de aranceles.

Aunque no con la técnica adecuada, en la enmienda número 351 del Grupo Socialista del Congreso, se contempla expresamente la alternativa de la transformación (disposición transitoria 5.ª *in fine*; v. *BOCG*, *CD*, III Leg., serie A, núm. 80-6, pág. 165).

ANGEL ROJO
Catedrático de Derecho Mercantil
Abogado

Sistemas registrales inmobiliarios en la República de Irlanda. Comparación con el Derecho inglés

SUMARIO: EVOLUCION HISTORICA Y FUENTES.—ORGANIZACION DEL REGISTRO.—CONTRATACION INMOBILIARIA.—INSCRIPCION VOLUNTARIA Y OBLIGATORIA.—PRIMERA INSCRIPCION Y ULTERIORES. EL REGISTRO Y LOS DATOS FISICOS DE LA FINCA.—DERECHOS INSCRIBIBLES.—EFECTOS DE LA INSCRIPCION.—JUICIO CRITICO.—BIBLIOGRAFIA SUMARIA.—APENDICES.

EVOLUCION HISTORICA Y FUENTES

Coinciden todos los autores en señalar el año 1708 como el punto de arranque del sistema registral irlandés. Fue, efectivamente, en este año, en tiempos de la reina Ana, cuando se dictó, para el entonces territorio de la Corona británica, la Ley que estableció el **REGISTRY OF DEEDS** (*Registro de documentos*).

Este primer hito registral corresponde a una primitiva fase de publicidad, que también encontramos en otros sistemas herederos del Common Law: los Registros ya desaparecidos de Middlesex y Yorkshire en Inglaterra, el Registro de Sasines en Escocia o los sistemas registrales norteamericanos de *recording*.

El Registro de documentos es simple y de efectos más bien modestos. En el preámbulo de la Ley se justifica su implantación por el deseo de la Corona de asegurar las transmisiones evitando falsificaciones y fraudes en la titulación inmueble. No voy a discutir si los principios en que se basaba eran análogos al sistema francés primitivo de transcripción; bástenos señalar que se trataba de un sistema de archivo de títulos, o mejor, de resúmenes (*memorials*) de documentos que contenían los extremos exigidos por su legislación: fecha del documento, identificación de las partes y testigos, descripción de la finca. El objeto era hacer oponibles los dere-

chos resultantes de los documentos debidamente registrados a los sucesivos adquirentes en virtud de títulos aún no registrados. Su limitado efecto era determinar prioridades y, desde luego, no producía los enérgicos efectos de la fe pública registral. De esta suerte, el comprador o acreedor hipotecario debería investigar e interpretar no sólo la validez de los documentos cuyo resumen se publicó, sino cualquier otro que no depositado, limitare las facultades de su transmitente, así como cerciorarse de la identidad de la finca.

La técnica registral es también simple: el documento original se coteja con el resumen, y una vez comprobada la conformidad se devuelve al presentante y se archivan los extractos en el orden de presentación. El cuadro se completa con un elemental sistema de índices de documentos —*abstract book*— y de personas —*index of names*—. El problema es determinar la extensión del beneficio de oponibilidad de que goza quien se ampara en este primitivo Registro. En dos casos famosos —*lord Forbes vs. Denison* (1972) y en el aún más conocido *Le Neve vs. Le Neve*— se planteó el problema de la buena fe. Se ha discutido, y se sigue discutiendo, si merece la prioridad quien se anticipa a hacer constar su derecho, para de este modo perjudicar a quien si bien adquirió con anterioridad, no registró, a su vez, la adquisición. Parece que si el «tercero de prioridad» actuó dolosamente o con negligencia inexcusable, no merece la protección del Registro, que nunca puede servir de instrumento del fraude (*a statue would never become a cloak for fraud*). Por lo demás, este Registro es una buena prueba del respeto de las legislaciones heredadas del Common Law por sus tradiciones. Está llamado a desaparecer cuando el sistema que lo sustituirá —*el de títulos (o titularidades reales)*— se imponga como obligatorio en toda Irlanda. Aunque un mínimo de organización existe —resúmenes de los *memorials* se archivan en libros especiales «Abstract Books» y se lleva un índice de personas—, la llevanza del Registro de documentos es elemental: cada instrumento se archiva en el orden en que se deposita en el Registro, y a falta de folio real, los abogados de las partes interesadas —los siempre presentes *solicitors*— ganan sus aranceles investigando en la selva de títulos. Labor ésta, la de investigación, que aunque muy querida por el sistema del Common Law, y que constituye parte importante de la tarea encomendada a los abogados, se nos antoja innecesaria o, al menos, muy simplificada, si se organiza un eficiente sistema de publicidad registral. Ya lo advirtieron pronto los irlandeses.

Intentó sir Richard Torrens —quien habría de tener más fortuna en Australia— la creación de un sistema registral de títulos («Title R.») que salvara los inconvenientes del anterior. La Ley de 1865, aunque técnicamente muy buena, no tuvo éxito. Unos centenares de títulos —800—

accedieron al nuevo Registro, pero la mayor parte de la propiedad inmueble quedó fuera. Esto se debió, en primer lugar, a la imprevisión del Gobierno, que no cuidó de organizar un cuerpo de Registradores ni una mínima infraestructura registral. Además, el sistema no estimulaba la inscripción —siempre voluntaria— y resultaba tan exigente en materia de fijación de linderos y datos físicos de las fincas que pocos decidieron aprovecharse de las ventajas del nuevo orden registral. Para el triunfo de un sistema moderno de publicidad fue necesaria la Reforma Agraria de la segunda mitad del pasado siglo.

Una parte importante de las tierras estaba en manos de terratenientes ingleses absentistas, que no estaban sobrados de dinero, y cuyos títulos sobre las tierras que cultivaban colonos irlandeses estaban lejos de ser todo lo claros que sería de desear. En estas condiciones, se dictó la Ley de compra de tierras, que produjo un efecto saludable similar al de nuestras leyes desamortizadoras. El resultado fue que se compraron las tierras con dinero público para luego cederlas a los colonos, que las adquirirían a cambio de unas rentas. Para conservar el nuevo Estatuto surgido de la «Land Purchase Act» era necesario una nueva ordenación registral. Todos los títulos por los que la Corona invertía a los propietarios resultaron de obligatoria inscripción, para lo cual se dictó la primera Ley Hipotecaria moderna: «Local Registration of Title (Ireland) Act», 1891. Se crea por ella un sistema de inscripción, que en puridad no es ni de folio real ni personal. Abren folio titularidades reales, según el Registro de que se trate, y en sucesivos asientos se recoge toda la historia tabular de la titularidad original y sus cargas. Con lo cual puede resultar que una misma finca está en más de un folio, como se ve en el ejemplo que acompaño (apéndices 2 y 3). La Ley creó una Oficina Central, y luego las locales, en los diversos condados, y fue derogada por la de 1942. En la actualidad, la legislación hipotecaria está constituida por la Ley —«The Registration of Title Act», 1964, desde ahora RTA— y su Reglamento —«Land Registration Rules», 1972, desde ahora LRR—, que han sido modificados en 1981 y 1986.

ORGANIZACION DEL REGISTRO

Sigue el sistema de Oficina única. En la Oficina Central es donde se registra la totalidad de la tierra de Irlanda (s. 7 ss. RTA). No obstante, existe una voluntad de descentralización de la función registral. Existen Registros locales, pero sus funciones son complementarias y de publicidad formal, distando de estar claras en la regulación legal. Esto no supone un problema de servicio, pues se admite con carácter general la presentación

de los documentos por correspondencia —la gran mayoría de los presentados—, y como las oficinas locales tienen duplicados es posible obtener copias.

Como consecuencia de la centralización existe un Registrador central, en el que generalmente coinciden los cargos de titular de sendos Registros —de títulos y de documentos—, que debe ser *barrister-at-law* o *solicitor* de reconocido prestigio y una práctica de, al menos, diez años en la profesión (s. 9 RTA). Es elegido por el Gobierno y tiene a sus órdenes todo el personal necesario, con la categoría de funcionarios —*civil servants*— según plantilla fijada de común acuerdo entre el Ministro de Finanzas y el de Justicia. El Registro se organiza en cinco regiones o áreas territoriales, al frente de las cuales está un funcionario calificador de los títulos —*examiner of titles*— y de los datos físicos —*examiner of maps*—. Los cargos jurídicos, que están en la cúspide de los departamentos —*deputy Registrar...*—, suelen ser *barrister*, estando los servicios de planimetría bajo la responsabilidad del Registrador. La retribución es por arancel, el último de 1983, próximo a ser sustituido, que gira por conceptos inscribibles (*vid.* apéndice). La retribución del personal, los gastos de la Oficina y demás cargas necesarias para el servicio deben ser cubiertas con los aranceles percibidos, y que determina el Ministro de Justicia de conformidad con el de Finanzas. Aunque en teoría dependiente de la Administración, en la práctica tiene el Registro una notable autonomía —*self-governing body*—, pero debe reintegrar a la Administración los excesos de recaudación, pequeños, habida cuenta los programas de informatización y nuevos servicios emprendidos. La retribución es fijada por la Administración —*the Direachtas*—.

El Registro se lleva por folios. Existe un índice de fincas y de personas: *index of names and of lands*. Abren folio ciertas titularidades reales que se organizan en dos «registros» o secciones, como luego veremos a propósito de los derechos inscribibles.

El Registrador tiene amplias facultades calificadoras, que se extienden primero a los datos físicos de la finca, a cargo del servicio de planos —«Mapping Branch»—, y luego a los datos jurídicos. Los datos físicos de la finca, así como la referencia a los derechos mineros, si existen, y a los linderos, son descritos en la parte primera del folio registral —*the property*—. Y es que hasta el Reglamento de 1937 no se estableció una forma para los asientos del Registro, pero la práctica impuso, de modo similar al Derecho hipotecario inglés, la división del folio en tres partes (r. 3 LRR): *en la primera*, como dije, se describe la finca, con referencia a la identificación del plano que obra en el Registro. También se hacen constar las servidumbres y otros derechos a su favor. Termina la primera parte del folio con un pronunciamiento sobre los derechos mine-

ros. *La segunda parte* —*title*— recoge la historia tabular del derecho a que el folio se refiere. Por ejemplo, el folio 2029 F (*freehold*), en su parte segunda, describe el título y la condición del titular, así como sus circunstancias personales. A continuación, y en sucesivos asientos, se registran las transferencias. En esta parte, se hacen constar referencias a la emisión del certificado del título, asientos de prohibición de enajenar y cauciones (*inhibitions and cautions*), así como la circunstancia del fallecimiento del titular y el albacea designado.

Como en el Derecho inglés, el título puede ser absoluto —si no es susceptible de ser mejorado—, posesorio o cualificado. La simple posesión puede abrir folio registral, y es susceptible de convertirse en titularidad plena, a petición de parte, y cumplidas las exigencias legales (r. 33 ss. LRR), especialmente plazo (treinta o doce años en ausencia de contradicción y según los casos). Se dice que el título es cualificado cuando es susceptible de ser mejorado. Esta circunstancia se da cuando desaparecen las trabas, limitaciones o derechos que impidieron reconocer el título como absoluto, y que se exceptúan en la inscripción por resultar de los documentos presentados u otros asientos del Registro. Tratándose de propiedad limitada o arrendamiento real (*leasehold interest*), lo que viene a ser más bien un censo enfiteútico o una propiedad temporal a cambio de renta, se habla también de «buen título» —*good leasehold title*— cuando resulta suficiente para adquirir el derecho de arrendamiento, abstracción hecha de si el concedente —*grantor*— tiene o no derecho sobre la finca dada en arriendo. Esto se debe a que el arrendatario, salvo que otra cosa se pacte, no puede investigar el derecho del concedente y, por tanto, no puede garantizar al Registrador su adquisición eficaz.

La parte tercera recoge las cargas y derechos que pesan sobre la finca. Estas cargas reales pueden ser de diversa naturaleza, pero a efectos registrales conviene distinguir: 1) aquellas que, no obstante no ser registradas, perjudican a todo adquirente, tenga o no conocimiento de su existencia —*overriding interests* en Derecho inglés—, de innecesaria inscripción, aunque pueden ser objeto de un asiento de mera publicidad (*notice*: s. 72 RTA, en relación r. 146 LRR); 2) las que son susceptibles de ser inscritas para perjudicar a terceros y así beneficiarse de la fe pública del Registro (las de la sección 69 de la Ley, que contiene una amplia enumeración de derechos reales en finca ajena que no pretende ser exhaustiva), y 3) las que son susceptibles de abrir folio registral. Esta última categoría no deja de sorprender. Conviene tener en cuenta que el Registro se organiza en dos secciones: la sección *a)*, destinada a la publicidad de la propiedad plena o en *freehold* y limitada o en arrendamiento real —*leasehold*—, y la sección *b)*, que permite la publicidad de ciertas cargas y derechos reales —*subsidiary interests*—. Así resulta, por ejemplo, que

sobre la finca numerada O.S. 13/6 del plano del Registro pesa un arrendamiento de ciento cincuenta años a cambio de una renta de tres libras anuales. Esta propiedad, si de propiedad se trata, abre folio 4048 L, y las sucesivas transmisiones se hacen constar en la parte segunda del mismo. A su vez, esta «propiedad limitada» está registrada como carga en el folio 7742, que corresponde al abierto al derecho del propietario pleno. Por su parte, el derecho del arrendatario está gravado con una carga real —*rentcharge*—, una deuda de renta que grava la finca por valor de 2.000 libras y que se hace constar en la parte tercera del folio abierto a aquél. Si el acreedor de renta quisiera, a su vez, transmitir, gravar o enajenar su derecho, podría hacerlo constar en un folio separado al amparo de la sección *b)* del artículo —*section*— 8 de la Ley. Este artículo permite abrir folio independiente a ciertas cargas: *incorporeal hereditaments held in gross, charges, judgement mortgages* (los primeros son aquellos derechos reales inmobiliarios sobre cosa ajena que no llevan consigo la posesión de la finca sobre la que se imponen; los segundos, aquellos derechos reales que han sido registrados como cargas, y los terceros, hipotecas judiciales, una suerte de anotaciones de embargo).

Conviene precisar que el promotor de la inscripción puede ser en su propio beneficio o en interés de otro, es decir, como *trustee* o fiduciario sujeto a *trust*. También puede el fiduciario en disposición fideicomisaria o *settlement* solicitar la inscripción de su derecho. Por fin, se recogen previsiones para la inscripción de la cotitularidad, en particular la forma de cotitularidad denominada *joint tenancy*, en donde muerto uno de los cotitulares, la porción vacante acrece a los supérstites.

A la parte tercera se adhiere un plano, que es copia del que existe en el Registro, y en el que se dibujan los linderos de la finca. Este plano forma una misma unidad con el folio registral, copia del cual debidamente autenticada y entregada al titular constituye el certificado del título, similar al del Derecho australiano, salvo en la inatacabilidad tan rigurosa de este último.

CONTRATACION INMOBILIARIA

Sigue el sistema del Common Law, bien distante de la discusión sobre el título y el modo. Como ya se ha escrito sobre ello sólo haremos algunas precisiones:

Para la transmisión del dominio o de un derecho sobre una finca es menester seguir un procedimiento, que a los juristas continentales se nos antoja complejo y constituido, como todo procedimiento, por una serie

ordenada de actos, regulados por la costumbre, la Ley (en Irlanda, las «Conveyancing Acts» de 1881 y 1911) y lo pactado entre los interesados. Los rasgos más característicos de este procedimiento son: la intervención de los Abogados de las partes —*solicitors*— y la articulación en dos fases, que llamaremos —para seguir la traducción literal, pero equívoca. del inglés— contractual y traslativa. En cuanto a lo primero llama nuestra atención por dos circunstancias: la primera, negativa, que es la ausencia de Notario; la segunda, el desempeño de sus funciones —al menos, en parte— por la representación letrada. Es el *solicitor* quien presta asesoramiento a su cliente, quien investiga el derecho del transmitente y demás pormenores de la transmisión, y ante quien se otorga el título (es costumbre que el título o *deed* se firme, selle y entregue por el transmitente en el despacho de su Abogado, a presencia de sus *clerks* o empleados, que hacen las veces de testigos).

Esto no hace del título un documento público, ni siquiera privado legitimado, pero basta para la inscripción y con ello puede perjudicar a tercero.

Como adelanté, la transmisión pasa por una primera parte o «contractual». El objeto es concluir un acuerdo de transmisión o venta y fijar las condiciones en que ésta ha de tener lugar. Como todos los contratos en Derecho del Common Law precisa consentimiento, objeto y consideración o contraprestación (sólo a grandes rasgos coincide con nuestra causa). Concluye esta fase con un documento escrito (*a memorandum or note in writing*) en el que se suelen contener las condiciones en que la transferencia se ha de realizar y plazos: la prestación de fianza o señal; la facultad de resolver unilateralmente el contrato otorgada al vendedor en determinadas circunstancias, como el retraso o las objeciones del comprador o adquirente... Este documento está por escrito al ser exigencia de las leyes sobre la propiedad, para que las obligaciones que de él surjan sean susceptibles de hacerse valer ante los Tribunales (exigencia ésta que la *Equity* se ha cuidado de soslayar, al quedar satisfecha con la prueba de hechos idóneos de cumplimiento realizados por el transmitente; doctrina de *a sufficient act of part performance*) [*vid.* *Lexter vs. Foxcroft* (1701)]. Que este documento sea un precontrato o un contrato o simples tratos preliminares —posturas ellas defendidas por algunos de nuestros autores— es algo dudoso, y en todo caso una preocupación académica bien lejana de la mentalidad jurídica del Common Law, que desdeña las construcciones dogmáticas. Que las partes están vinculadas por lo convenido es algo indudable, pero es la naturaleza de los derechos que surgen del contrato lo que se resiste a una «traducción» afortunada. Se olvida que cuando el vendedor o transmitente conviene en la transmisión, el Derecho construye un fideicomiso —*a constructive trust*— en virtud del

cual se le imponen las obligaciones propias del fiduciario, conservando la propiedad en beneficio del adquirente hasta la entrega. Hasta ese momento, el adquirente tiene un interés en equidad —*an equitable interest*— sobre la finca y sus mejoras y accesiones, soportando desde ese momento el riesgo. Para complicar aún más las cosas, hasta la consumación del contrato —*completion*— y el cumplimiento por el comprador de la obligación del pago del precio, se reconocen al vendedor unas garantías que van desde el derecho de retención, si aún no ha entregado la finca, hasta el de hipoteca en equidad —*an equitable lien*— sobre la misma finca vendida.

Por lo demás, la finca se entiende transmitida o el derecho constituido desde la fecha de otorgamiento del título de transmisión —*execution of the conveyance*, cuando el título o *deed* es sellado, firmado y entregado por el transmitente—, sin perjuicio de que la transmisión no inscrita no podrá perjudicar a tercero adquirente a título oneroso con buena fe —*a subsequent bona fide purchaser for value*—, sino de la inscripción. La inscripción se entiende producida desde que los títulos se presentaron en el Registro (r. 63: *registration shall be completed as of the day on which the instrument or application is received for registration*).

La segunda parte del procedimiento de transmisión se denomina «CONVEYANCING». Tanta importancia dan los juristas de la familia del Common Law a esta fase conclusiva, que llega a constituir una disciplina altamente especializada e independiente del Derecho. Se persiguen dos resultados: la investigación de la validez del título y las cargas que pesan sobre la finca y el otorgamiento del título que recoge el convenio traslativo (*deed of conveyance*). Este título suele tener una estructura uniforme y se entiende otorgado cuando el transmitente lo firma, sella y entrega al adquirente, o mejor, a su *solicitor*, que es el encargado de la custodia de títulos y certificados. Tanto el sello como la entrega son actos rituales que se suelen sustituir por la mera referencia en el documento, aunque las obleas o sellos no suelen faltar decorando los títulos. Interesa señalar que la labor del *solicitor* recuerda la de un investigador privado. El del vendedor se cuida de suministrar un sumario —*abstract or epitome*— del título de éste, que luego es examinado por el letrado del adquirente, para después de hacer las consideraciones pertinentes —*requisitions on title*— proponer un borrador e investigar la validez del derecho del transmitente y las cargas que pesan sobre éste. Aquí la tarea está notablemente simplificada por el Registro. Al jurista del Common Law le interesa el Registro ciertamente por la seguridad que suministra al estado de la titularidad real inmueble (cosa, por otra parte, cubierta con sistemas de seguro de títulos), pero también porque simplifica la tarea del *solicitor* —es muy infrecuente que un particular acuda

personalmente al Registro o no se asesore por su Abogado—, agiliza su gestión y, en definitiva, la abarata. Parece interesante reseñar que la naturaleza quasi-institucional de la función de asesoramiento del *solicitor* en materia registral queda bien reflejada en Irlanda con la determinación de un arancel fijado en el propio Reglamento del Registro.

INSCRIPCION VOLUNTARIA Y OBLIGATORIA

Está prevista la extensión del sistema de inscripción obligatoria, con lo cual se suprimirá el actual Registro de documentos. Ahora la coordinación entre uno y otro Registro se realiza a través de los resúmenes que de oficio envía el Registrador de títulos cuando toma razón en su Registro.

Es obligatoria —*compulsory registration*— en los siguientes casos:

1. En los supuestos establecidos por leyes especiales: singularmente, las de Reforma Agraria —*Land Purchase Acts*— y Laboral —*Labourers Acts*—. 2. En los casos establecidos en virtud de Orden ministerial y respecto al territorio en donde resulte de aplicación. Así, una Orden de 1979 ha extendido la inscripción obligatoria a Carlow, Laoighis —o como quiera que se escriba, que hemos visto escrito este condado de cuatro formas distintas— y Meath. El efecto de la obligatoriedad no es hacer la inscripción constitutiva, como parecería de la s. 25 de la Ley. La inscripción es *conditio-iuris* o requisito de la eficacia del derecho. Si la transmisión (*grant, conveyance or assignment*) no se inscribe en el plazo de seis meses —compárese con los dos meses del Derecho inglés— resulta sin valor ni efecto.

PRIMERA INSCRIPCION Y ULTERIORES. EL REGISTRO Y LOS DATOS FISICOS DE LA FINCA

El promotor de la primera inscripción —no propiamente inmatriculante—, además de otros extremos (satisfacer el arancel del Registrador, pagadero en metálico, cheque o por timbre; acompañar un mapa de la propiedad de la escala mayor de las que existen en el Registro y que sea apto para la inscripción), deberá probar su título a satisfacción del Registrador. Deberá el *solicitor* acreditar su derecho, probando la cadena de transmisiones hasta llegar a un suficiente punto de arranque o raíz del título (lo que se denomina a *proper root of title*). ¡Imagínese la paciencia que supone la labor investigadora de reconstruir el tracto sucesivo en los últimos treinta años! (r. 19 LRR). No en vano generaciones sucesivas tienen a una misma firma de Abogados que les representen, quienes cus-

todian los títulos de la familia. El hallar un documento que pruebe una compraventa de hace, al menos, treinta años y todas las transmisiones posteriores no es nada fácil, y existen excepciones al rigor de la regla. Así, tratándose de títulos de adquisición otorgados por la Comisión de Reforma Agraria (*Land Commision*), o cuando el valor de la finca o el derecho no supera determinada cuantía: 50.000 libras tras la reforma de hace dos años. Las sucesivas transmisiones del derecho, así como las cargas y gravámenes que sobre él pesen se hacen constar en el mismo folio, en las partes segunda y tercera, respectivamente. Cada titular registral habrá de probar su derecho por medio de un certificado de título. Este no es más que una copia del folio registral en el que se hacen constar todas las sucesivas incidencias que han tenido acceso al Registro. Ni que decir tiene que para constituir una carga o transmitir su derecho, el titular ha de presentar el certificado. Es, pues, similar al que el Derecho australiano regula, pero sin lugar a dudas se parece más al inglés. Como requisito que es su presentación, para hacer constar negocios con eficacia real sobre la finca, una forma muy simple de conseguir una garantía es dando en prenda el certificado, lo que se hace frecuentemente en garantía de préstamos solicitados a bancos y *building societies*. Como en Derecho inglés no sustituye al asiento del Registro, y ello porque sólo refleja la situación real inmobiliaria existente al tiempo que se expidió o actualizó por última vez —lo que se hace constar en el mismo— pudiéndose haber alterado después. Por supuesto, el certificado se va actualizando cada vez que se presenta a inscripción y en caso de pérdida, o cuando parezca conveniente, el Registrador emite otro que le sustituya.

Especialmente interesante es lo relativo al acceso de los datos físicos de la finca al Registro. Ya vimos que la descripción de la finca sobre la que se impone la titularidad del folio se describe por la referencia a un plano registral. Efectivamente, en Irlanda no se sigue el sistema catastral. Como ya aludimos a propósito de la organización, los servicios de planimetría están bajo la autoridad del Registrador, constituyendo un servicio especial distinto del jurídico. Con justicia se puede afirmar que la calificación registral es doble y la coordinación completa entre el Registro y la descripción física de la finca. Los mapas son oficiales y suministrados por una oficina del Estado —«Ordnance Survey Maps»—. Son varias las escalas utilizadas, variando considerablemente según el área urbana o local. Tratándose de edificios en régimen de propiedad horizontal, se han dictado recientemente reglas especiales para la descripción del edificio, planta por planta. Aunque las escalas oficiales son 1/10.560, 12.500, 11.250 y 1/1.000 (esta última, «National Grid Mapping»), resultan admisibles escalas superiores —es decir, más detalladas— cuando el detalle de linderos lo aconseje para evitar ambigüedades.

Tanto para el caso de la primera inscripción como para las posteriores, si se modifica la extensión y linderos de la finca, lo que ocurre en caso de agrupación, división y demás mutaciones físicas o cuando se fijan linderos concluyentes, como veremos—, deberán acompañarse a los documentos presentados una copia del plano más detallado de los que obran en el Registro. El Registrador determinará en cada caso el tamaño idóneo de plano. Como la responsabilidad de la fijación de linderos recae en el interesado, se aconseja estén fijadas en el plano por un perito topógrafo.

La actualización de los planos se realiza, fundamentalmente, a iniciativa de los interesados. Cada vez que se altere la dimensión o forma de la finca, el titular acompañará al documento la copia del plano en que se hagan constar las modificaciones. Esta copia pasa a la calificación del servicio de planos —«Mapping Branch»— del Registro, que comprobará si el plano es original (no fotocopia), si coincide con la escala exigida si los linderos no son ambiguos y están bien trazados —existen normas especiales de tolerancia— y si no invade terreno ajeno según los linderos que resultan del plano del Registro. Una vez revisado, si la calificación es negativa se devuelven los documentos al interesado especificando la razón, y en caso contrario son calificados como aptos para ser registrados, lo que se hace constar por medio de un sello que se fija en el plano. Si el documento no tiene defectos, volverá al Departamento de planos, que corregirá el del Registro.

En principio, como en nuestro Derecho, el principio de legitimación no se extiende a los datos de hecho de la finca. *Res facti iuris, infirmari non potest*. Por eso, se hace constar en el sello que se estampa en el plano que ni la extensión ni linderos son concluyentes. Lo verdaderamente original es el procedimiento que se regula para «cristalizar» linderos, a solicitud de los colindantes, en cuyo caso harán prueba entre las partes que convinieron en su fijación y aquellos que traigan título de éstos (r. 148 LRR). Una solicitud de este tipo se hace constar en la parte primera del folio registral y afectará a ulteriores adquirentes, que adquirirán según las lindes que resulten cristalizadas en el Registro. Es más, está prevista la posibilidad de que el propio Registrador, por sí o por persona en quien delegue, actúe como órgano arbitral en jurisdicción voluntaria, a solicitud de las partes para la fijación de los linderos entre las fincas. El Registro puede, además, acordar la realización de trabajos de verificación de campo, constituyéndose un oficial en la finca y requiriendo a las partes para que convengan en la fijación de los linderos y extensión de las fincas respectivas. El documento o informe, debidamente firmado por los interesados, se trasladará a los libros del Registro. Existe un sistema de publicidad formal en todo similar al establecido para los datos jurídicos, y se hacen

constar en los planos tanto la referencia a los folios respectivos como los derechos que pesan sobre la finca (representados en distintos colores).

DERECHOS INSCRIBIBLES

El sistema inmobiliario creado con el Registro de títulos permite una publicidad inmobiliaria completa. Se puede decir que todo derecho real sobre inmuebles tiene acceso al Registro, si bien este principio no se enuncia con claridad en ninguna parte. Al objeto de clarificar este punto CONVIENE DISTINGUIR LAS SIGUIENTES CATEGORIAS:

I. *Derechos que no obstante no estar inscritos perjudican a todo posible adquirente, tenga o no noticia de ellos:* Corresponde a la categoría de los *overriding interests* del Derecho inglés. En ellos, la inscripción resulta superflua, sin perjuicio de que pueda publicarse su existencia por un asiento de mera publicidad (*notice*). Son los que, con enumeración que se pretende sea exhaustiva, se contienen en la s. 72 de la Ley: deudas de renta debidas a la Comisión de Reforma Agraria por la adjudicación en propiedad de las fincas, servidumbres legales, limitaciones del dominio (en este sentido, existe un Estatuto legal de limitaciones en «Statute of Limitations», 1957); derechos que nosotros incluiríamos en la doctrina de los derechos de uso inicu —*ius usus inoqui*— (*profits prendre*), derechos del Estado que gravan la finca con cargas reales en concepto de derechos sucesorios, rentas de la Corona, diezmos (*estate duty, succession duty, crown rents, title rentcharges*) ..

II. *Derechos de propiedad:* Aquí se incluyen las dos especies de *legal states*, a que se refiere la legislación de la propiedad inglesa de 1925, que tuvo la fortuna de simplificar la complicada jungla de los derechos reales (en palabras del ilustre iconoclasta OLIVER CROMWELL: *an angodly jumble*):

El denominado *fee simple absolute in possession*, en Derecho irlandés. *ownership of freehold land* —s. 8. a), i. RTA—, es decir, la propiedad plena.

El denominado *term of years. leasehold interest*, en la s. 8. a), ii. RTA, que viene siendo traducido por «arrendamiento real», aunque más se parece a una propiedad a término, o mejor, a censo enfiteútico a plazo, generalmente largo (son comunes los de más de cien años). Normalmente es a cambio de una renta que percibe el *grantor* o concedente, que retiene la propiedad —*the lessor retains a reversion*—, transmitiendo un amplio derecho de uso, aprovechamiento y explotación durante un

plazo o *term of years*. Tanto el derecho del arrendatario como el del propietario son transmisibles y enajenables.

III. *Registrable interests*: Aquí incluimos los demás derechos reales que pesan sobre el dominio o el derecho del arrendatario. Bajo la rúbrica de gravámenes —*burdens*— se contiene en la s. 68 ss. de la Ley, y en las reglas 103 ss. del Reglamento, una amplia enumeración. En ella se contienen, entre otros, los siguientes derechos:

- El arrendamiento de inmuebles (*lease*), exigiéndose, como regla general, un término o período aún sin extinguir de, al menos, veintiún años.
- La carga de renta o deuda inmobiliaria (*rentcharge*).
- El derecho de garantía del vendedor sobre la finca vendida y para la seguridad del precio pendiente de pago (*lien for unpaid purchase money*).
- Anotaciones de demanda o *lis pendens*.
- Servidumbres y derechos de superficie.
- Hipotecas judiciales —*judicial mortgages*—, a modo de nuestras anotaciones de embargo, y en virtud de testimonio (*affidavit*).
- Limitaciones voluntarias al disfrute del dominio (*restrictive covenants*).
- La garantía real sobre fincas de una compañía emisora de obligaciones o bonos, cuando la carga originariamente flotante —*floating charge*—, es decir, sobre todo el patrimonio social, se concreta o «cristaliza» sobre ciertas fincas para la seguridad del crédito resultado de la emisión.
- Los poderes concedidos para gravar la finca o los fideicomisos para conseguir crédito sobre la misma (*power to charge and trust to raise money*).
- *Incorporeal hereditaments*, categoría de linderos bastante difusos y que viene a recoger todos aquellos derechos reales sobre finca ajena y que no entrañan la posesión física.
- Etc....

IV. *Otros derechos* —«*minor interests*»— susceptibles de ser protegidos por asientos especiales: Aquí son de obligada mención los derechos de cualquier persona, con interés legítimo, y a satisfacción del Registrador, a ser notificada con ocasión de cualquier operación registral sobre una finca. Estos derechos se protegen por un asiento especial denominado CAUTION (s. 97 RTA). El propósito es el de ser notificado de cualquier transacción sobre la finca para evitar perjuicio a sus derechos. Los más frecuentes son los casos de protección contra primera inscripción. En

éstos se concede al solicitante —*cautioner*— un plazo de diez días para comparecer y oponerse a la inscripción. Para evitar fraudes se amenaza con responsabilidad civil por perjuicios cuando se interpuso caución sin causa razonable. Existen cauciones contra ulteriores operaciones registrales —*cautions against registered dealings*—, lo que atribuye al interesado el derecho a comparecer y oponerse al acto registral especificado en el término de siete días u otro superior que excepcionalmente el Registrador conceda. Incluso es susceptible de prórroga, previa fianza para garantizar los perjuicios que se pudieran derivar. En todo caso, las *cautions* deben expresar los motivos que las fundamentan y solicitarse en garantía de derechos no inscritos (ejemplo típico, los derivados de una relación fiduciaria o *trust* y para garantizar los del fideicomisario o beneficiario).

Junto a las *cautions* hemos de citar las denominadas *inhibitions*. Son asientos preventivos, también para proteger derechos inscritos y que persiguen no sólo la advertencia al que las solicita, sino la constitución de una restricción o prohibición de enajenar, excepto con el consentimiento de determinadas personas o durante un cierto tiempo. Aquí se muestra la amplitud de las facultades calificadoras del Registrador, quien tras examinar el caso e incluso convocar a las partes a una comparecencia si lo cree necesario, puede extender el asiento. En caso de denegación registral es precisa una orden judicial. En todo caso es posible asentar en los libros la restricción con el consentimiento del titular afectado. Un asiento de este tipo surge además de los casos de *trusts*, disposiciones fideicomisarias o *settlement*, en los también frecuentes de incapacidad por enajenación mental, y a solicitud del tutor, en caso de quiebra o en los de los derechos de preferente adquisición —típicamente las opciones de compra, que aunque no susceptibles de inscripción, sí lo son de protección vía *caution* o *inhibition*—.

EFFECTOS DE LA INSCRIPCION

Además de los efectos derivados de los asientos especiales ya referidos —*notices, cautions* o *inhibitions*—, de ser un requisito legal para la válida transmisión de la finca o constitución del derecho, en los casos de inscripción obligatoria, el principio de legitimación es riguroso. El titular registral, provisto de su correspondiente certificado, es el único legitimado para disponer de su derecho, ya lo transmita o lo grave.

La fe pública registral se afirma con todo rigor —*conclusiveness of register*—. No es que el Registro tenga poderes terapéuticos, como en algún caso se ha sostenido del Derecho australiano, por ejemplo. Como en nuestro Registro, la inscripción no sana o convalida el derecho nulo.

Pero esto es sin perjuicio de que el Registro haga fe frente a todos de la titularidad de la finca y de todas las cargas registradas que sobre ella pesan.

Aunque el tercero tenga conocimiento de la existencia de otros derechos, si éstos son registrables, pero no inscritos, no le perjudicarán si, a su vez, inscribe sus derechos. Se exceptúa el caso de la adquisición dolosa o fraudulenta. En consecuencia: el adquirente a título oneroso y de buena fe (*subsequent bona fide purchaser for value*) de titular registral queda protegido de modo similar a como lo está en el Derecho español. La buena fe es el razonable cuidado en las investigaciones de los títulos y derechos de los transmitentes y excluye la negligencia inexcusable y el fraude, que, por supuesto, han de ser probados. La fe pública no se extiende a los derechos que no precisan de inscripción.

En cuanto al rango o prioridad de los derechos registrados, la regla general es que vienen determinados por la fecha o instante de la presentación de los documentos en el Registro (r. 61 LRR reza: *Applications and instruments shall rank for priority of registration in the order in which they are received in the central office*; respecto a cargas, la s. 74 RTA: *would rank according to the order in which they are entered in the register...*). Para hacer posible el despacho prioritario de los títulos primeramente presentados, se extiende una vez recibidos en el Registro, una nota de *pending registration* —pendiente inscripción— en el folio registral a que afectan. Se establecen reglas para la prioridad en caso de presentación simultánea de varios documentos —por cierto, muy similares a las nuestras—, y en el caso de presentación por correo, que es, con mucho, la más frecuente. Como ocurre en otros derechos del Common Law, se regula la reserva de prioridad en la obtención de notas o certificaciones de búsqueda en el Registro (*priority search*). Así, en la r. 191 LRR permite que cualquier persona que ha contratado para comprar, arrendar o gravar una finca puede solicitar del Registrador la extensión de un certificado con reserva de prioridad, que cierra el Registro por un breve plazo (catorce días, s. 108 RTA). Esta certificación permite conservar los derechos de todo adquirente potencial, desde que se celebra el contrato —*vid.* antes contratación inmobiliaria— hasta que se inscribe la adquisición.

En cuanto a rectificación del Registro inexacto, se contienen reglas similares a las nuestras. El Registro se presume exacto, sin perjuicio de la atacabilidad ante los Tribunales de la validez del título (s. 31, *in fine*. RTA reza: *... nothing in this Act shall interfere with the jurisdiction of any court of competent jurisdiction based on the ground of actual fraud or mistake, and the court may upon such ground make an order directing the register to be rectified...*). Se admite con bastante amplitud la rectifi-

cación del contenido del Registro, con intervención de la autoridad o con el consentimiento unánime de los interesados (s. 32 RTA). En caso de rectificación se emite nuevo certificado del título corregido, que no perjudica anteriores adquirentes protegidos por la fe del Registro. Los errores materiales —*clerical errors*— pueden ser corregidos de oficio por el Registrador, pero si éste lo considera necesario puede convocar a las partes o requerir su consentimiento.

Directamente vinculado con el tema de la rectificación del Registro *está el de la compensación (compensation payable out of the Central Fund)*. En el sistema registral no se articula un fondo de seguro a la manera australiana —un tanto por mil del valor de las fincas—, ni se establece responsabilidad personal del Registrador. Por ello, para indemnizar los perjuicios de quienes han sido privados de su derecho o de su propiedad por el juego del sistema, se constituye un fondo para atender las reclamaciones; por cierto, escasísimas, pues las partes suelen llegar a un arreglo privado antes de reclamar compensación. Desde luego, no son indemnizables los perjuicios en que se incurrió por hechos, omisiones o negligencia del interesado o su representante legal. Los daños derivados del fraude o falsificación de los títulos o de la inexactitud del Registro, aunque no hayan sido causados por negligencia del Registrador, incluso las costas judiciales de la rectificación registral, son indemnizables. El plazo para solicitar la indemnización es de seis meses desde que surge el hecho que causó el derecho a ser indemnizado. Cuando el Registrador en ejercicio de su función descubre un hecho que pueda dar lugar a indemnización, puede extender un asiento de *INHIBITION* para proteger el fondo frente a posibles reclamaciones.

En cuanto al *tracto sucesivo*, su cumplimiento se articula con la técnica del certificado del título. Todo transmitente o enajenante debe presentar su correspondiente certificado, que le legitima como titular registral, y como el titular de un derecho real sobre cosa ajena no recibe, como es lógico, en depósito el título del dominio sobre la finca gravada, se establecen previsiones sobre la extensión a su favor de un certificado de cargas. Una vez extendida la transferencia —*dealing*— en el Registro, se actualiza el certificado o, en su caso, se extiende otro nuevo para que concuerde con el Registro. Este sistema es muy similar al que para el Derecho marítimo registrable regula nuestro Código de Comercio, a propósito de la certificación que el capitán lleva a bordo.

En cuanto al *principio de legalidad*, llama poderosamente nuestra atención la ausencia de exigencia de título público para inscribir. Existen modelos impresos oficiales para casi todos los actos del Derecho registral —algo más de 100 formas—, a los que se dedica, en sus dos versiones, inglesa e irlandesa, una parte importante del Reglamento, bajo el epígrafe

Schedule of forms. Para los actos o instrumentos para los que no existe forma especial, el Registrador determinará la forma idónea de redacción, que habrá de seguir, en lo posible, a los impresos oficiales análogos (r. 52 LRR). Por regla general, los documentos a presentar al Registro se han de firmar a presencia de un testigo, que da fe de conocimiento de los otorgantes. Las firmas deben ser adveradas por un funcionario público competente —denominado *Commissioner for oaths*, a modo de Juez de paz, o un *Notary public*—, aunque también por el propio Registrador. El funcionario adverte debe conocer al deponente (el transmitente o enajenante) o al testigo de conocimiento.

La facultad de *calificación* del Registrador es amplísima, como amplio, en algunos casos se nos antoja excesivo, ámbito de discrecionalidad: califica datos de hecho como jurídicos, puede convocar a las partes a que comparezcan bajo pena de desobediencia civil si no lo hacen, puede rectificar en ciertas condiciones los asientos del Registro, acordar la revisión de los datos físicos y planimetría, legitimar firmas, mejorar títulos, extender *cautions* o *inhibitions* cuando las razones que las motivan le satisfagan, etc.... Contra la decisión del Registrador cabe recurso a los Tribunales [*Appeals to the Court under section 19 (1) of the RTA*]. Este recurso puede dirigirse a las *Circuit Courts* (Audiencias) o al Tribunal Superior (*High Court*), según una reciente modificación del Reglamento de 1986 (SI, núm. 310, 1986). También puede el Registrador acudir en consulta sobre materias propias de la calificación a los Tribunales (s. 19 RTA, que reza: *whenever the Registrar entertains a doubt as to any question of law or of fact arising in the course of registration under this Act, he may make an order referring the question to the Court*).

Por supuesto, rige el principio de *rogación*, o sea, que, en general, y sin perjuicio de la actuación de oficio del Registrador en algunos casos, toda operación registral ha de ser solicitada por alguna de las partes u ordenada por la autoridad judicial.

Por lo que hace a la *publicidad formal*, el sistema registral irlandés no es tan cicatero como lo es su pariente próximo, el inglés, o como lo era, porque está siendo objeto de reformas recientes. Como es sabido, en el *Land Register*, a diferencia de lo que ocurre en el Registro de cargas, se establece el principio de la privatividad o secreto registral (*Privacy*). Nadie puede consultar el Registro sin la autorización del titular registral. En el sistema irlandés, el Registro es una oficina pública y está abierto a todos los que deseen conocer la situación jurídico real de los inmuebles inscritos. Quizá convenga precisar. Hay que distinguir según la forma de llevar a efecto la publicidad formal, porque tratándose del examen de los títulos de transmisión o gravamen que se depositan en el Registro sólo el titular registral, quien éste autoriza o el que lo está por orden judicial

tiene derecho al examen directo de los datos registrales. Cualquiera, sin embargo, puede obtener copia de los folios de las titularidades. En la práctica se concede discreción al Registrador para autorizar el examen a quien crea conveniente (r. 188 LRR). Se autoriza al Registrador la realización de cuantas averiguaciones crea conveniente para cerciorarse del interés legítimo del solicitante.

Toda persona autorizada para examinar los libros puede obtener copia simple. Todo interesado, por contra, puede solicitar del Registrador una certificación (*a official search*). Esta puede ser, como vimos, con o sin reserva de prioridad, y además puede ser realizada por teléfono o telegrama. La informatización ha comenzado hace cuatro años. Actualmente está informatizada en su integridad el área urbana de Dublín y existe un proyecto de informatización total para 1992. En cuanto a los planos, está prevista la informatización por sistemas ópticos.

También están abiertos a la publicidad los índices. Existen, como ya anticipé, dos índices: *index of names* (personas) y el *index of property* (fincas). El índice de personas contiene el nombre y el domicilio de cada titular registral, y la referencia al folio registral. El índice de fincas contiene las referencias al plano registral de cada parcela y al folio registral. Cualquier interesado puede obtener información y copias de los folios registrales, los mapas del Registro y los índices.

La función de las oficinas locales es modesta. En ellas se conserva un duplicado de los folios registrales abiertos al propietario pleno o en arrendamiento real del condado, un índice parcial de personas y otro de las fincas radicantes en el condado.

JUICIO CRITICO

El sistema inmobiliario registral creado con el Registro de títulos satisface suficientemente las necesidades de publicidad registral, y cuando se extienda la inscripción obligatoria terminará con los residuos del primitivo sistema de inscripción de documentos, una reliquia llamada a desaparecer. Esto no obstante, conviene hacer algunas críticas:

En primer lugar, la estructura del Registro en folios abiertos a titularidades reales resulta engorrosa y compleja. Así puede haber abierta a una finca varios folios relativos a la propiedad plena, el abierto al arrendatario en *leasehold*, el o los abiertos a los titulares de cargas reales, etc.... Un sistema como el de folio real es más perfecto que el actual existente. Por lo demás, toda la doctrina de la inmatriculación está ausente y la regulación de la primera inscripción se resiente de muchos problemas y de lo

complicado de las exigencias. Por si fuera poco, se permite la inscripción de títulos de mera posesión y de títulos defectuosos, sujetos a la reserva o excepciones hechas por el Registrador (*qualified title*), que, en mi opinión, resultan de difícil justificación.

La coordinación de la publicidad jurídica y la relativa a los datos físicos de la finca es satisfactoria, pero se echa de menos un sistema más eficiente de actualización de los datos físicos, que descansa, mayoritariamente, en la solicitud de los interesados y donde no es frecuente los estudios de campo por peritos topógrafos del Registro.

El principio de fe pública registral hace aguas ante los supuestos de derechos que no precisan de inscripción para perjudicar a todo adquirente, aunque lo haga confiado en lo que el Registro publica.

Es infrecuente en la práctica la inscripción de los títulos sucesorios, y más lo es aún la fijación o cristalización de linderos, con lo que debería estimularse ambas operaciones registrales.

La calificación del Registrador es tan amplia, que en ocasiones se observa excesiva discrecionalidad y en algunas de las funciones que desempeña parece invadir las propias de los fedatarios públicos —legitimación de firmas— o las de los Tribunales. El desenvolvimiento del Registro al margen de toda intervención notarial hace ganar al procedimiento registral en agilidad, pero le hace perder mucho en términos de seguridad jurídica.

La organización bajo el principio de oficina única no parece idónea, pudiendo congestionar el Registro. Las oficinas locales, por otra parte, deberían ir asumiendo progresivas competencias en aras de una descentralización que acerque la publicidad al administrado.

Por fin, señalar que el sistema articulado en torno al certificado del título no es, desde luego, perfecto. Por ejemplo, no es precisa la presentación del mismo para constituir las llamadas «hipotecas judiciales», con lo cual el certificado puede reflejar como libre de cargas una finca repetidas veces gravada.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

1. Sobre el Derecho de propiedad inglés: *Megarry's Manual of the Law of Real Property*. La edición consultada es la sexta. Sixth edition by DAVID J. HAYTON. STEVENS. Otras obras clásicas son: *William's Principles of the Law of Real Property* —23th edition— y, por fin, *Haye's Introduction to Conveyancing* —5th edition—.
2. Sobre el Derecho registral inglés: *Hayton's Registered Land* —3th edition— y *Ruoff & Roper's Registered Conveyancing* —4th edition—.
3. Doctrina española de interpretación del Derecho hipotecario inglés. Vid. bibliografía contenida en JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Ed. Civitas, tomo I, págs. 427 y sigs. Fundamental el

libro de BAZ IZQUIERDO: *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación con el sistema hipotecario español*, Madrid, 1980.

4. Sobre el Derecho irlandés: *Registration of title in Ireland*, DESMOND L. MC ALLISTER. El ya clásico *Registration of title in Ireland*, de BROWNING & SMITH, 1912, no recoge las últimas reformas. También *Registration of deeds, conveyances & judgement mortgages*, MADDON, 1901. Un poco más reciente: *Registration of owners of land in Ireland*, W. E. GLOVER, 1933. Todos estos libros son difíciles de encontrar, pues no han sido reimpresos desde hace tiempo.
5. Para los textos legales: todos se publican por Government Publications Sale Office, Sun Alliance House, Molesworth st. La Ley es number 16 of 1964», y el Reglamento ha sido aprobado por el S.I. —statutory instrument— No. 230 de 1972, y modificado por los S.I. No. 310 de 1986 y No. 258 de 1981.

APENDICES

APENDICE 0

STATUTORY INSTRUMENTS

S.I. No. 388 of 1983

LAND REGISTRATION FEES ORDER, 1983

(Pl. 2074)

S.I. No. 388 of 1983

LAND REGISTRATION FEES ORDER, 1983

I, MICHAEL NOONAN, Minister for Justice, in exercise of the powers conferred on me by section 14 (1) of the Registration of Title Act, 1964 (No. 16 of 1964), and with the consent of the Minister for Finance, hereby order as follows:

1. (a) This Order may be cited as the Land Registration Fees Order, 1983.
- (b) This Order shall come into operation on the 1st day of March, 1984.
2. The Land Registration Fees Order, 1981 (S.I. No. 370 of 1981) is hereby revoked.

3. In this Order—

«the Act of 1964» means the Registration of Title Act, 1964 (No. 16 of 1964);

«the 1972 Rules» means the Land Registration Rules, 1972 (S.I. No. 230 of 1972), and any subsequent rules amending or extending the same;

«the Registrar» means the Registrar of Titles;

«value» means:—

- (a) in the case of registration of transfers on sale of registered property, the amount of the money consideration expressed in the transfer (or, where the property transferred includes unregistered property, the amount of the money consideration attributable, in the opinion of the Registrar, to the registered property), including the consideration for goodwill, together with the amount of any registered money charge (except a land purchase or land reclamation annuity or a charge under the Small Dwellings Acquisition Acts, 1899 to 1962 or the Housing Act, 1966 (No. 21 of 1966)), subject to which the property is transferred;

Notice of the making of this Statutory Instrument was published in «Iris Oifigiúil» of 23 December, 1983.

- (b) in the case of registration of money charges (including judgment mortgages) secured on registered property and in the case of examination of title under Rule 45 (d) of the 1972 Rules—
 - (i) where the amount of the charge is a definite sum, the amount secured;
 - (ii) where the charge is to secure an indefinite sum the amount covered by the stamp duty, or where no stamp duty is payable the amount which is in fact secured by the charge;
- (c) in the case of registration of money charges (including judgment mortgages) secured on registered and unregistered property, the appropriate amount ascertained, pursuant to paragraph (b) of this definition, in respect of the proportionate part of the charges attributable to the registered property as certified by the solicitor for the applicant or by a person who, in the opinion of the Registrar, is competent to value property.

4. The fees to be charged and taken in the Land Registry in proceedings under Act of 1964 shall be in accordance with this Order and the Schedule thereto and all such fees shall be payable in cash, or by means of Land Registry stamps, banker's draft, money order, postal order or cheque drawn to the order of the Registrar, provided that in any particular case the Registrar may decline to accept payment by cheque.

5. No registration shall be made and no other transaction shall be done or completed until the appropriate fee has been paid in accordance with Article 4 of this Order.

6. Where, on a transfer on sale, the whole or part of the purchase money is secured by way of a charge or lien for unpaid purchase money, full fees shall, on registration of the transferee, be chargeable on the full amount of the purchase money.

7. Where a transfer or assent creates charges for the repayment of moneys advanced on the property transferred or vested by the assent, as the case may be, or where such charges on the property are lodged at the same time as the transfer or assent, half fees only shall be chargeable for the registration of such charges.

8. Where a transfer, will or assent creates charges (otherwise than in repayment of moneys advanced) or burdens on the property transferred, devised or vested by the assent, as the case may be, or where a transfer or assent and an instrument creating charges (otherwise than in repayment of moneys advanced) or burdens are lodged at the same time, no fees shall be chargeable for the registration of such charges or burdens.

9. No fee shall be chargeable—

- (a) for the registration of the ownership of a charge on the register of the property charged where such registration is made at the time of registering the charge as a burden;
- (b) for the entry on the register of an address or description or change or amendment of name or description;
- (c) for the conversion of a title under section 50 of the Act of 1964 on the initiative of the Registrar;
- (d) for the registration of ownership of a registered burden on the transfer of such burden, where application is made at the same time for the registration of the ownership of the transferee;
- (e) in respect of an application for registration by a Department of State where it is certified to the satisfaction of the Registrar that the fee would, but for this paragraph be payable solely out of moneys provided by the Oireachtas.

10. Nothing in this Order shall authorise the charging of a fee for any registration or transaction that is required by statutory enactment to be made or done free of charge.

11. No fee exceeding £ 200 shall be charged in any one proceeding.

SCHEDULE

PART I

APPLICATIONS FOR REGISTRATION

Item 1:	
First registration	£ 25.00
Item 2:	
Registration of ownership under section 49 of the Act of 1964	£ 30.00
Item 3:	
Registration of—	
(a) transfers of property;	
(b) burdens—	
on the first £ 5,000 of value where the total value does not exceed £ 5,000	£ 50.00
on every £ 5,000 of value or part thereof by which the value exceeds £ 5,000	£ 25.00
Item 4:	
Registration of transfer other than transfer on sale of registered property	£ 30.00
Item 5:	
Registration of transmission on death	£ 30.00
Item 6:	
Registration of a transfer order under section 90 of the Housing Act, 1966	£ 4.00
Item 7:	
Registration of a purchase under the Labourers Act, 1936	£ 4.00
Item 8:	
All other registrations	£ 10.00

PART II

LAND CERTIFICATES, COPIES, SEARCHES AND INSPECTIONS

Item 9:	
Land Certificate (save where issued free under any statutory enactment)	£ 10.00
Item 10:	
(a) Sealed certified copy of folio of the register	£ 3.00
(b) Sealed and certified copy of folio with filed plan attached ...	£ 6.00

Item 11:	
Sealed certified copy of filed instrument, affidavit, order or ruling ...	£ 3.00
Item 12:	
Certified copy a map, showing rights of way and/or other special features, relating to the lands in one folio or, in the case of a Schedule Folio, to any particular lands ...	£ 15.00
Item 13:	
Official search under Rule 190 of the 1972 Rules ...	£ 3.00
Item 14:	
Priority search under Rule 191 of the 1972 Rules ...	£ 6.00
Item 15:	
Search by telegram or telephone under Rule 196 of the 1972 Rules ..	£ 4.00
Item 16:	
Search docket entitling the holder to search the indexes relating to any one title in any one day ...	£ 0.30
Item 17:	
Inspecting each folio, map, instrument or record ..	£ 0.30

PART III

MISCELLANEOUS

Item 18:	
Making any note or entry or providing any service for which no other fee is prescribed ...	£ 3.00

L. S.

GIVEN under my Official Seal, this 15th day of December,
1983.

MICHAEL NOONAN

The Minister for Finance hereby consents to the foregoing Order.

L. S.

GIVEN under the Official Seal of the Minister for Finance,
this 15th day of December, 1983.

ALAN M. DUKES

EXPLANATORY NOTE

(This note is not part of the Instrument and does not purport to be a legal interpretation thereof.)

The purpose of this Order is to prescribe the fees chargeable in the Land Registry as from the 1st March, 1984 under the Registration of

Title Act, 1964 (No. 16 of 1964). The Land Registration Fees Order, 1981 is revoked by this Order.

TABLE

Registration of transfers or burdens for which fees are payable under Item
3 of the Schedule to the Order

Value	Fees
1 — 5,000	50.00
5,001 — 10,000	75.00
10,001 — 15,000	100.00
15,001 — 20,000	125.00
20,001 — 25,000	150.00
25,001 — 30,000	175.00
30,001 — upwards	200.00

DUBLIN:
PUBLISHED BY THE STATIONERY OFFICE

to be purchased through any Bookseller, or directly from the
GOVERNMENT PUBLICATIONS SALE OFFICE
SUN ALLIANCE HOUSE, MOLESWORTH STREET, DUBLIN 2

50p

Wt. 5763. 750. 3/84. Cahill. (010356). G. 16.

LIST OF «EXEMPTED» AREAS

[lista de territorios/condados donde no existe obligatoria inscripción]

- | | |
|---------------------------|----------------------------|
| (1) <i>COUNTY BOROUGH</i> | (3) <i>URBAN DISTRICTS</i> |
| CORK | AN UAIMH (NAVAN) |
| DUBLIN | ARKLOW |
| LIMERICK | ATHLONE |
| WATERFORD | ATHY |
| GALWAY | BALLINA |
| (2) <i>BOROUGH</i> | BALLINASLOE |
| CLONMEL | BIRR |
| DROGHEDA | BRAY |
| DUN LAOGHAIRE | BUNCRANA |
| KILKENNY | BUNDORAN |
| SLIGO | CARLOW |
| WEXFORD | CARRICKMACROSS |

CARRICK-ON-SUIR
 CASHEL
 CASTLEBAR
 CASTLEBLAYNEY
 CAVAN
 CEANANNUS MOR
 (KELLS)
 CLONAKILTY
 CLONES
 COBH
 DUNDALK
 DUNGARVAN
 ENNIS
 ENNISCORTHY
 FERMOY
 KILLARNEY
 KILRUSH
 KINSALE
 LETTERKENNY
 LISTOWEL
 LONGFORD
 MACROOM
 MALLOW
 MIDLETON
 MONAGHAN
 NAAS
 NENAGH
 NEW ROSS
 SKIBBEREEN
 TEMPLEMORE
 THURLES
 TIPPERARY
 TRALEE
 TRIM
 TULLAMORE
 WESTPORT
 WICKLOW
 YOUGHAL
 (4) TOWNS
 ARDEE
 BALBRIGGAN
 BALLYBAY
 BALLYSHANNON
 BANDON
 BANTRY
 BELTURBET

BOYLE
 CALLAN
 COOTEHILL
 DROICHEAD NUA
 (NEWBRIDGE)
 EDENDERRY
 FETHARD (Tipperary
 South Riding)
 GOREY
 GRANARD
 KILKEE
 LISMORE
 LOUGHREA
 MOUNTMELICK
 MUINEBEAG
 MULLINGAR
 NEWCASTLE WEST
 PASSAGE WEST
 PORTLAOIGHISE
 RATHKEALE
 ROSCOMMON
 TRAMORE
 TUAM
 (5) *NON-MUNICIPAL TOWNS*
 ABBEYFEALE
 ABBEYLEIX
 ATHENRY
 BAILIEBOROUGH
 BALLAGHADERREEN
 BALLINROBE
 BALLYBOFEY
 BALLYBUNION
 BALLYHAUNIS
 BANAGHER
 BLANCHARDSTOWN
 BLARNEY
 CAHER
 CAHERSIVEEN
 CARNDONAGH
 CARRICK-ON-SHANNON
 CASTLECOMER-
 DONAGUILE
 CASTLEISLAND
 CASTLEREAGH
 CELBRIDGE
 CLARA

CLAREMORRIS	MAYNOOTH
CLIFDEN	MILLSTREET
CLONDALKIN	MITCHELSTOWN
DINGLE	MOATE
DONEGAL	MONASTEREVIN
DUNMANWAY	MOUNTRATH
ENNISTIMON	MOVILLE
GORT	PORTARLINGTON
GRAIGUENAMANAGH-	PORTLAW
TINNAHINCH	RATHDRUM
GREYSTONES-DELGANY	RATHLUIRC
KANTURK	ROSCREA
KENMARE	RUSH
KILDARE	SKERRIES
KILLORGLIN	SWINFORD
KILLYBEGS	SWORDS
KILMALLOCK	TALLAGH
LUCAN-	THOMASTOWN
DODDSBOROUGH	TULLOW
MALAHIDE	

APENDICE 2

LAND REGISTRY

COUNTY KILDARE

FOLIO 4048 L.

REGISTER OF OWNERSHIP OF LEASEHOLD INTEREST

Part I.—The property

<i>No.</i>	<i>PARTICULARS</i>	<i>Official Notes</i>
1	The leasehold interest in the property situate in part of the Townland of Blackwood in the Barony of Clane shown as Plan 55 edged green on the Registry Map (O.S. 13/6) created by Lease dated the 1st July, 1977 from Bord na Mona to Michael Hogan for the term of 150 years from the 4th February, 1976 at the yearly rent of £ 3.00. The Registration does not extend to the mines and minerals. NOTE: This Lease is registered as a burden on Folio 7742.	Inst No B4420/79

[Explicación:]

Folio «L» (leasehold), n.º 4048

Parte primera: «la finca»

asiento

instrumento
público

1.º Descripción.

Nota: El arrendamiento está inscrito como
carga al folio 7742.

Part II.—Ownership

TITLE: GOOD LEASEHOLD

<i>No.</i>	<i>PARTICULARS</i>
1	24th March, 1981. MICHAEL HOGAN of 55 Coill Dubh, No. B 4420/79 Naas, County Kildare is full owner.
2	18th April, 1986. John Brosnan (factory worker) and Ann No. B 2544/86 Brosnan (married woman) both of 55, Coill Dubh, Naas, County Kildare are full owners.

[Explicación: titulares sucesivos del arrendamiento.]
asientos

1.º Primitivo titular (fecha, título).

2.º Nuevos titulares (fecha, título).

Part III.—Burdens and notices of burdens

<i>No.</i>	<i>PARTICULARS</i>
1	The property is subject to the provisions prohibiting letting, subletting or subdivision specified in Section 12 of the Land Act, 1965 and to the provisions restricting the vesting of interests specified in Section 45 of the said Act in so far as the said provisions affect the same.
2	24th March, 1981. Charge for £ 2,000 repayable with interest. No. B 4420/79 Boed na Mona is owner of this charge. Cancelled 18/4/86. No. B 2544/86
3	2nd July, 1981. Charge for £ 2,300 repayable with interest.

No. B 3054/81 The County Council of the County of Kildare is owner of this charge.

Cancelled 27/8/86. No. B 4514/86

- 4 18th April, 1986.
No. B 2544/86
Stamped to cover : £20,000.

CHARGE FOR THE PRINCIPAL SUMS SPECIFIED
IN INSTRUMENT REPAYABLE WITH INTEREST

No. B 2544£86

The County Council of the County of Kildare is owner of this charge.

Cargas sobre el arrendamiento:

- 1.^a Limitación legal del dominio: la prohibición de subarrendamientos o subdivisiones.
 - 2.^a y 3.^a Cargas de renta canceladas.
 - 4.^a Hipoteca a favor de entidad pública
-

APENDICE 3

LAND REGISTRY

COUNTY KILDARE FOLIO 2029 F
REGISTER OF OWNERSHIP OF FREEHOLD LAND

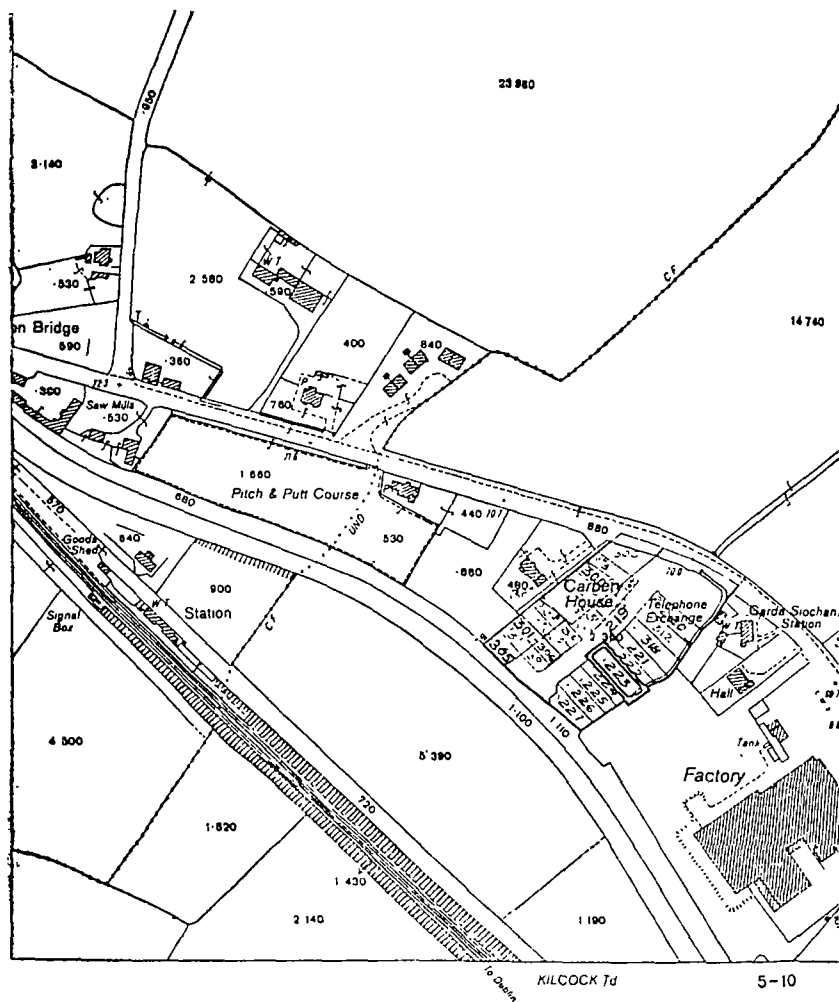
Part I.—The Property

<i>No.</i>	<i>PARTICULARS</i>	<i>Official Notes</i>
1	Part of the Townland of KILCOCK situate in the Barony of Ikeathy and Oughtuany shown as plan 225 on the Registry Map (O.S. 5/6).	From Folio 475 F

Folio «F» (freehold), n.º 2029

Parte primera: «la finca»

The registration does not extend to the mines and minerals.



Part II.—Ownership

TITLE: ABSOLUTE

*No. The devolution of the property is subject to the provisions
 of Part 11 of the Succession Act, 1965*

- | | |
|---|--|
| 1 | 24th September, 1975. PATRICIA GERAGHTY of 5 Pinewood Lawns, Kilcock, County Kildare, Married Woman is full owner. |
| 2 | 10th November, 1980. Patrick Fields (Butcher) and Catherine Fields (Married Woman) both of 5 Pinewood Lawns, Kilcock, County Kildare, are full owners. |
-

Part III.—Burdens and notices of burdens

<i>No.</i>	<i>PARTICULARS</i>
------------	--------------------

- | | |
|---|--|
| 1 | The property is subject to the provisions prohibiting letting subletting or subdivision specified in Section 12 of the Land Act, 1965, and to the provisions restricting the vesting of interest specified in Section 45 of the said Act in so far as the said provisions affect the same. |
| 2 | 24th September, 1975. The property is subject to the conditions rights and easements affecting the use and enjoyment thereof contained in Instrument No. B 617/75. |
| 3 | 15th April, 1981. Charge for present and future advances No. B 1872/81 repayable with interest.
The Governor and Company of the Bank of Ireland are owners of this charge. |
-

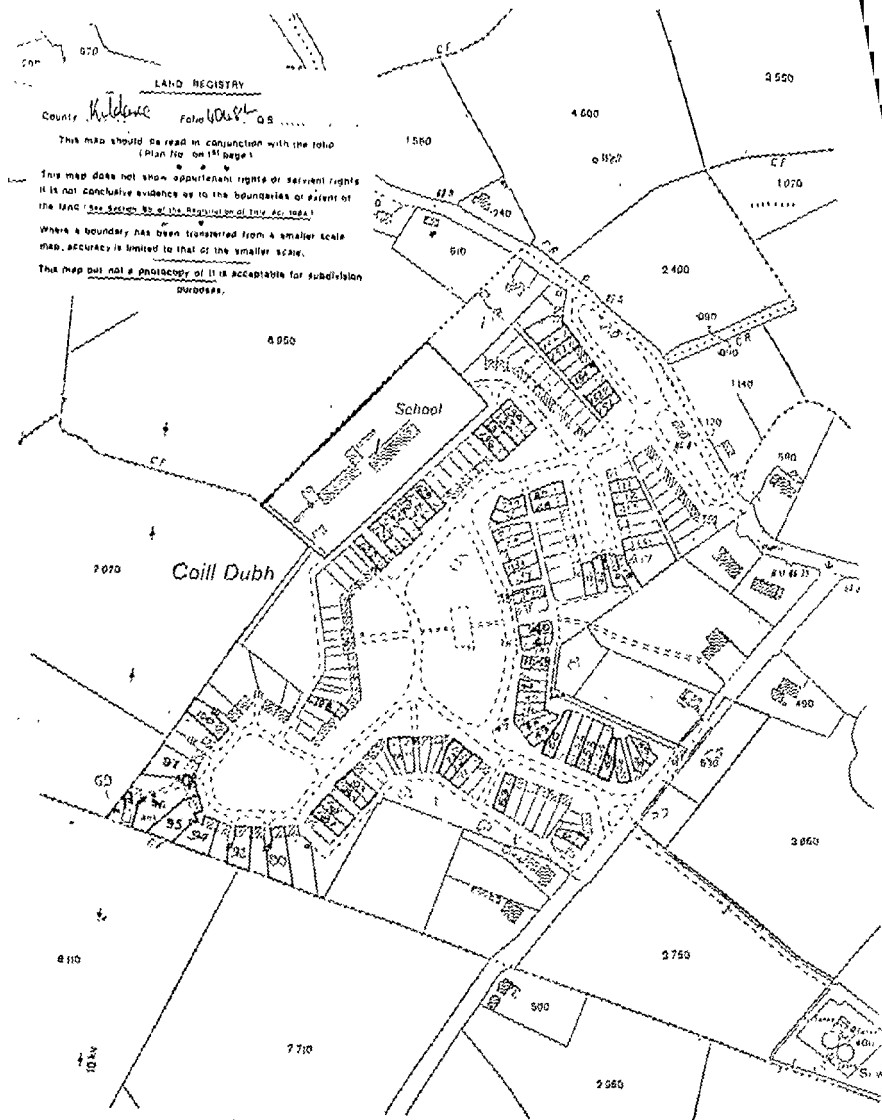
APENDICE 4

LAND REGISTRY

*Mapping Procedures for Registration of Development Schemes
and Multistoried Buildings*

THE FOLLOWING NOTES ARE INTENDED AS A GUIDE TO
SOLICITORS ACTING FOR DEVELOPERS OF BUILDING ESTATES,

ESTUDIOS



ROAD WIDENING SCHEMES, MULTISTORIED BLOCKS, ETC. BY ADHERING TO THESE PROCEDURES, APPLICANTS WILL AVOID ERRORS WHICH WOULD NECESSITATE SUBSEQUENT DEEDS OF RECTIFICATION AND WILL HELP REDUCE DELAYS WITHIN THE REGISTRY.

IT IS HOPED THAT THESE NOTES WILL BE OF ASSISTANCE TO PRACTITIONERS. THE REGISTRAR IS ALWAYS WILLING TO CONSIDER SPECIAL RELATING TO A PARTICULAR SCHEME.

A. DEVELOPMENT SCHEMES

1. (a) Before the first application is lodged, the Solicitor for the vendor should send to Land Registry two copies of the development scheme plotted on a Land Registry Copy Map (or O.S. Map) at the current edition of the largest scale map published for the area.
- (b) If individual properties cannot be unambiguously indicated on the current edition of the largest scale map published for an area, a map at a larger scale with the surveyors field dimensions clearly shown will be accepted by the Registry. All such enlargements must be plotted on stable drawing paper at accepted metric scales and be accompanied by a Land Registry Map (or O.S. Map) at the largest scale showing the outer limits of the curtilage edged in colour. Where development is regular in pattern, applicants will normally be expected to use a Land Registry Copy Map (or O.S. Publications); in areas covered by 6 inch scale only, the recommended scale for enlargement is 1:2500.
- (c) The Scheme Map must clearly define the precise extent of each plot or property and show the number or other reference identifying it. All individual parcels of land within the scheme area must be identified in this way, including those which are intended to be the subject of separate registration by Central and Local Authorities or State Sponsored Bodies (P & T installations, roads, E.S.B. sub-stations etc.). Where a property comprises more than one parcel, as for example, a dwelling having a separate garage, parking area, dustbin or storage site, each of these parcels must be given distinguishing reference on the Scheme Map. Unless different references are given for separate parcels, difficulties will arise in the interpretation of applications.
- (d) In areas where the existing Land Registry Map is being

- transferred to the latest edition of the largest scale map published for an area, the Solicitor for the vendor may be required to submit revised copies of existing Scheme Maps.
2. (a) After approval, one Scheme Map will be retained in the Land Registry. The duplicate, marked as officially approved will be returned to the vendor's Solicitor with a clear indication of the date on which the Scheme Map was approved.
 - (b) Negotiations between vendor and purchaser can now proceed on copies from the Scheme Map, provided such copies give a clear indication of the date on which the Scheme Map was approved by the Land Registry.
 - (c) It is essential that each instrument of transfer should be accompanied by a photo-copy of the approved Scheme Map showing the property concerned. Mere reference to a plan number on a Scheme Map is not sufficient. The practice of defining the individual property for transfer by a thin red line will apply.
 3. (a) If these procedures are to operate successfully, the co-operation of developers, the builders, the surveyor and particularly the vendor's Solicitor is essential.
 - (b) Where it is found necessary to change the pattern of the scheme lay-out after the approved Scheme Map has been issued, the Solicitor for the vendor should immediately notify the Land Registry of this and return the old approved Scheme Map without delay together with a new Scheme Map (in duplicate) showing the revised boundary locations.
 - (c) It is also imperative that developers and surveyors check the position of fences erected against positions shown on the approved Scheme Map before contract.
 - (d) Failure to submit new Scheme Maps as changes occur in scheme lay-out, will cause grave difficulties to both applicants and the Registry.
 4. Responsibility for the accuracy of the areas and boundaries given in documents lodged rests with the applicant.
To ensure that the boundaries submitted for registration reflect the applicant's intentions, it is recommended that:
 - (a) Boundary corners be unambiguously defined and clearly marked on the ground *before survey is carried out*.
 - (b) Maps submitted for registration be prepared and certified by *competent Land Surveyors*.

B. MULTISTORIED BUILDINGS - FLATS, OFFICE BLOCKS, ETC.

Where an application involves separate registration of flats, floors, cellars or other parts of a building, hand drawn plans in duplicate showing the full extent of all floors within the building - including floors not being transferred - must accompany the initial application. The complete stairwell should be included with each floor. Applicants must submit a composite diagram at A3 size, rather than a separate plan sheet for each floor. The curtilage of the building should be shown outlined in colour on the ground floor plan and on any other floor plan where part of a property extends beyond the curtilage. As with the normal Scheme Maps, distinguishing plan reference must be supplied together with precise identification of the extent of the parcels for transfer at various levels. Where a number of separate multi-storied blocks are involved in a single development scheme, each property should be clearly and unambiguously identifiable within its correct block. Each composite diagram must be accompanied by a plan showing the location and extent of the curtilage plotted on a Land Registry Cop Map (or O.S. Map) at the current edition of the largest scale published for the area. Please see diagram on L.R. MAP 2A, composite diagram must be on stable drawing paper.

In areas covered by National Grid Mapping, sufficient co-ordinate information should be supplied to enable the location of each enlargement or floor plan of a building to be accurately established within the grid system. In non-National Grid cases, the north point must be indicated. It should be noted that the paper size and not the map scale is the governing requirement.

J. B. FITZGERALD
REGISTRAR
JUNE, 1984

APENDICE 5

REJECTION SLIP (MAPPING)

The documents which accompanied
are not acceptable for registration for the reason(s) set out under
..... below.

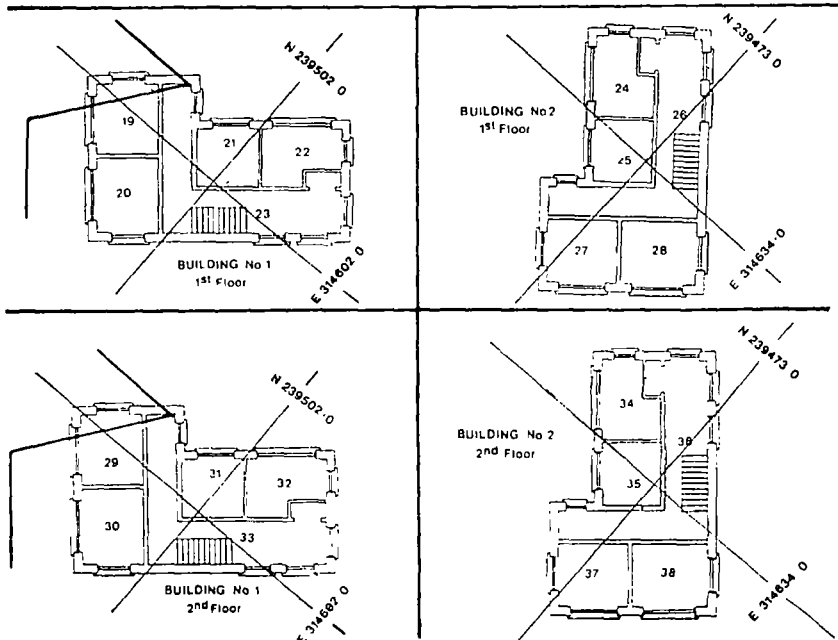
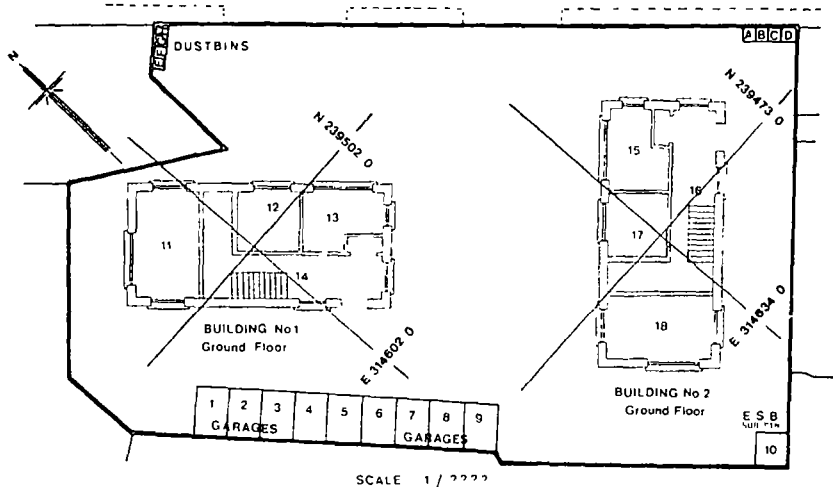
- (a) The map is not on the current largest scale published by Ordnance Survey (See Rule 56 of the Land Registration Rules 1972).

REDUCED SPECIMEN OF DRAWINGS REQUIRED IN MULTISTORIED REGISTRATIONS

L.R. Map 2A

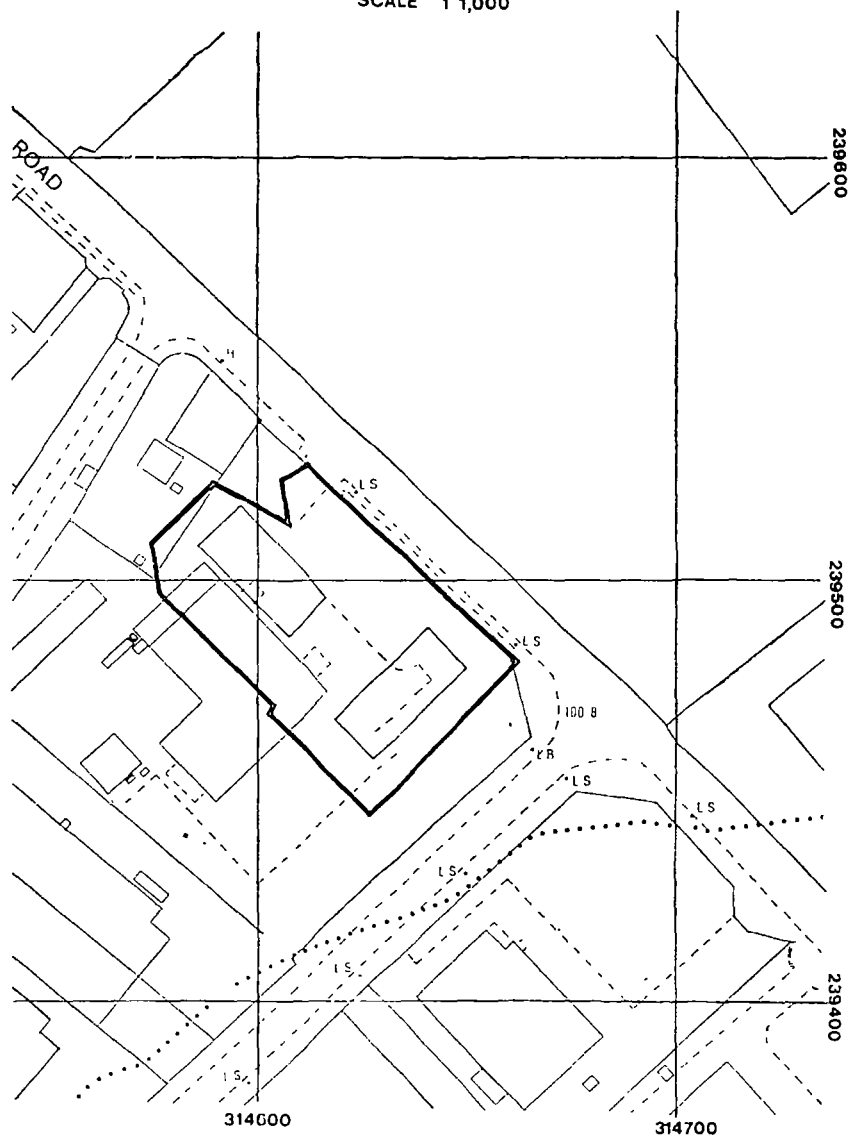
GROUND FLOOR AND CURTILAGE

Where appropriate, National Grid Values should be preceded by Major Square Letters
The Values below could also expressed as O 1460239502 & O 1463439473



LOCATION MAP

SCALE 1:1,000



- (b) The map is a photocopy/tracing (See Rule 56).
- (c) The enlargement supplied cannot be accurately related to Ordnance Detail on the Land Registry Map (Rule 174/4).
- (d) Boundaries are not clearly and unambiguously defined (See Rule 53).
- (e) The map is not a copy of scheme map bearing current Land Registry approval Stamp.

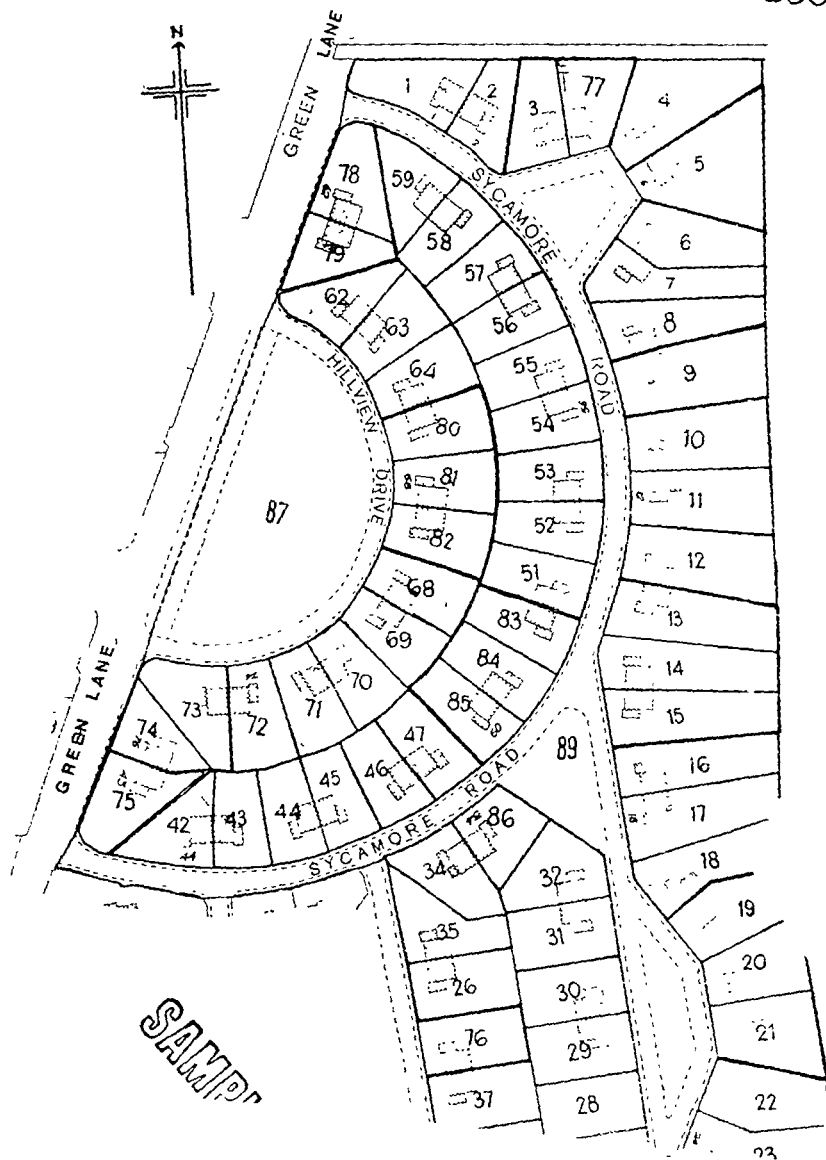
NOTES:

1. Boundaries submitted for registration must be clearly defined on either:
 - (a) Original Land Registry Copy Maps (if suitable).
 - (b) Original Ordnance Survey Maps (if suitable).
 - (c) Dimensioned plans at larger scales where required for clarity of internal details.
2. The map scale of Land Registry maps issued by this Office corresponds with the map scale at which the original holdings were registered. Where the current largest scale map published by Ordnance Survey differs from the scale of the copy map issued such copy map *will not* be accepted for subdivision purposes, unless the part being transferred is entirely defined by Ordnance Survey detail (See Rule 56).
3. Ordnance Survey Maps are accepted for registration *only* in cases where such maps are the current edition of the largest scale published.
4. Dimensioned plans of large-scale surveys are accepted for registration *only* in cases where the existing Ordnance Map scale is inadequate for accurate internal boundary definition. All such enlargements must be plotted at an accepted metric scale and must be accompanied by an accurate location map on the current edition of the largest scale map published by Ordnance Survey.
5. Scheme maps must be plotted from site surveys and must clearly show the reference number by which each holding—or part of holding—is to be identified in subsequent dealing and correspondence.
6. *Responsibility* for the accuracy of the areas and boundaries given in documents *lodged rests with the applicant*.
To ensure that the boundaries submitted for registration reflect the applicants intentions, it is recommended that:

SCALE: 1:1,250

SECTION OF O.S. 7/2b

BOOK NO. 7



- (a) Boundary corners be unambiguously defined and clearly marked on the *ground before survey is carried out*.
- (b) Maps submitted for registration be prepared and certified by competent Land Surveyors.

7. In areas covered by national grid mapping, grid intersections must be clearly marked on all maps submitted for registration.

J. B. FITZGERALD
REGISTRAR

APENDICE 7

5. FORM 3 of the Schedule of Forms to the Land Registration Rules 1972 is hereby rescinded and the following Form is hereby prescribed in liea thereof.

FORM 3

Application for first registration where purchase money of compensation does not exceed £ 50,000 (Rule 19 (3) (4))

LAND REGISTRY

County

1. I, _____ am the solicitor for

(insert full name and correct description of the applicant) who is applicant for registration as owner.

2. I have investigated the title to the property described in the conveyance dated the _____ day of _____, (or, other instrument) lodged herewith. The property in or over which the estate or interest acquired by the conveyance (or, other instrument) exists is shown on the map endorsed thereon (or, is shown on the ordnance map lodged herewith and thereon edged _____).

3. As the result of my investigation of the title. I certify that the conveyance (or, instrument) conveyed (or, vested) the fee simple in the property (or, the lessee's interest in a lease, dated the _____ day of _____, from _____ to _____ in the property for _____ years) an attested copy of which is lodged herewith, (or, other right acquired in the property) in the applicant. free from any adverse rights, restrictive covenants or incumbrances, except those subject to which the conveyance (or, instrument) expressly conveyed the property.

DICTAMENES Y NOTAS

Competencias implícitas de las Comunidades Europeas: Génesis jurisprudencial

Tal vez innecesario, pero clarificador, sería comenzar diciendo que hemos de seguir hablando de «Comunidades Europeas» en plural, ya que son tres las Comunidades aludidas bajo dicha expresión, cada una de las cuales goza de personalidad jurídica independiente, como así se declara expresamente en los respectivos Tratados constitutivos (art. 6 del Tratado CECA, art. 210 del Tratado CEE y art. 184 del Tratado CEEA). Y ello a pesar de la fusión de las instituciones (Asamblea, Consejo, Comisión y Tribunal de Justicia) que actúan en nombre de las tres Comunidades, fusión operada en virtud del Tratado de Bruselas de 8 de abril de 1965, el cual, si bien previó la fusión de las Comunidades como tales, la aplazó a un futuro que todavía no ha llegado.

Con igual propósito clarificador señalaré que la forma convencional en que se citan las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas responde a los siguientes datos: sigla del Tribunal, fecha de la sentencia, nombre de las partes, número del asunto, Recueil de la Cour, página.

A) ENCUADRAMIENTO DEL TEMA

Las competencias de las Comunidades son, en principio, competencias de atribución, es decir, únicamente pueden desarrollarse en aquellas áreas previamente determinadas en los Tratados constitutivos o funcionales con carácter limitativo, al igual que sucede con las estructuras de tipo federal. Pero a diferencia de estas últimas, en las que sus competencias tienen una delimitación por materias (moneda, defensa, justicia, etcétera), en el caso de las Comunidades Europeas las competencias se

atribuyen en forma de acciones a tomar, y se delimitan por las funciones a cumplir. Ello se aprecia claramente en los artículos 2 y 3 del Tratado CEE: en el primero se fijan las misiones que constituyen el objetivo de la CEE, y en el segundo se señalan las acciones que se han de emprender en orden a alcanzar aquellos objetivos; esto es lo que se conoce como competencias funcionales, es decir, de poderes y de medios de acción.

Pues bien, los inconvenientes de este encorsetamiento de las competencias de las Comunidades Europeas quedan eliminados parcialmente por el desarrollo jurisprudencial que del concepto de «las competencias implícitas» ha realizado el Tribunal de Justicia de las Comunidades.

Nuestro propósito es analizar con algún detalle la primera sentencia, en que el Tribunal de Justicia afirma claramente la existencia y efectividad de tales competencias implícitas.

**B) SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD
DE 31 DE MARZO DE 1971, SOBRE EL AETR**

(«Acuerdo europeo relativo al trabajo de las tripulaciones de vehículos que efectúan transportes internacionales por carreteras»): C/CE 31-5-1971, Comisión c/Consejo, as. 22/70, Rec. 263.

Se trata de una sentencia contenciosa, no meramente prejudicial, que resuelve la demanda interpuesta por la Comisión frente al Consejo, y que aborda las siguientes materias: la personalidad jurídico-internacional de las Comunidades y la distribución de competencias: *a)* entre las Comunidades y los Estados, y *b)* entre los órganos comunitarios.

Antecedentes históricos del asunto debatido

- En 1939, la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) propuso un proyecto de convenio sobre las condiciones de trabajo en el sector de los conductores de vehículos que efectúan transportes internacionales por carretera. No entra en vigor por falta de ratificaciones: sólo hubo dos.
- En 1954, la OIT adopta un segundo acuerdo, que tampoco entró en vigor por la misma razón.
- En 1962, la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas propone un tercer acuerdo, conocido como AETR, firmado por 18 gobiernos, entre ellos los seis comunitarios (la primera ampliación de la Comunidad tuvo lugar en el año 1972). Sin embargo, este número de ratificaciones seguía siendo insuficiente.
- En 1968, la Comisión de las Comunidades Europeas preparó un

proyecto de Reglamento sobre esta materia, de acuerdo con el artículo 75 del Tratado de la CEE, que había previsto la adopción de reglas comunitarias en el área de los transportes internacionales.

- En julio de 1968, en Ginebra, el Consejo discutió dicho proyecto y acordó adoptar una acción común de los seis países miembros para conseguir las modificaciones necesarias en el AETR, que hicieron posible su ratificación por un número suficiente de Estados.
- En marzo de 1969, el Consejo aprueba definitivamente la propuesta de Reglamento formulada por la Comisión: se trata del Reglamento número 534/69, que entró en vigor el 1 de abril de 1969.
- Entre tanto las discusiones sobre el AETR continuaban, y el 20 de marzo de 1970, el Consejo deliberó sobre la actitud a tomar por parte de los seis Estados miembros de la CEE en las negociaciones de la Comisión Económica para Europa, a celebrar en Ginebra en abril de 1970, para redactar definitivamente el nuevo AETR. La negociación por parte de los Estados miembros de la Comunidad se ajustó a la deliberación, y el nuevo acuerdo quedó abierto a la firma el 1 de julio de 1970.
- El 19 de mayo de 1970 presentó la Comisión un recurso contra el Consejo ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades, por el que pedía la anulación de la deliberación del Consejo de 20 de marzo de 1970, entendiendo que la negociación y conclusión del AETR después de la adopción del Reglamento 543/69 había pasado a ser de competencia comunitaria.

Análisis intrínseco de la Sentencia 22/70

A la pretensión de la Comisión, el Consejo se opuso alegando:

- a) Excepciones preliminares.
- b) Motivos de fondo.

a) *Excepciones preliminares:*

1. Sostiene el Consejo que la *deliberación impugnada no es acto susceptible de recurso*, basándose en que:
 - a') La posibilidad de recursos entre instituciones comunitarias debe ser interpretada en forma restrictiva.
 - b') La deliberación no constituye ni un reglamento, ni una decisión, ni una directiva, que son los únicos actos

obligatorios que recoge el artículo 189 TCEE; por tanto, no surte «efecto jurídico obligatorio».

- c') La deliberación se habrá limitado a constatar en el seno del Consejo la existencia de una convergencia de puntos de vista de carácter político.
- d') No había sido publicada ni notificada a los Estados miembros, como exige el artículo 191 TCEE para los actos obligatorios comunitarios.

2. El Consejo ofrece al Tribunal la siguiente alternativa, ambas contrarias a la admisión del recurso:

- a') Si la competencia para la negociación del AETR corresponde a los Estados, la deliberación del Consejo se limita a constatar una situación política carente de relevancia jurídica.
- b') Si la competencia corresponde a la Comunidad, el Consejo carece de competencia para restituir a los Estados una competencia que el Tratado atribuye a la Comunidad, por lo que se trataría de un acto inexistente, siendo imposible recurrir al Tribunal para pedir a éste la anulación de un acto inexistente.

3. El Abogado General (la figura del Abogado General constituye una originalidad de la composición del Tribunal, siendo su función la de «presentar con toda imparcialidad e independencia unas conclusiones motivadas en los asuntos sometidos al Tribunal») (art. 166 CEE), Dutheillet de La-mothe, formula esta alternativa del modo siguiente:

- a') Si la negociación del AETR entra en las competencias comunitarias, la deliberación del Consejo en cuanto que acto de un órgano comunitario sería impugnabile, conforme al artículo 173 TCEE. ya que según este precepto: «El Tribunal de Justicia controla la legalidad de los actos del Consejo y de la Comisión distintos de las recomendaciones o dictamen».
- b') Si no es una competencia comunitaria, el Consejo habría actuado como «órgano de la colectividad de los Estados miembros» y no como autoridad comunitaria, por lo que no es posible recurrir contra su deliberación.

4. Esto le llevó al Abogado General y al Tribunal al estudio de la «cuestión previa» de la *competencia comunitaria*, antes de adentrarse en el problema de la admisibilidad.

Esta cuestión es resuelta en sentido favorable a la Comisión, rechazando el criterio del Consejo de que la Comunidad sólo tiene competencia para la conclusión de acuerdos internacionales en los supuestos en que expresamente le haya sido reconocida por el Tratado constitutivo.

Prevalece el criterio de la Comisión, afirmando el Tribunal que:

- a') Cuando el artículo 210 TCEE dice que «la Comunidad tiene personalidad jurídica», significa que, en las relaciones exteriores, la Comunidad goza de capacidad para establecer vinculaciones contractuales con los Estados terceros.
- b') Que la competencia de la Comunidad para establecer compromisos internacionales no resulta sólo de una atribución explícita en el Tratado, sino que cada vez que para la aplicación de una política común prevista en el Tratado la Comunidad adopte «reglas comunes», dicha Comunidad queda invertida simultáneamente de competencia para adoptar medidas comunes internas y para concertar los compromisos internacionales necesarios para su realización. En virtud de estas competencias implícitas y no explícitas, se produce un perfecto paralelismo de las competencias internas y externas de la Comunidad.
- c') Para el caso concreto del AETR, el Tribunal entiende justificada esta atribución de competencias implícitas por:
 - La referencia hecha a los «transportes internacionales» en el artículo 75 TCEE.
 - Las amplias competencias de las Comunidades en materia de transportes atribuidas por el artículo 3, e), TCEE.
 - El artículo 235 TCEE, que permite a la Comunidad adoptar cualesquiera acciones que estime necesarias para la realización de sus objetivos cuando el Tratado no ha previsto los poderes requeridos a tal fin, precepto que atribuye lo que se conoce doctrinalmente como competencias subsidiarias.

5. Resuelto este punto mediante el reconocimiento de la competencia comunitaria para negociar y concluir el AETR, se afirma, lógicamente, la legitimidad de la Comisión para reclamar la anulación de la deliberación del Consejo.

b) *Motivos de fondo*.—Sobre éstos, sin embargo, el Tribunal acepta las alegaciones del Consejo. Tales alegaciones son las siguientes:

1. Que los Estados miembros están obligados a una acción solidaria en defensa de los intereses de la Comunidad, y que tal solidaridad fue consagrada en la deliberación del 20 de marzo de 1970.
2. Que la Comisión no había hecho uso formalmente de las facultades de proposición e iniciativa que le confieren los artículos 75 y 116 TCEE, habiéndose visto obligados los Estados a actuar en interés de la Comunidad, en virtud del artículo 5 del Tratado. Se viene a afirmar que, efectivamente, las competencias de la Comunidad —incluso las implícitas— son exclusivas de ella y no concurrentes o paralelas con las de los Estados, pero ello sujeto a una condición: la del ejercicio efectivo de tales competencias. En tanto que, como sucede en este supuesto, la competencia comunitaria permanece en estado potencial, los Estados miembros conservan transitoriamente en precario competencia para adoptar medidas internas y acuerdos internacionales con terceros.
3. Por último, se invoca una razón eminentemente práctica, como lo es que el Tribunal considera que una nueva distribución de competencias en el interior de la Comunidad habría podido poner en peligro el término de la negociación.

Por todo ello, el Tribunal decide rechazar la demanda en cuanto al fondo y mantener la deliberación del Consejo del 20 de marzo de 1970.

A pesar del fallo, esta sentencia amplía los horizontes del Derecho comunitario, ya que:

- a') Confirma la impugnabilidad de todo acto del Consejo.
- b') Confirma la jurisprudencia anterior, en el sentido de que la adopción de una reglamentación comunitaria en un sector sometido a las disposiciones de los Tratados supone una transferencia de competencias de los Estados a las instituciones comunitarias.
- c') *Enlaza la competencia interna con la competencia exterior comunitaria* y ha formulado en términos generosos la capacidad jurídico-internacional de las Comunidades.

C) REAFIRMACIÓN DEL CONCEPTO DE COMPETENCIAS IMPLÍCITAS

La idea de las competencias implícitas, afirmada por primera vez por el Tribunal de Justicia en el asunto AETR en el campo de la política de transportes, reaparece nuevamente en:

- a) El dictamen 1/76 (CJCE, 26-4-1977, Rec. 754), en el cual se reconoce la competencia de la Comunidad para concertar un acuerdo para la creación del Fondo Europeo de Inmovilización de la Navegación Interior.
- b) El dictamen «Kramer» (CJCE, 14-7-76, Rec. 1308), en el cual se reconoce la competencia de la Comunidad para concertar acuerdos en materia de pesca.

Los fundamentos jurídicos de ambos dictámenes arrancan de la sentencia analizada sobre el asunto AETR, y su primera plasmación en la práctica fue el acuerdo celebrado con Estados Unidos, precisamente en materia de pesca, el 15 de febrero de 1977, seguido por otros muchos.

Todo ello unido a la irreversibilidad de la competencia atribuida, de manera que «la transferencia de la competencia es total y definitiva, careciendo los Estados miembros de libertad para actuar unilateralmente en este campo...», pudiendo actuar en todo caso como «gestionarios del interés comunitario. .» (CJCE, 5-5-1981. Com. c/Gran Bretaña, as. 804/79, Rec. 1045), y unido, asimismo, a las circunstancias de que los Tratados constitutivos (salvo el de la CECA) prevén una duración ilimitada y de que no se contempla la posibilidad de denunciar unilateralmente los Tratados (el caso de Groenlandia queda justificado al haber alcanzado autonomía respecto de Dinamarca en 1979), todo ello —repito— da al tema de las competencias implícitas una importancia extraordinaria.

JUAN MARÍA DÍAZ FRALLE
Registrador de la Propiedad
Ex becario del Consejo de Europa

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) ACUERDOS INTERNACIONALES Y DERECHO COMUNITARIO

1. *Convenio Europeo sobre Procedimientos Penales.*—En el *Boletín Oficial* del 10 de noviembre se publica la ratificación de este Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972. Según él, los Estados miembros del Consejo de Europa han convenido lo que se acuerda sobre esta materia para asegurar la organización de los procedimientos para la sanción de las infracciones en el ámbito internacional, evitando los inconvenientes de los conflictos de competencia.

2. *Prelación de créditos en favor de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.*—Los artículos 49 y 50 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, habilitan a la Comisión para establecer un sistema de exacciones sobre la producción de carbón y acero, con objeto de afectarlas a los gastos administrativos y ayudas de readaptación.

La Decisión 5/52, de 25 de diciembre de 1952, determinó el importe y las modalidades de aplicación de las exacciones, cuyo tipo fue fijado para el ejercicio de 1986 por la Decisión 3614/85/CECA, de 18 de diciembre de 1985.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de mayo de 1983, dictada en la Causa 168-82, aunque reconoce la naturaleza fiscal del poder conferido a la Comisión por el Tratado constitutivo, entendió que no derivaba directamente del mismo el carácter privilegiado de sus créditos por exacciones, a menos que se les asignara, en virtud de desarrollo normativo interno, un rango igual a los créditos semejantes del respectivo Estado miembro.

La Comisión de las Comunidades Europeas, considerando la doctrina emanada de dicha sentencia, dictó la Recomendación 86/198/CECA, de 13 de mayo de 1986, en la que se establece que, a partir de 1 de enero de 1988, los Estados miembros conferirán a los créditos derivados de las exacciones la misma preferencia que a los créditos fiscales del respectivo Estado.

En nuestro ordenamiento jurídico los créditos fiscales del Estado gozan de la prelación que al efecto les otorga el artículo 1.923, 1.º, del Código Civil y los artículos 71 y siguientes de la Ley General Tributaria, por lo que procede dar cumplimiento a lo previsto en la recomendación antes mencionada. Por ello, la Ley 33/1988, de 11 de noviembre, establece en su artículo único que los créditos fiscales en favor de las Comunidades Europeas derivados de la aplicación del régimen de exacciones CECA sobre la producción de carbón y acero, así como los recargos por demora, gozarán, en los procedimientos de ejecución universal, de la misma preferencia reconocida a los créditos de la misma naturaleza de que goza el Estado.

3. *Convenio con Checoslovaquia sobre Ejecución de Sentencias.*— En el *Boletín Oficial del Estado* del día 3 de diciembre se publica ratificación de este Convenio sobre Asistencia Jurídica, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Asuntos Civiles, hecho en Madrid el 4 de mayo de 1987.

4. *Libertad de actividades en el sector de negocios inmobiliarios.*— El acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España a las Comunidades Europeas establece en sus artículos 392 y 395 que desde el momento de la adhesión España será considerada como destinataria, y que ha recibido notificación de las Directivas y Decisiones comunitarias, y vendrá obligada a poner en vigor las medidas que sean necesarias para cumplir las disposiciones de las mismas desde la adhesión, salvo cuando se haya señalado un plazo al efecto.

La Directiva del Consejo 67/43/CEE, de 12 de enero de 1967, modificada en razón de la adhesión de España por la Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas de 11 de junio de 1985, establece la supresión de las restricciones que, en cuanto a las actividades no asalariadas relativas a los negocios inmobiliarios, puedan existir entre los Estados miembros que impidan a los beneficiarios establecerse en el país de acogida o prestar en él servicios en iguales condiciones y con los mismos derechos que los nacionales o aquellas que resulten de una práctica administrativa que tenga por efecto la aplicación a los beneficiarios de un trato discriminatorio en relación con el aplicado a los nacionales.

Por ello, el Real Decreto 1464/1988, de 2 de diciembre (*BOE* del día 8 siguiente), regula esta libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas incluida en el sector de los negocios inmobiliarios. En su artículo 1 se dispone que el establecimiento en España de los nacionales de otros Estados miembros de la CFE para la realización, con carácter profesional, de actividades no asalariadas incluidas en el sector de negocios inmobiliarios y la prestación

de dichos servicios se efectuará cumpliendo los mismos requisitos y en iguales condiciones y con los mismos derechos que los españoles.

5. *Operaciones de coaseguro comunitario.*—El Real Decreto Legislativo 1255/1986, de 6 de junio, modificó el artículo 41, 2, de la Ley 35/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado, añadiendo al mismo que «lo dispuesto en este número se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de cubrir riesgos con aseguradores establecidos en otros países de la Comunidad Económica Europea, en los términos que se señalen».

Por otra parte, el tratado de adhesión de España a la Comunidad Económica Europea estableció un período transitorio para la aplicación de la Directiva 78/473/CEE, sobre coaseguro comunitario, según el cual, a partir del 1 de enero de 1989, se podrán cubrir en otros países de la Comunidad Económica Europea, dentro de ciertos límites y a través del coaseguro, determinados riesgos situados en España.

En consecuencia, el Real Decreto 1545/1988, de 23 de diciembre (BOE del día 27), reglamenta las operaciones de coaseguro comunitario, introduciendo en la normativa española no sólo la mencionada Directiva 78/473/CEE, sino también algunos preceptos de la Directiva sobre libertad de prestación de servicios, que es de aplicación al coaseguro comunitario en determinados aspectos.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Ley de Marcas, de 10 de noviembre de 1988.*—Según su artículo 1, se entiende por marca todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de otros idénticos o similares.

El derecho sobre las marcas se adquiere mediante su registración y se otorga por diez años, aunque podrá renovarse indefinidamente por sucesivos períodos decenales (arts. 5 y 7).

Podrán obtener el registro de marcas tanto los nacionales como los extranjeros. En los artículos 11 a 14 se señalan signos o formas cuya registración está prohibida, y en los artículos 15 a 29 se desarrolla el procedimiento de registro.

En el título IV se regula el contenido del derecho de marcas; en el V, su caducidad, y en el VIII se detalla lo relativo al nombre comercial y el rótulo de los establecimientos.

2. *Ley de 11 de noviembre, General de Publicidad.*—En su artículo 2 define la Ley lo que ha de entenderse por publicidad y señala quiénes son sus destinatarios. Según el artículo 5 es ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y dere-

chos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, a la juventud y a la mujer; se considera también ilícita la publicidad engañosa, la desleal, la subliminal y la que infrinja lo dispuesto en las normas especiales de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

En su título III se regula lo referente a la contratación publicitaria, con unas disposiciones generales y normas específicas sobre los contratos de publicidad, de difusión, de creación publicitaria y del contrato de patrocinio.

3. *Ley de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.*—Interesan especialmente los artículos 7 a 10, que se refieren a las relaciones entre los padres y los hijos resultantes de estas técnicas.

Según el artículo 7, esta filiación se regulará por las normas vigentes, con las especialidades de esta Ley; en ningún caso, se dice, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación.

Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación (art. 8).

Será nulo, según el artículo 10, el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.

4. *Ley de Presupuestos para 1989.*—Sus novedades principales son:

I. Impuesto sobre la Renta: Se eleva el mínimo para declarar hasta 865.000 pesetas. En cuanto a la tarifa, se inicia en el 10 por 100 y finaliza, para una base imponible de 8.240.000 pesetas, en el 39,64 por 100, y en adelante, el 56 por 100.

II. Impuesto de Sucesiones y Donaciones: Se aumentan ligeramente los mínimos exentos en los distintos grupos, excepto en cuarto grado y extraños, que sigue sin reducción; para los herederos minusválidos se aplicará una reducción de 6.180.000 pesetas. Se publica una nueva escala en cuanto a los tipos aplicables y también del coeficiente multiplicador en función del patrimonio preexistente.

III. Contribución Territorial Urbana: Se actualizan los valores catastrales de 1988, aplicándoles un coeficiente del 3 por 100.

IV. Licencia Fiscal: Elevación del 3 por 100.

V. Interés legal del dinero: Se mantiene el 9 por 100; se reduce el de demora al 11 por 100, ya que antes era el 11,50 por 100.

5. *Ley de Arbitraje Privado*.—Sustituye a la Ley de 22 de diciembre de 1955, y según su artículo 1, mediante el arbitraje las personas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas que surjan o puedan surgir en materias de libre disposición. Como se ve, elimina la distinción que hacía la Ley de 1953 entre contrato preliminar de arbitraje y el compromiso, pudiendo tener por objeto tanto cuestiones presentes como futuras.

Se regulan los efectos del convenio arbitral, las condiciones para ser árbitros, el procedimiento, las normas sobre el laudo arbitral, su posible anulación y ejecución forzosa, la intervención jurisdiccional y, por último, las cuestiones de Derecho Internacional Privado, y en especial la ejecución en España de los laudos extranjeros.

Se derogan la Ley de 1955 y las disposiciones sobre arbitraje, tanto de la Ley de Enjuiciamiento Civil como del Código Civil.

6. *Ley de Juzgados de lo Penal*.—Bajo el principio de que la imparcialidad del juzgador es incompatible o queda comprometida con su previa actuación como instructor de la causa penal, se crean los Juzgados de lo Penal, que tendrán ámbito provincial, atribuyéndoles el conocimiento de las causas por delitos castigados con penas de hasta seis años de privación de libertad, manteniéndose la instrucción de diligencias previas en los Juzgados de Instrucción.

7. *Ley de Demarcación y Planta Judicial*.—Se cumple lo ordenado en la Ley Orgánica del Poder Judicial. El Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia constitucional: se regulan los nuevos Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y las Audiencias Provinciales; en Tribunales unipersonales, se lleva a efecto la conversión de los Juzgados de Distrito en Juzgados de Primera Instancia, de Instrucción o de ambos a la vez. Según el artículo 1, el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Juzgados Centrales de Instrucción y los Juzgados Centrales de lo Penal tienen jurisdicción en toda España; según el artículo 2, los Tribunales Superiores de Justicia tienen jurisdicción en todo el ámbito territorial de su respectiva Comunidad Autónoma.

8. *Ley de las Haciendas Locales*.—Viene a complementar a la Ley de Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985, para diseñar el sistema de financiación de estas Entidades, a las que se dota de autonomía y suficiencia para la gestión de sus intereses. Según el artículo 2 de esta Ley, la Hacienda de las Entidades locales estará constituida por los siguientes recursos:

- a) Los ingresos procedentes de su patrimonio y demás de Derecho privado.

- b) Los tributos propios clasificados en tasas, contribuciones especiales e impuestos y los recargos exigibles sobre los impuestos de las Comunidades Autónomas o de otras Entidades locales.
- c) Las participaciones en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas.
- d) Las subvenciones.
- e) Los percibidos en concepto de precios públicos.
- f) El producto de las operaciones de crédito.
- g) El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias.
- h) Las demás prestaciones de Derecho público.

Para la cobranza de los tributos y de las cantidades que como ingresos de Derecho público debe percibir la Hacienda de las Entidades locales, de conformidad con lo previsto en el apartado anterior, dicha Hacienda ostentará las prerrogativas establecidas legalmente para la Hacienda del Estado, y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes.

En el título 2.º se determinan las especialidades referentes a los municipios; deben estudiarse con atención, por su repercusión práctica: según el artículo 60, los Ayuntamientos exigirán, de acuerdo con la presente Ley y las disposiciones que desarrollan, los siguientes impuestos:

- a) Impuesto sobre Bienes Inmuebles.
- b) Impuesto sobre Actividades Económicas.
- c) Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica.

Asimismo, los Ayuntamientos podrán establecer y exigir el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras y el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, de acuerdo con la presente Ley, las disposiciones que la desarrollen y las respectivas Ordenanzas fiscales.

9. *Real Decreto-ley 6/1988, sobre Impuestos de la Renta y Patrimonio.*—Reforma el artículo 29, A), de la Ley del Impuesto de la Renta sobre tributación de los esposos, en el intento de compensar en parte la discriminación fiscal que sufren los matrimonios cuando los dos cónyuges tienen ingresos propios. La norma dictada es difusa y compleja y viene complementada por un cuadro con nada menos que 8.380 supuestos distintos, lo que ocupa 13 páginas del *Boletín Oficial del Estado* y que no podemos reproducir por falta de espacio.

En cuanto al Impuesto del Patrimonio, se eleva el mínimo exento a nueve millones de pesetas, y para caso de matrimonio, a 18 millones:

por cada hijo se deducen 1.500.000 pesetas, y si es invidente, mutilado o inválido, se deducen tres millones.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

En cuanto a las *Comunidades Autónomas*, señalamos las siguientes disposiciones destacables:

- En *Andalucía*, la Ley de 2 de noviembre, sobre puertos deportivos.
- En *Galicia*, la Ley de 20 de octubre de 1988, reformando la de 22 de febrero de 1983, que regulaba las atribuciones de la Junta de Galicia y de su Presidente.
- En *Navarra*, la Ley foral de 7 de noviembre, que modifica a la de 30 de abril de 1985, sobre financiación agraria.
Ley foral de 26 de diciembre de 1988, de la Hacienda Pública de Navarra.
Y otra Ley foral de 29 de diciembre de 1988, modificando algunas disposiciones del Texto Refundido del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas y del Patrimonio.
- En *Valencia*, Ley de 26 de diciembre de 1988, del Síndico de Agravios, equivalente del Defensor del Pueblo en el ámbito regional.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Curso de conferencias en el Colegio de Registradores*.—Durante los meses de noviembre y diciembre se han continuado desarrollando las conferencias, todas expuestas por Registradores, con motivo del Centenario de la Ley de Bases del Código Civil y sus relaciones con la legislación hipotecaria.

Los temas han sido los siguientes:

- «Remisión a la legislación hipotecaria (art. 608)», por don LUIS MANUEL SELVA SÁNCHEZ.
- «La posesión y el Registro», por don ANTONIO JOSÉ RAMOS BLANES.
- «La condición resolutoria», por don JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD.
- «El valor de la inscripción de la hipoteca», por don FERNANDO CANALS BRAGE.

- «Prelación de créditos con embargo anotado», por don JUAN MANUEL REY PORTOLÉS.
- «Conexiones con la legislación hipotecaria en materia de tutela, ausencia, reservas, separación de bienes y doble venta», por don FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ.

2. *VII Congreso Internacional de Derecho Alimentario.*—Se ha celebrado en Bruselas, en los días 3 y 4 de noviembre pasado, organizado por la Asociación Europea para el Derecho Alimentario, con la colaboración del Centro de Investigaciones de la Universidad de Bruselas y de la Comisión de las Comunidades Europeas.

Las ponencias han sido las siguientes:

- I. *Evolución de la reglamentación comunitaria de los alimentos.* Contribución del Centro de Investigaciones sobre el Derecho Alimentario de la Universidad de Bruselas.
- II. *Objetivos, contenido y ámbito de la nueva política comunitaria.* Contribución de la Comisión Europea.
- III. *Consecuencias de la política comunitaria de «desreglamentación».*
- IV. *Orientaciones nuevas para la aplicación de la política comunitaria.*

3. *Conferencia en la Academia Matritense del Notariado.*—La pronunció el día 24 de noviembre nuestro colaborador, el Notario de Ibiza don José Cerdá Gimeno, sobre «Breves reflexiones sobre la insularidad y la temática de la codificación civil». Para nuestros lectores, que ya conocen la altura del conferenciante, no es noticia decir que la disertación fue muy interesante y llena de contenido jurídico.

4. *Coloquio sobre Derecho Comunitario.*—En la Universidad Autónoma de Madrid, en los días 16 a 18 de noviembre, se ha celebrado un coloquio sobre el tema «Del Acta Unica Europea al Mercado Interior Europeo».

Han sido participantes:

- M. PHILIPPE MANIN, Professeur Université Paris I.
- D. A. REMIRO BROTONS, Catedrático Universidad Autónoma de Madrid.
- M. R. KOVAR, Professeur Université Strasbourg III.
- Doña B. VILA COSTA, Catedrático Universidad Autónoma de Barcelona.
- M. M. FORNACCIARI, Maître de Requêtes et Commissaire du Gouvernement au Conseil d'Etat.

- D. F. VÍA OZALLA, Subdirector General Asuntos Económicos y Financieros. Secretaría de Estado Comunidades Europeas.
- M. A. CARNELOUTI, Conseiller Juridique du Comité Interministériel pour les Affaires de Coopération Economique Européenne.
- D. F. BALLESTERO DÍAZ, Director General Coordinación Técnica Comunitaria. Secretaría de Estado Comunidades Europeas.
- D. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, Catedrático Universidad Autónoma de Madrid.
- D. R. DÍEZ-HOCHLEITNER, Adjunto al Director General Coordinación Técnica Comunitaria. Secretaría de Estado Comunidades Europeas.

5. *Curso sobre Derecho Laboral*—En la Universidad Pontificia de Comillas (ICAI-ICADE), de Madrid, ha tenido lugar este Curso, en los días 21 a 25 de noviembre. El programa ha constado de los siguientes puntos:

- I. NACIMIENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO:
 - a) Por tiempo indefinido.
 - b) Temporal.
- II. CAUSAS DE SUSPENSION DEL CONTRATO Y SUS EFECTOS.
- III. EXTINCION POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR Y OTRAS CAUSAS.
- IV. EXTINCION DEL CONTRATO POR CAUSA DISCIPLINARIA.

6. *Curso sobre la Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*.—Se ha celebrado en Madrid, del 28 de noviembre al 2 de diciembre.

Directores: AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ y JUAN IGLESIAS PRADA.

Temas: «Sociedad Anónima y Registro Mercantil». «Fundación de la Sociedad Anónima». «La acción y los derechos del accionista». «Las acciones sin voto». «Dividendos pasivos». «Documentación y transmisibilidad de las acciones». «Copropiedad y derechos reales sobre las acciones». «Negocios sobre las propias acciones». «La modificación de los Estatutos». «El aumento de capital social». «La reducción del capital social». «Régimen de las cuentas anuales». «La fusión de Sociedades Anónimas». «La escisión de Sociedades Anónimas». «Modificaciones en la regulación de los órganos sociales».

Profesores: AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, JOSÉ CÁNDIDO PAZ-ARES, RICARDO ALONSO SOTO, JUAN LUIS IGLESIAS PRADA, ANGEL ROJO FERNÁNDEZ-

RÍO, ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ, FRANCISCO VICENT CHULIÁ, ANTONIO GÓMEZ SEGADÉ, FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS y EDUARDO POLO SÁNCHEZ.

7. *II Congreso Nacional de Mujeres Abogadas*.—En San Sebastián, durante los días 25 y 26 de noviembre, ha tenido lugar este Congreso, para estudiar las consecuencias para la mujer derivadas de las crisis conyugales y convivencias de hecho. Las ponencias han sido las siguientes:

- «Mujer y Derecho penal: objeto y sujeto. Protección jurisdiccional y reformas legales».
- Problemas relacionados con la disolución de la sociedad de gananciales».
- «Convivencias de hecho».
- «La exención de responsabilidad penal a los cónyuges».
- «Financiación de la tramitación de la separación y el divorcio. Bolsas de ayuda».
- «Incumplimiento de resoluciones judiciales».
- «El aseguramiento de pensiones».

8. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—El día 7 de noviembre se celebró solemne sesión inaugural del curso, en la cual hizo un resumen del curso anterior el Secretario de la Docta Corporación, excelentísimo señor don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, y a continuación se pronunció el discurso inaugural por el Presidente, excelentísimo señor don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, sobre el tema: «El lenguaje en el Código Civil».

Se ha iniciado el segundo ciclo de conferencias en conmemoración del Centenario del Código Civil, pronunciándose el día 28 de noviembre, por don JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, la titulada «La persona en el Código Civil», y el día 12 de diciembre, don JUAN VALLET DE GOYTISOLO disertó sobre «Las sucesiones en el Código Civil».

Este segundo ciclo está programado hasta el mes de junio y oportunamente iremos dando cuenta de las sucesivas conferencias que se desarrollen.

9. *I Jornadas de Derecho Civil Foral de Navarra*.—Organizadas por la Universidad Pública de Navarra, se han celebrado estas Jornadas en Olite, los días 15 y 16 de diciembre. Se han estudiado cuatro ponencias:

- Primera ponencia: «Las fuentes del Derecho civil navarro en la nueva configuración del régimen foral», por el Profesor Doctor don PEDRO DE PABLO CONTRERAS, Profesor Titular de Derecho Civil, Asesor Jurídico del Gobierno de Navarra.

- Segunda ponencia: «Filiación y patria potestad en la Ley foral de 1 de abril de 1987», por el Profesor Doctor don FRANCISCO SANCHO REBULLIDA, Catedrático de Derecho Civil, y el Profesor Doctor don RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Catedrático de Derecho Civil.
- Tercera ponencia: «El régimen económico del matrimonio en la Ley foral de 1 de abril de 1987», por el Profesor Doctor don JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y el Profesor Doctor don JOAQUÍN RAMS ALBESA, Catedráticos de Derecho Civil.
- Cuarta ponencia: «La sucesión *mortis causa* en la Ley foral de 1 de abril de 1987», por el Profesor Doctor don LUIS DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Catedrático de Derecho Civil, Magistrado del Tribunal Constitucional, y el Profesor Doctor don JOSÉ ANGEL TORRES LANA, Catedrático de Derecho Civil.

10. *Cursos sobre Derecho Urbanístico*.—Organizados por la *Revista de Derecho Urbanístico* han tenido lugar en Madrid dos cursos: uno, en el mes de noviembre, sobre la nueva Ley de Costas, y el otro, en diciembre, sobre disciplina urbanística. Estos han sido los temas:

I. *La nueva Ley de Costas*:

- «El turismo y su relación con la política urbanística: instrumentos normativos. Examen de la situación actual».
- «La ordenación urbanística de las áreas turísticas: problemas específicos».
- «La situación actual de la Ley sobre Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional».
- «El medio ambiente y el desarrollo turístico. Examen de la normativa vigente. Los estudios de impacto ambiental».
- «Los problemas de las estaciones de invierno desde la perspectiva urbanística».
- «El demanio marítimo-terrestre. Su evolución histórica. Regulación actual».
- «La Ley de Costas: razones de la reforma».
- «El demanio marítimo-terrestre en la Ley de Costas».
- «Concepto. Afectaciones y desafectaciones».
- «El deslinde del demanio. Efectos».
- «El régimen de utilización del dominio público marítimo-terrestre. Reservas, adscripciones, concesiones y autorizaciones».
- «Los terrenos de propiedad privada colindantes con el dominio público. Limitaciones y servidumbres».

- «Estudio del régimen económico-financiero de la utilización del dominio público marítimo-terrestre».
- «Las relaciones entre la Ley de Costas, el planeamiento y la gestión urbanística».
- «Los problemas específicos de los puertos deportivos».
- «El régimen de las competencias administrativas».
- «Estudio de las disposiciones transitorias y finales».

II. *Disciplina urbanística:*

- «La licencia urbanística. Concepto y naturaleza jurídica».
- «Elementos de la licencia: subjetivos, objetivos, causal y formal. Impugnación de las licencias por los particulares: a) directa; b) indirecta».
- «El procedimiento para el otorgamiento de licencias».
- «Actos sujetos a licencia. Licencias ilegales».
- «Actos promovidos por órganos del Estado».
- «De las órdenes de ejecución y de la ruina».
- «Obras sin licencia o sin ajustarse a la otorgada: a) en curso de ejecución; b) totalmente terminadas».
- «Obras urbanísticas amparadas por actos administrativos ilegales: a) en curso de ejecución; b) totalmente terminadas».
- «Infracciones urbanísticas».
- «Responsabilidad de la Administración en materia de disciplina urbanística, por causa de anulación de una licencia».
- «Obras y licencias en zonas verdes y espacios libres».
- «El Derecho sancionador urbanístico y el Derecho penal».
- «La prescripción de las infracciones urbanísticas».
- «Jurisprudencia en materia de licencias e infracciones urbanísticas».
- «El procedimiento sancionador».
- «Derecho comunitario español en materia de licencias e infracciones urbanísticas».

11. *VIII Congreso Internacional de Derecho Registral*.—El Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER) ha convocado la celebración de este Congreso, que tendrá lugar del 10 al 14 de octubre de 1989 en Buenos Aires y que será organizado por el Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina.

El temario será el siguiente:

- Tema I: «La función del Registrador y la seguridad jurídica».

- Tema II: «Informática, seguridad jurídica y responsabilidad del Registrador».
- Tema III: «Hipotecas mobiliarias».

12. *Asamblea General de Registradores*.—Las actividades del año 1988 se cierran con la celebración de esta Asamblea, que ha tenido lugar en Barcelona durante los días 20 a 22 de diciembre pasado, de acuerdo con la convocatoria oportuna.

Hubo numerosa asistencia, ya que concurrieron 620 colegiados, lo que supone más de las tres cuartas partes del escalafón, a los que se añadieron bastantes jubilados y una nutrida representación de la última promoción de recién ingresados en el Cuerpo de Aspirantes.

La sesión inaugural estuvo presidida, en nombre del Ministro, por el Subsecretario del Ministerio de Justicia, don LIBORIO HIERRO; por el Director General de los Registros y del Notariado, don JOSÉ CÁNDIDO PAZ-ARES, y por el Subdirector, don ANTONIO PAU PEDRÓN, en unión del Decano y demás componentes de la Junta de Gobierno del Colegio. Primero, el Decano, don CARLOS-MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO, hizo una exposición de los temas a tratar y de los objetivos que se pretendían, que, en definitiva, pueden concretarse en conseguir que el Registro de la Propiedad atienda lo mejor posible a las necesidades demandadas por la sociedad. Le contestó el Subsecretario, ofreciendo la colaboración de la Administración, y el Ministerio de Justicia en concreto, para estudiar atentamente y apoyar en lo posible las propuestas que nacieran de esta Asamblea.

En los días 21 y 22 se debatieron ampliamente, y en algunos momentos con gran viveza, los temas de las distintas comisiones, que fueron los siguientes:

Comisión 1.ª: El Registrador ante la sociedad actual: Apertura y transparencia de la función registral.

Comisión 2.ª: La colaboración del Registrador con las Administraciones Públicas y la de Justicia.

Comisión 3.ª: La modernización e informatización de los Registros.

Comisión 4.ª: Estatuto personal del Registrador: Su organización profesional.

Las conclusiones se adoptaron tras las discusiones y votaciones correspondientes.

13. *Convocatoria del premio denominado «Estudios Hipotecarios»*.—El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España convoca la concesión de un premio denominado «Estudios Hipotecarios», con ocasión del Centenario del Código Civil, bajo las siguientes bases:

1. El premio estará dotado con *DOS MILLONES DE PESETAS*.
2. Pueden concurrir al premio todos los juristas, debiendo redactarse el trabajo en lengua castellana, cualquiera que sea la nacionalidad del autor. No podrán concurrir al mismo todos aquellos que ostenten cargos en la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores, sus Delegaciones Territoriales y Provinciales y Directores de Centros de Estudios Hipotecarios.
3. Los trabajos que opten al premio deberán versar sobre temas de Derecho Hipotecario, Inmobiliario Registral o Registro Mercantil.
4. La extensión de los trabajos será, como mínimo, de 300 folios a doble espacio y por una sola cara. Serán inéditos y se presentarán por triplicado, bajo un título y un lema, acompañados de plica. En ella se hará constar el nombre, apellidos, nacionalidad, domicilio y teléfono (si lo tuviere) del autor, y en el exterior de la plica figurará el título de la obra y su lema.
5. El jurado estará compuesto por siete miembros: Decano del Colegio de Registradores, un Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, un miembro de la Comisión Redactora de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, un Magistrado del Consejo del Poder Judicial, un Abogado en ejercicio de cualquiera de los Colegios de Abogados de España, un Catedrático de Derecho Civil o Mercantil y el Director del Centro de Estudios de Derecho Hipotecario, que hará las funciones de Secretario.
6. El fallo del jurado será inapelable y el hecho de participar en el presente concurso implica la total aceptación y conformidad con las bases del mismo.
7. La concesión del premio llevará consigo la publicación del trabajo por el Colegio de Registradores.
8. El premio se otorgará por vez primera en el año 1989 (Centenario del Código Civil), en el mes de diciembre, y se entregará en un acto académico. Los originales de los trabajos deberán ser presentados antes del 1 de noviembre de 1989.
9. Una vez presentado un trabajo no podrá ser retirado. Los originales no premiados quedan a disposición de sus autores, salvo que concierten con el Colegio de Registradores de la Propiedad su publicación, en las condiciones acostumbradas.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 28 de junio de 1988.*—CITACIONES Y NOTIFICACIONES.—Una vez realizadas en el lugar considerado adecuado, no se infringe el artículo 24 de la Constitución, máxime cuando el demandado ha comparecido en diversas actuaciones, lo que prueba que tuvo conocimiento del proceso.—Ponente: Sr. Truyol Sierra (*BOE*, 27 de julio).

Hechos.—1. Por escrito presentado en el Registro de este Tribunal el día 25 de febrero de 1987, el Procurador don José Granda Molero, actuando en nombre y representación de don Pedro Fuentes Cristino, interpuso recurso de amparo contra el Auto de 10 de enero de 1983, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 2 (*sic*) de Tudela, en pieza de medidas provisionales de los Autos 697/1982, promovidos por doña María Rosario Andrés Gracia, contra don Pedro Fuentes Cristino y contra la Sentencia dictada por el mismo Juzgado el 4 de septiembre de 1985, en incidente de oposición a las medidas provisionales, y la de 28 de enero de 1987, de la Audiencia Territorial de Pamplona, que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el demandante de amparo contra la anterior.

Se basa la demanda en los siguientes antecedentes:

a) Doña María Rosario Andrés Gracia planteó demanda de separación matrimonial y petición de medidas provisionales ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Tudela (Navarra), contra don Pedro Fuentes Cristino

El 10 de enero de 1983 dictó el Juzgado auto por el que accedía totalmente a lo solicitado por doña Rosario Andrés Gracia, fijando, entre otras medidas, en 70.000 pesetas la cantidad que el marido debía de pagar a la mujer en los cinco primeros días de cada mes.

b) El actor planteó demanda de oposición contra dicho auto, no sólo por lo elevado de la pensión asignada, sino porque no había sido citado debidamente, lo que dio lugar a que don Pedro Fuentes no pudiera comparecer ante el Juzgado de Primera Instancia de Tudela el 10 de enero de 1983, día señalado para el acto de comparecencia sobre medidas provisionales. La ausencia del recurrente a la comparecencia fue debida a que la cédula de citación cursada mediante escrito emplazando a don Pedro para que compareciera el 10 de enero de 1983 ante el Juzgado de Primera Instancia de Tudela iba dirigida a calle Alcalá, 49 (Banco Central de Ma-

drid), que no era el domicilio del señor Fuentes Cristino ni su lugar de trabajo. La citación realizada en el domicilio social del Banco Central se remitió al Departamento de Personal de dicho Banco, quien, a su vez, lo reenvió a Gran Vía, 18, donde trabajaba el señor Fuentes Cristino, por cuya razón la citación le llegó tardíamente, impidiéndole comparecer ante el Juzgado de Tudela en la fecha señalada para celebrar el acto de comparecencia, dictándose en ese mismo día sin su asistencia el auto resolviendo sobre las medidas solicitadas.

c) Ante esta situación, el demandado planteó demanda incidental de oposición al auto citado, que fue resuelta mediante Sentencia de 4 de septiembre de 1985, estimando en parte dicha demanda y rechazando la pretensión de nulidad de actuaciones formulada en la misma por la defectuosa y tardía citación.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación. El Juzgado de Tudela, por Providencia de 14 de septiembre de 1985, lo tuvo por interpuesto, emplazando a las partes para que en el término de veinte días comparecieran ante la Audiencia Territorial de Pamplona.

d) Simultáneamente al procedimiento referido se había dictado sentencia en el proceso de separación 602/1985, el día 12 de julio de 1985, por la que se acordaba la separación matrimonial de los cónyuges. Contra esta sentencia también se interpuso recurso de apelación. Al emanar del mismo Juzgado ambos procesos, y referirse a las mismas personas, los emplazamientos del pleito de medidas provisionales fueron erróneamente unidos por la Audiencia al pleito de separación, formulándose el rollo correspondiente, pero cuando ya habían transcurrido los plazos para comparecer ante la Audiencia en el pleito de medidas provisionales. Observados estos defectos en el momento de dictar sentencia, se declaró desierto el recurso interpuesto por el demandante.

2. La fundamentación jurídica de la demanda radica en considerar que la omisión de la citación en la forma debida constituye una infracción de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, causante, en definitiva, de indefensión. Esta infracción vino a reiterarse como consecuencia del pronunciamiento de la Audiencia Territorial, que declara desierto el recurso de apelación formulado por el demandante, sin que exista causa que lo justifique.

Solicita el recurrente se declare la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, reconociendo el derecho del accionante a alegar y probar cuanto estime pertinente en la pieza separada de medidas provisionales y a que se dicte nueva resolución que se fije la asignación correspondiente a la esposa desde el 10 de enero de 1983 hasta el 30 de junio de 1986, en que adquirió firmeza la Sentencia de separación matrimonial de 12 de julio de 1985 del Juzgado de Primera Instancia de Tudela.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha acordado DENEGAR el amparo solicitado, para lo que se ha basado en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—1. La cuestión que hemos de examinar y decidir en esta sentencia es si se han vulnerado o no los derechos fundamentales invocados por el recurrente, a saber, los derechos a ser oído y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa que se contienen en el artículo 24 CE, que garantiza a todas las personas el derecho a obtener

la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

La quiebra del mencionado derecho fundamental se habría producido por las resoluciones judiciales impugnadas, en cuanto el auto del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Tudela se dictó sin haber sido citado en forma el demandado para la comparecencia prevista en el artículo 1.897 y siguientes de la LEC, lo que determinó que el ahora recurrente no fuera oído ni pudiese presentar las pruebas pertinentes para la impugnación de las medidas solicitadas, lo cual determinó su indefensión. Como la infracción señalada no fue corregida por las resoluciones posteriores, todas ellas incurrirían, a juicio del demandante, en el vicio alegado.

Idéntica vulneración, y con el mismo efecto, afirma el demandante respecto de la resolución de la Audiencia Territorial de Pamplona que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el actor, cuando en realidad constituye un error procesal del Tribunal, dado que el impugnante considera que se personó en tiempo oportuno, y en la forma legal establecida, ante la Sala de lo Civil de la citada Audiencia llamada a decidir el recurso interpuesto.

2. Antes de entrar en el examen de las vulneraciones denunciadas, ha de determinarse si, como afirma el Fiscal en sus alegaciones, concurre en este caso la causa de inadmisión a que se refiere el artículo 44, 2, de la LOTC, en relación con el artículo 50, 1, a), de la propia Ley, en cuanto que la demanda de amparo no se habría presentado en el plazo de veinte días que señala el mencionado artículo, motivo que de ser acogido, se convertiría en esta fase procesal en causa de desestimación. Tal situación de extemporaneidad se origina, a juicio del Fiscal, porque el procedimiento para la determinación judicial de medidas provisionales que regula la LEC en sus artículos 1.886 y siguientes termina por medio de auto, frente al que, según el artículo 1.900 de la Ley procesal, no se dará recurso alguno. De ahí que el actor debió deducir demanda de amparo contra tal resolución, por aplicación del artículo 44, 1, a), LOTC, al ser firme la resolución como tal.

No podemos compartir en este caso la postura mantenida por el Ministerio Fiscal, ya que, cualquiera que sea la tesis que se sostenga en relación con el sistema procesal diseñado para la adopción de medidas provisionales solicitadas al tiempo de formular la demanda de separación matrimonial, no debe desconocerse que el propio artículo 1.900 de la LEC deja abierta a la parte que se crea perjudicada en su derecho y al Ministerio Fiscal la posibilidad de formular oposición ante el mismo Juez, oposición que se sustanciará con los trámites y con los recursos de los incidentes. Esta vía es la que, lógicamente, utilizó el actor al entender que se le había ocasionado un perjuicio, invocando, al parecer, la irregularidad en la citación practicada y la posible infracción del derecho constitucional contenido en el artículo 24 de la Constitución, solicitando la nulidad de las actuaciones practicadas. En tales circunstancias, y teniendo presente que el actor ha pretendido la defensa de sus derechos e intereses apurando los procedimientos y remedios que le ofrece la vía judicial ordinaria, no resulta aceptable el citado motivo de inadmisión (que ahora sería de desestimación), que sólo es pertinente en aquellos supuestos en que quede acreditada la indiligencia del actor o la búsqueda de una ampliación indebida del plazo legal para la interposición del recurso de amparo a través

de la presentación de recursos manifiestamente improcedentes según disposición expresa e inequívoca de la Ley.

3. Tampoco pueden compartirse las alegaciones de la representación de la demandante en el pleito que motiva el presente recurso (la esposa del ahora recurrente), cuando afirma que el actor pudo solicitar en su momento y recurrir por los procedimientos que las leyes establecen contra el supuesto error cometido por la Audiencia Territorial de Pamplona, omitiendo así la exigencia de la Ley Orgánica de este Tribunal de haber agotado toda clase de recursos. Tal alegación no se corresponde con la realidad, puesto que precisamente lo que ha intentado el actor es agotar todas las posibilidades ofrecidas por la norma procesal para oponerse a una resolución judicial que considera atentatoria a los derechos de defensa y perjudicial a sus intereses, debiéndose tener en cuenta que la sentencia de la Audiencia Territorial ha agotado la vía judicial.

4. Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, ha de analizarse si, como pretende el actor, el auto del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Tudela dio lugar a la falta de tutela judicial efectiva, causante de indefensión, en razón a que se adoptó sin que el interesado pudiese comparecer y alegar lo que a su derecho convenía por falta de citación en debida forma.

Tras un examen pormenorizado de las actuaciones remitidas y de las alegaciones de las partes ha de concluirse afirmando la inexistencia de la vulneración de los derechos fundamentales que se contienen en el artículo 24, 1 y 2, de la CE. En efecto, formulada demanda de separación matrimonial por la esposa, el Juzgado competente dictó sendas providencias emplazando al demandado y acordando la celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 1.897 LEC, con citación a las partes, librando exhorto para la citación del demandado en Madrid, en las oficinas centrales del Banco en que presta servicio, lugar que, conforme a la prueba practicada, se estimó adecuado para notificaciones. Practicadas las diligencias oportunas, y tras una primera suspensión de la comparecencia señalada por no constar la citación en forma del demandado no comparecido, se reiteró la citación para una nueva comparecencia, constando fehacientemente la práctica de la misma en tiempo y forma, para permitir la personación del demandado, que, sin embargo, no acudió al acto, celebrándose éste sin su presencia. El Auto de 10 de enero de 1983 resolvió sobre las medidas provisionales solicitadas por la demandante.

Resulta de lo que antecede, así como de la prueba practicada sin limitación alguna en el procedimiento judicial, que el demandante de amparo tuvo conocimiento suficiente y en tiempo oportuno para comparecer y probar lo que a su derecho conviniera en el trámite de adopción de las medidas provisionales, sin que pueda alegarse indefensión con relevancia constitucional si luego se acredita que se tuvo oportunidad de defensa o resulta acreditado que de la situación creada tuvo como con causa determinante la propia conducta procesal del interesado que reclama (STC 198/1987). Conviene además señalar que mal puede alegar desconocimiento del procedimiento ahora impugnado el interesado si, como consta, planteó una cuestión de competencia por inhibitoria frente al Juzgado de Tudela, lo que, entre otras cosas, motivó la suspensión de la tramitación de la pieza separada de medidas provisionales.

La verificación de la inexistencia de vulneración constitucional atribuida a la resolución que acordó las medidas provisionales permite concluir

sobre la plena corrección, desde la óptica del artículo 24 CE, de las resoluciones judiciales posteriores, puesto que la petición de nulidad del mencionado auto no se toma en consideración por éstas, tras una detenida y razonada fundamentación, lo que supone la plena prestación de la tutela judicial efectiva de los órganos judiciales competentes en el ámbito de lo que prescribe el artículo 117, 3, CE, debiéndose excluir por ello cualquier sospecha de vulneración de los derechos consagrados en el artículo 24 CE.

5. Finalmente, ha de analizarse la queja basada en el supuesto error cometido por la Audiencia Territorial de Pamplona.

Sin necesidad de entrar a precisar si ha existido o no tal error, es lo cierto que, según resulta de las actuaciones, el hoy recurrente consintió sucesivas providencias en las que se le tuvo por parte apelada, sin que en el acto de la vista, en el que se le tuvo también como apelado, conste tampoco la existencia de protesta alguna de su parte.

Unido todo ello a la consideración de que en la vista de la apelación, su presencia como apelado permitió al señor Fuentes Cristino aducir, en oposición a la pretensión de su ex esposa, todas las razones que hubiera podido esgrimir en defensa de su apelación, es forzoso concluir que, se haya procedido o no con toda la pulcritud procesal deseable, no se ha colocado al hoy recurrente en una situación de indefensión que resulte lesiva del derecho fundamental consagrado en el artículo 24 de la CE.

2. *Sentencia de 12 de julio de 1988.*—DAÑOS Y PERJUICIOS.—No es admisible la condena hecha por el Tribunal de apelación, cuando había quedado excluida del debate la pretensión a exigir tales daños.—Sala 1.ª—Ponente: Sr. Díaz Emil.—Suplemento *BOE*, 8 de agosto de 1988.

Hechos.—1. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 7 de marzo de 1987, el Procurador señor Ramos Arroyo, actuando en nombre y representación de don Pablo, Luis Agripina, Enrique, María Piedad y Palmira Domínguez Domínguez, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zamora el día 12 de febrero de 1987, que revocó en parte la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zamora, desestima la demanda interdical de obra nueva formulada por los demandantes, decreta el alzamiento de la suspensión de la obra acordada y condena a los actores, además de al pago de las costas, a indemnizar a los demandados en los daños y perjuicios causados por la paralización de la obra.

2. Los hechos que se exponen en la demanda son los siguientes:

a) En los autos de interdicto de obra nueva número 287/86, seguidos a instancias de los actores contra don Atilado Gago Tundidor, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zamora dictó Sentencia de fecha 24 de septiembre de 1986, por la que se desestimó la demanda interdical, se decretó el alzamiento de la suspensión de la obra acordada y se impusieron las costas a los actores. Igualmente, la sentencia desestimó la petición de condena de daños y perjuicios por paralización de la obra, formulada por la parte demandada.

Contra dicha sentencia los actores interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Zamora, recurso que fue admitido en ambos efectos, emplazándose a las partes para comparecencia ante la misma.

b) Comparecidas las partes ante el Tribunal *ad quem*, la representación de la demandada no se adhirió al recurso de apelación al devolver los autos evacuando el trámite de instrucción, conforme dispone el artículo 858 de la LEC.

Por consiguiente, el punto relativo a los daños y perjuicios por paralización quedó excluido de debate, circunscribiéndose éste al fallo de la sentencia.

En el acto de la vista del recurso, el Abogado de la parte actora y apelante informó solicitando la revocación de la sentencia, conforme al suplico de la demanda, y el Abogado de la parte demandada y apelada informó solicitando la confirmación de la sentencia de instancia, en congruencia con la condición de apelantes y apelados, quedando excluida del debate la pretensión de la demanda respecto a los daños y perjuicios por paralización, que no fue objeto del recurso.

c) Con fecha 12 de febrero de 1987, rollo 135/87, la Audiencia Provincial de Zamora dictó sentencia, por la que, con revocación parcial de la sentencia de instancia, desestimó la demanda, absolvió de la misma al demandado, condenó a los demandantes al pago de las costas en ambas instancias y a abonar a los demandados los daños y perjuicios sobrevenidos por consecuencia de la paralización de la obra.

3. En los fundamentos de la demanda se alega vulneración del derecho reconocido en el artículo 24, 1, de la Constitución, por haberse causado indefensión, pues no es constitucionalmente admisible que habiendo quedado excluida de la apelación el punto relativo a los daños y perjuicios por paralización de la obra, el fallo de la Audiencia se pronuncie sobre él, incurriendo en la incongruencia de modificar sustancialmente los términos en que se planteó el debate procesal en la segunda instancia.

En el suplico de la demanda se pide la nulidad de la sentencia recurrida, respecto al extremo relativo a los daños y perjuicios sobrevenidos por consecuencia de la paralización de la obra y, por otrosí, que se suspenda, durante la tramitación del recurso de amparo, la ejecución de la condena a indemnizar dichos daños y perjuicios.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido otorgar el amparo solicitado y, en su consecuencia:

1.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 12 de febrero de 1987, dictada en el recurso de apelación número 287/86 del Juzgado de Primera Instancia de Zamora número 1, rollo de la Audiencia número 135/87, en el extremo en que condena a los demandantes a abonar a los demandados los daños y perjuicios sobrevenidos por consecuencia de la paralización de la obra; pronunciamiento que dejamos sin efecto, manteniendo la validez de dicha sentencia respecto al resto de sus pronunciamientos.

2.º Reconocer a los demandantes de amparo su derecho a la tutela judicial efectiva.

3.º Restablecer a los mismos en la integridad del mismo mediante la declaración de nulidad contenida en el número 1 de este fallo.

La sentencia se ha basado en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—1. Se interpone el presente recurso contra una sentencia dictada en segunda instancia, que se dice haber revocado,

en perjuicio de los apelantes, un pronunciamiento de la sentencia apelada que no había sido objeto de impugnación por ninguna de las partes litigantes.

Alegan los demandantes de amparo que ello constituye vicio de incongruencia procesal que, al modificar sustancialmente los términos de la apelación, ha ocasionado violación del derecho a la tutela judicial efectiva sin que se produzca la indefensión garantizado por el artículo 24, 1, de la Constitución.

La circunstancia de que en los fundamentos jurídicos de la demanda y en el escrito de alegaciones de los actores se contenga únicamente argumentación genéricamente referida a la incongruencia procesal y a la indefensión, sin hacer alusión específica alguna a la doctrina constitucional de la prohibición de la reforma peyorativa, no constituye obstáculo para que debamos situar la pretensión de amparo en el ámbito de aplicación de dicha doctrina, pues la *reformatio in peius* es una modalidad de incongruencia procesal producida en la segunda instancia, cuya prohibición se inserta en el derecho fundamental a la tutela judicial, al igual que ocurre con toda manifestación de ese vicio procesal, a través de la interdicción de la indefensión consagrada en el artículo 24, 1, de la Constitución —ATC 701/1984 y STC 84/1985—, y, en tal sentido, el caso aquí contemplado constituye, dentro del marco general de la incongruencia e indefensión, un supuesto típico de *reformatio in peius* que procede resolver de acuerdo con la doctrina que le es de especial aplicación.

2. Según esta doctrina, establecida en numerosas resoluciones, de las que pueden servir de ejemplo las SSTC 20/1982, 54/1985, 86/1986 y 115/1986, el núcleo esencial de la prohibición de la reforma peyorativa reside en la idea de que su vulneración se produce cuando la situación del recurrente se empeora a consecuencia exclusiva de su propio recurso y no a consecuencia de los recursos, directos o adhesivos, de la parte contraria o de alegaciones concurrentes e incidentales que hayan sido formuladas por ésta en condiciones que permitan reconocerles eficacia devolutiva.

En relación con el recurso ordinario de apelación civil, que es el caso aquí debatido, dicha prohibición es garantía procesal de que los pronunciamientos de la sentencia apelada no impugnados por ninguno de los litigantes quedarán fuera de la función revisora del órgano judicial de segunda instancia, de tal forma que el apelante quedará a salvo de la posibilidad de que la sentencia de apelación exceda de los términos en que formula su recurso y, en consecuencia, que éste no servirá de cauce para que los pronunciamientos de la sentencia que le son favorables se revoken en su perjuicio, al menos en los supuestos en que la contraparte se limita a pedir su confirmación.

Admitir la tesis contraria de que el Juez o Tribunal de apelación tiene facultad para modificar de oficio, en perjuicio del apelante, la sentencia íntegramente aceptada por el apelado es tanto como autorizar que el recurrente pueda, en términos legalmente no previstos, ser penalizado por el hecho mismo de interponer su recurso, lo cual supone tanto como introducir en el sistema procesal de la apelación civil, regida por el principio dispositivo, un elemento disuasorio al ejercicio del derecho constitucional a los recursos establecidos en la Ley, que es incompatible con la tutela judicial efectiva sin resultado de indefensión, que vienen obligados a prestar los órganos judiciales en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24, 1, de la Constitución.

3. En el supuesto de autos, los demandantes de amparo promovieron un interdicto de obra nueva, que produjo el efecto, previsto en el artículo 1.663 de la LEC, de paralización de obra, oponiéndose los demandados con la pretensión de que se desestimara la demanda y se condenara a los actores al pago de los perjuicios ocasionados por dicha paralización.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda interdictal, decretando el alzamiento de la suspensión de las obras, y denegó la condena de indemnización de perjuicios solicitada por los demandados al considerar que el interdicto no había sido interpuesto dolosamente.

Esta sentencia fue apelada por los demandantes con el objeto de obtener la revocación de su pronunciamiento desestimatorio de la demanda y los demandados comparecieron en concepto de apelados, sin que se adhirieran a la apelación para impugnar la denegación de la indemnización por ellos solicitada, ni consta en el acta del juicio que hubieran formulado alegación alguna en tal sentido, limitándose a pedir la confirmación de la sentencia.

A pesar de ello, la sentencia de segunda instancia después de desestimar el recurso de apelación, que en congruencia debió conducirlo a la confirmación de la sentencia, tal y como habían solicitado los apelados, procedió a revocar el pronunciamiento, no impugnado, de denegación de la indemnización, agravando de oficio la sentencia en perjuicio de los apelantes, a los que condena al pago de la misma, incurriendo en una extralimitación sustancial del debate impugnatorio de apelación, que constituye, según la doctrina expuesta y dadas las circunstancias que se dejan constatadas, *reformatio in peius* vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24, 1, de la Constitución.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS,
EUGENTO RODRÍGUEZ CEPEDA y
ENRIQUE COLOMER SANCHE

LA SIMPLE REUNION CONTABLE DE LAS DIVERSAS OPERACIONES DE CREDITO ENTRE DOS PERSONAS CARECE DE VIRTUALIDAD PARA PROVOCAR EL NACIMIENTO DE UNA OBLIGACION SUSTANTIVA E INDEPENDIENTE POR EL SALDO RESULTANTE A NO SER QUE LA CUENTA BANCARIA APAREZCA COMO INSTRUMENTO DE UNA RELACION CONTRACTUAL DE APERTURA DE CREDITO O DE CUENTA CORRIENTE (RESOLUCIÓN DE 23 DE DICIEMBRE DE 1987.—«BOE» DEL DÍA 1 DE FEBRERO DE 1988).

A) *Hechos*.—I. En escritura autorizada por la Notaria de Illescas, doña Milagros A. Casero Nuño, el día 4 de febrero de 1986, los esposos don Francisco Durán del Barrio y doña Marcelina Sánchez Martín y don Carlos Durán Sánchez y doña María Rosa Villarrubia Díaz, constituyeron unilateralmente hipoteca en garantía de una cantidad máxima de 69.600.000 pesetas, sobre una finca urbana propiedad de los primeros, resultante de la agrupación de varias, sita en Illescas. Dicha finca quedó a responder de la cantidad de 40.000.000 de pesetas de principal, de 21.600.000 pesetas como cantidad para intereses de tres años al tipo pactado del 18 por 100 anual y de otra cantidad de 8.000.000 de pesetas para gastos y costas, lo que suma la responsabilidad hipotecaria máxima antes expresada.

En la citada escritura de constitución de dicha hipoteca se estableció que, con independencia a las demás garantías que puedan existir y de los derechos y acciones de toda índole que, derivados de los títulos representativos de los respectivos créditos, pueda ejercitar el «Banco Español de Crédito, S. A.», los mencionados esposos añaden la garantía hipotecaria con arreglo a las estipulaciones que constan en la escritura, de las que, entre otras, y aparte de las mencionadas anteriormente, cabe señalar:

«Segunda.—La hipoteca se constituye con arreglo a lo previsto en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento, a cuyo efecto:
a) La suma garantizada hasta 61.600.000 pesetas por principal e intereses como máximo quedará representada por el saldo de la cuenta corriente abierta a nombre de los otorgantes, solidariamente, en la sucursal del 'Banco Español de Crédito, S. A.', en Illescas, con el número 28015/173;

enumerándose entre los asientos que podrá recoger dicha cuenta: En cuanto al Debe 3.º El saldo que presente la cuenta número 28001/173 que en la sucursal antes citada mantienen los comparecientes y don Enrique Jurado Gómez y su esposa, doña Milagros Durán Sánchez, en virtud del préstamo con garantía hipotecaria que la Entidad bancaria mencionada les tiene concedido, según la escritura de fecha 12 de septiembre de 1983, otorgada ante el Notario de Madrid don Joaquín Rovira Perea, pidiendo el 'Banco Español de Crédito, S. A.', destinar las cantidades que crea convenientes a reducir y, en su caso, cancelar dicho préstamo hasta el límite del principal de la hipoteca que se constituye, o sea, 40.000.000 de pesetas. 4.º El saldo que presente la cuenta número 20000/1973, que en la misma sucursal mantienen los señores citados en el apartado anterior, en virtud del crédito que hasta un máximo de 21.000.000 de pesetas les tiene concedida la misma Entidad bancaria, según la escritura antes mencionada, pudiendo el 'Banco Español de Crédito, S. A.', destinar las cantidades que crea convenientes al mismo fin que se expresa en el apartado anterior. 5.º El importe de la deuda que los comparecientes mantienen con la mercantil 'Beyre, S. A.', que el Banco citado podrá satisfacer para su cancelación, si lo creyese oportuno. 6.º Las cantidades que por cualquier concepto resulten adeudar los comparecientes al 'Banco Español de Crédito, S. A.', en cualquiera de sus sucursales. Los titulares no podrán librar contra esta cuenta talones, cheques, órdenes de pago ni de transferencia, ni disponer de ningún modo de esta cuenta, y si lo hicieren, dicha Entidad bancaria quedará plenamente facultada para rechazarlos. En cuanto al Haber b) Los saldos que se produzcan en dicha cuenta a favor del 'Banco Español de Crédito, S. A.', devengarán a favor del mismo el interés del 18 por 100 anual durante todo el período de vigencia de la cuenta y también después de vencida ésta, hasta que el Banco haya obtenido el pago del saldo que se le adeude, incluidos los intereses de mora. f) La cuenta de referencia tendrá una duración máxima de seis años a partir de la fecha de esta escritura y no será renovable. g) Llegada dicha fecha en la misma o en cualquier otra posterior, y en el supuesto de que el Banco no hubiera hecho uso antes de sus derechos de dar por vencida la hipoteca, según se estipula en otros párrafos de la escritura, dicho Banco procederá al cierre definitivo de la cuenta, sin perjuicio de lo estipulado en los apartados b) y c), liquidando sus intereses al 18 por 100 anual, y podrá exigir el pago del saldo resultante de los titulares de dicha cuenta, solidariamente, incluso por vía de ejecución hipotecaria, acreditando en autos dicho saldo, según se estipula en este mismo apartado. Undécima.—La hipoteca que se constituye es de superposición de garantía, sin que sufran modificaciones, alteración ni novación alguna de las obligaciones que se derivan de los títulos en que se fundan los créditos del 'Banco Español de Crédito, S. A.', aunque sus importes hubieran sido adeudados en la cuenta hipotecaria, títulos que conservarán toda su fuerza y vigor, así como las acciones y derechos que, derivados de los mismos, asistan a dicho Banco, mientras éste no haya obtenido entero y cumplido pago, tanto del capital como de intereses y, en su caso, de gastos y costas. Finalmente, se hace constar en la escritura que ha sido redactada conforme a minuta presentada por los otorgantes.

El 'Banco Español de Crédito, S. A.', aceptó la hipoteca unilateral, constituida a su favor, mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid don Antonio de la Esperanza Martínez Radío el día 5 de marzo de 1986.

II. Presentadas ambas escrituras (de constitución y de aceptación) en el Registro de la Propiedad número 1 de Illescas el día 10 de julio de 1986, causando asiento de presentación urgente hasta el 29 de noviembre, al amparo de lo dispuesto en los párrafos 1.º, apartado c), y 4.º del artículo 432 del Reglamento Hipotecario, siendo calificada la escritura de constitución de hipoteca mencionada con la siguiente nota: Se deniega la inscripción del presente documento, por adolecer de los siguientes defectos insubsanables. Primero: Ser contradictorios los términos de la escritura, dado que, por un lado, se dice que la hipoteca se constituye para asegurar una obligación ya existente y de cuantía concreta, y por otro lado, se constituye una hipoteca con arreglo al artículo 153 de la Ley Hipotecaria, o sea, en garantía de una deuda futura indeterminada en su existencia y cuantía. Segundo: Ser también contradictorios los propios términos de la hipoteca que se constituye al amparo del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, pues garantizando esta hipoteca el resultado de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, sin embargo, conforme al último párrafo de la estipulación segunda, el acreditado no puede disponer del crédito abierto a su favor. Tercero: Fijarse como partidas del Haber de la cuenta corriente —números 3 y 4— otras obligaciones sin duda de existencia, cuantía, vencimiento y otras características específicas, sin estipular, al mismo tiempo, su modificación como consecuencia de su inclusión en la cuenta corriente. Cuarto: Vulnerarse el principio de accesoriedad de la hipoteca, al incluirse entre las partidas del Haber de la cuenta corriente, el crédito de una tercera persona. Quinto: Infringirse el principio de especialidad ante la indeterminación de las partidas del Haber de la cuenta corriente, reseñadas en sus números 5.º y 6.º Sexto: No poder englobarse los intereses moratorios con los ordinarios, tal como lo hace el apartado b) de la estipulación segunda, por impedirlo el principio de especialidad, y además por ser contradictorio con la estipulación primera que sólo garantiza los intereses ordinarios. Séptimo: No poder incluirse entre las partidas del Debe de la cuenta corriente los intereses devengados después del cierre de la misma, pues el saldo global resultante en este momento es el que garantiza la hipoteca del artículo 153 de la Ley Hipotecaria. Octavo: Infringir el apartado b) de la estipulación novena, la prohibición de disponer del artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Novena: No poder dar lugar al vencimiento de la hipoteca, la suspensión de pagos, quiebra o concurso del deudor, tal como se prevé en la estipulación décima, por ser materia sustraída a la disposición de las partes. Décimo: Ser contraria al principio de especialidad el apartado c) de la cláusula novena. No procede anotación de suspensión.

Illescas, a 30 de octubre de 1986.—El Registrador.—Firmado: Francisco Javier de Noriega Zulueta »

III. El Procurador de los Tribunales don Carlos Ibáñez de la Cadiniere, en representación del «Banco Español de Crédito, S. A.», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que en cuanto al primer defecto de la nota de calificación, se considera que no hay tal contradicción, pues la única hipoteca que se constituye en el documento calificado es la llamada «de máximo», y establecida ésta, se recurre al método extrahipotecario de la cuenta corriente para poder determinar en su momento la deuda, y para ello se establece el mecanismo jurídico prevenido en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento. Y así las manifestaciones hechas en la parte expositiva de la escritura de cons-

titución de hipoteca no tienen otro significado que causalizar la hipoteca en el sentido de que existan unas deudas, como consecuencia de diversas operaciones por la cantidad de 50.703.565 pesetas, pero que se constituye en garantía de 40.000.000 de pesetas como máximo de principal, o sea, que una parte de una o todas de dichas operaciones se asegura hasta dicho límite máximo con la hipoteca, pero que tal parte no está determinada en ese momento. Esta modalidad de hipoteca se encuentra ampliamente extendida como operación bancaria, en cuya virtud se dota de garantía real hipotecaria a las distintas operaciones que pueda realizar un cliente y se pacta, como medio de acreditar la deuda exigible, la certificación de saldo de una cuenta a la que se pueden adeudar tanto operaciones vencidas como pendientes de vencimiento que se encuentran en vigor en el momento de constituirse la hipoteca, como aquellas que, igualmente incluidas en los pactos, puedan producirse en el futuro, dentro de unas líneas generales establecidas previamente. En este punto hay que citar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de marzo de 1929.

Que en lo referente a los defectos segundo, tercero, cuarto y quinto de la nota de calificación se afirma que la hipoteca que nos ocupa es de máximo. Para ello hay que recurrir a la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 24 de marzo de 1929, 29 de enero de 1934, 23 de mayo de 1946 y 16 de febrero de 1965, sobre el concepto y diferencias entre «contrato de cuenta corriente» y «la cuenta corriente contable» o «situación en cuenta corriente». El primero se caracteriza por la existencia de un pacto que, a base de la recíproca concesión de crédito, aspira a mantener unidos los elementos integrantes de la cuenta, sin posibilidad de que sus partidas puedan hacerse efectivas hasta el cierre y liquidación previstos y determinantes del saldo final reclamable; mientras que en la figura jurídica afín de «situación en cuenta corriente llamada de Debe y Haber», muy generalizada en la banca y el comercio, se opera una compensación de las partidas de cargo y abono de la que puede surgir un saldo exigible durante la vigencia de la cuenta, y si se lee la escritura, cuya inscripción se ha denegado, se puede observar que se da esta última figura; que está perfectamente reglada, a la que se recurre como medio extrahipotecario para determinar en su momento la deuda; por tanto, no es contradictorio no poder disponer los deudores por otros medios que no sean los reglados, ni se vulnera el principio de accesoriedad de la hipoteca, ni tampoco se infringe el principio de especialidad, sin olvidar que la hipoteca se ha diseñado de «máximo» y nunca en garantía de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. Además, el artículo 153 de la Ley Hipotecaria solamente exige los requisitos específicos exigidos para esta clase de hipoteca y permite el pacto de acreditar el saldo a efectos ejecutivos, mediante certificación de la Entidad acreedora, debiéndose tener en cuenta respecto a este punto lo establecido en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de abril de 1945. Que en lo referente al defecto sexto de la nota de calificación, se entiende que tanto la Ley Hipotecaria (arts. 12, 114, 115, 120, 127, 135, 146 y 147) como el Reglamento (arts. 219 a 221) hablan de intereses en general, sin distinción entre ordinarios y moratorios. Los apartados a) y b) de la estipulación segunda de la escritura calificada desarrollan lo establecido en los artículos 315 a 317 y 319 del Código de Comercio y 1.108 del Código Civil. Por otro lado, se considera equivocada la interpretación que del principio

de especialidad hace el funcionario calificador. Lo que este principio impone es, por una parte, la individualización y perfecta determinación de cada uno de los conceptos que integran la responsabilidad hipotecaria y, por otra, la distribución del gravamen entre las fincas, cuando sean dos o más las hipotecadas; y en la estipulación primera de la citada escritura no se califican los intereses, se aseguran los intereses de tres años al tipo del 18 por 100 anual, y por ninguna parte se expresa que sean ordinarios. Por último, la doctrina hipotecaria considera que los intereses credituales garantizados por ministerio de la ley con la hipoteca, tanto puede ser los devengados durante el plazo contractual del débito como los posteriores al mismo. Que en cuanto al séptimo defecto de la nota de calificación, como anteriormente se ha dicho, confunde el señor Registrador el contrato de crédito en cuenta corriente con el instrumento o soporte contable en el que se disponen ordenadamente las partidas de Debe y Haber para hallar el saldo de aquél hasta el límite convenido. Así, pues, durante la vigencia de la cuenta los intereses se capitalizan como autoriza el artículo 317 del Código de Comercio y forman parte del saldo que garantiza la hipoteca, pero al cierre de la cuenta lo que ocurre es que no se puede adeudar ninguna partida en ella y se concreta la obligación asegurada; en este momento la hipoteca de máximo se convierte en la práctica en una hipoteca ordinaria que continúa devengando intereses hasta que el deudor paga, y estos intereses ya no producirán nuevos intereses por la imposibilidad de capitalizarlos, pero no cabe duda que habrá que asentarlos en alguna cuenta como intereses debidos, mas perfectamente separados del saldo al cierre de dicha cuenta o principal, de forma que nunca se aseguran más de la cantidad máxima de 21.600.000 pesetas. Que en lo concerniente al octavo defecto de la nota de calificación se admite la calificación del Registrador, pero en virtud de lo dispuesto en el párrafo 4.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, debe inscribirse la hipoteca sin el apartado *b)* de la estipulación novena, sin perjuicio de su eficacia obligacional. Que en lo referente al noveno defecto de la nota de calificación, se admite que se inscriba al documento sin la estipulación décima, en virtud de lo dispuesto en el precepto anteriormente citado. Que, por último, en cuanto al defecto décimo de la expresada nota, por carecer de trascendencia real el apartado *c)* de la cláusula novena, se admite lo dicho en el párrafo anterior.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que en cuanto al primer defecto, la contradicción surge en la estipulación segunda de la escritura calificada, al decir que la hipoteca constituye con arreglo a lo previsto en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento, porque si la obligación es cierta en su existencia y cuantía, resulta inadecuada una hipoteca que contempla una hipoteca de seguridad, o sea, en garantía de una obligación que ni existe ni es conocida, por tanto, futura, que necesariamente ha de ser de «máximo» y que se constituye en garantía del saldo final de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. La contradicción se acentúa ante la afirmación que hace el recurrente de que el artículo 153 de la Ley Hipotecaria solamente exige como requisitos específicos de esta clase de hipotecas la determinación en la escritura de la cantidad máxima de que responda la finca y el plazo de duración, haciendo constar si ésta es o no prorrogable, además del pacto de acreditar el saldo a efectos ejecutivos, mediante certificación de la Entidad acreedora, pues de ello parece deducirse que no considera necesario reflejar registralmente las diversas partidas del Debe y del Haber

de la cuenta que se reseñan en la escritura, con lo que no tendríamos más que la deuda concreta del expositivo II, garantizada con una hipoteca ordinaria en la cuantía de los 40.000.000 de pesetas de principal. De lo expuesto resulta que el recurrente destaca el carácter causal de la parte expositiva que después considera desvirtuado por el posterior contenido de la escritura, y, al mismo tiempo, insinúa que no es necesario expresar registralmente los asientos de la cuenta corriente; así, pues, es la causa la que hace surgir la hipoteca, o sea, la obligación concreta ya nacida, cuya existencia y cuantía están excluyendo la figura de la hipoteca de seguridad. En suma, los términos de la escritura, en los extremos examinados, resultan vagos, oscuros y contradictorios, por lo que su aclaración y rectificación necesitan un nuevo título, conforme al artículo 219 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento. Que en lo que concierne al defecto segundo es necesario puntualizar que no son incompatibles las expresiones «hipoteca de máximo» e «hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente», sino que inevitablemente ambas calificaciones van unidas, por cuanto que la hipoteca del artículo 153 de la Ley Hipotecaria es de seguridad y como consecuencia obligada, es al mismo tiempo de máximo, dado que sólo puede precisarse inicialmente el máximo a que puede ascender la responsabilidad hipotecaria. Si, por consiguiente, la hipoteca del citado precepto se establece en garantía de un crédito que se concede combinado con la cuenta corriente, es evidente la contradicción en los términos de la escritura, pues si el deudor no puede retirar el crédito abierto es porque éste no se le concede, no existe o no hay fondos. De manera que lo que el Registrador ignora es si nos encontramos ante una hipoteca ordinaria o si se ha pretendido encajar inadecuadamente en el marco del precepto aludido otro tipo de figura u operaciones. Que en lo referente a los defectos tercero, cuarto y quinto, hay que señalar que no nos encontramos ante el caso de la llamada «cuenta corriente contable»; la situación que se deduce de las diversas partidas que se incluyen en la cuenta corriente, es aquella otra en la que una persona es titular de varias cuentas que funcionan de manera independiente y en la que se conviene que los saldos de las cuentas acreedoras sirvan de garantía a los saldos de las cuentas deudoras, unificando todas las cuentas como si se tratara de una sola, formando un todo indivisible mediante una cuenta contable de amortización, y es este pacto el que se ha tratado de encajar en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, equivocadamente, porque del examen de las diversas partidas del Debe reflejadas en la cuenta, no se deduce cuál sea la obligación u obligaciones garantizadas ni, por consiguiente, la causa de la hipoteca, ya que en dichas partidas se reflejan prestaciones económicas, de forma que no se garantizan con la hipoteca esas obligaciones, sino únicamente su valor económico, y tampoco se sabe en qué momento se incluye en la cuenta ese valor económico. Y es necesario resaltar que la inclusión en la cuenta unificada de esos saldos parciales, no cierra las cuentas singulares de que dimanen, porque las obligaciones que las generan continúan o pueden continuar subsistiendo. Esta situación, aparte de los perjuicios que puede ocasionar al deudor, supone una manifiesta infracción de los principios de especialidad y accesoriedad, puesto que no hay conexión entre las obligaciones y la hipoteca, ni en fase de garantía ni en fase ejecutiva, y en este punto hay que citar los artículos 1.528 y 1.857 del Código Civil, 9 y 104 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. Que en lo referente al sexto defecto se vuelve a apreciar una vulneración del prin-

cipio de especialidad, porque bajo la misma responsabilidad se engloban los intereses ordinarios y los moratorios, tal conjunción no parece posible por el distinto concepto a que unos y otros responden, y el principio citado impone, para la seguridad de los terceros, la precisión de cada uno de los conceptos o deudas que la hipoteca garantiza; a este criterio responde el artículo 12 de la Ley Hipotecaria y aparece confirmado por las Resoluciones de la Dirección General de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935 y de 29 de octubre de 1984. Por otro lado, la Ley Hipotecaria únicamente contempla los intereses ordinarios, bastando recordar el artículo 114 de dicha Ley. Que en cuanto al defecto séptimo, se señala que después del vencimiento, la hipoteca entra en la fase ejecutiva de realización de la obligación garantizada, y frente a tercero, la responsabilidad queda concretada a los conceptos estrictamente garantizados por ella, salvo cuando el tercero se subroga en la obligación personal o en el caso similar contemplado por el párrafo tercero del artículo 126 de la Ley Hipotecaria. Por consiguiente, cualesquiera intereses que no sean los estrictamente garantizados por la hipoteca, fuera de los casos mencionados, sólo vinculan al deudor frente al acreedor, de forma que sólo podrán hacerse efectivos por medio de una acción personal. En cualquier caso no resultan muy claras las alegaciones del recurrente, cuando dice que estos intereses hay que asentarlos en alguna cuenta, pero separados del saldo al cierre de la cuenta principal, de forma que nunca se aseguren en cantidad superior a la prevista por el concepto de intereses. La cuenta se cierra con los intereses y éstos no pueden al mismo tiempo estar fuera y dentro de ello. Y, en último término, el problema se reconduce al de los intereses moratorios.

V. La Notaria autorizante del documento informó: Que el punto de partida ha de ser necesariamente descubrir cuál es la verdadera voluntad de las partes a través de los términos de la escritura. Que en cuanto a la verdadera intención de los contratantes hay que tener en cuenta que el proceso de creación de una garantía hipotecaria a favor de una Entidad bancaria se asemeja al otorgamiento de un contrato de adhesión, pues se trata de que el deudor tiene una determinada relación jurídico-económica con el Banco y es éste el que configura prácticamente de forma unilateral el marco jurídico de las garantías que van a asegurar esa relación. De ahí que las escrituras que formalizan dichas garantías se redacten, en la mayoría de los casos, con arreglo a «Minuta» presentada por la Entidad bancaria, aunque se articule como constitución unilateral de hipoteca por el deudor, que posteriormente acepta el Banco. Así ha ocurrido en este caso, según se indica al final de la escritura. En consecuencia, después de las conversaciones mantenidas con los otorgantes, la apreciación personal del tema inmediatamente anterior al otorgamiento de la escritura se puede sintetizar en los siguientes puntos: 1.º Unos deudores tienen unas ciertas obligaciones jurídico-económicas con el Banco, además de con otros acreedores, que en su mayoría están determinadas en su existencia y contenido, revistiendo algunas de ellas garantía hipotecaria y otras no. 2.º Debido a la situación por la que atraviesan los deudores, la falta de liquidez, y siendo titulares de un patrimonio libre de cargas, cuyo valor cubre sobradamente el importe de las deudas con el Banco y sus accesorias, llegan al acuerdo con la Entidad de que ésta no proceda a la ejecución de las garantías establecidas a su favor, a cambio de que los deudores presten nuevas garantías al Banco, conformándolas con hipotecas sobre

los bienes no gravados de que son titulares los deudores, pero fijando un límite máximo de responsabilidad y quedando subsistentes las garantías anteriores, estableciendo «superposición de garantías». 3.º Para configurar la nueva garantía se opta por la figura de la hipoteca de máximo, acudiendo a una de sus especies, la regulada en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, pero sin establecer contrato de cuenta corriente, ni apertura de crédito en cuenta corriente, entre ellas. Pues bien, se considera que la verdadera voluntad de las partes que se deduce de lo expuesto anteriormente, está reflejada en la escritura, interpretando su texto como un todo, teniendo además presentes las reglas que sobre la interpretación de los contratos establece el Código Civil. Y lo que ocurre es que la alusión a los artículos 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento resulta perturbadora. Que se estima que se ha elegido el camino más idóneo para encauzar la voluntad de las partes en cuanto a la «superposición de garantía», pero no del todo por lo que se refiere a la expresión formal de aquélla; en efecto, la adscripción de la hipoteca en el grupo de las reguladas en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria que se hace en la estipulación segunda no se corresponde exactamente con la delimitación de la garantía que se hace en el resto de la escritura. La hipoteca que contempla dicho artículo es la hipoteca en garantía de una cuenta corriente de crédito y lo que se expresa o establece en la escritura, después de la cita de dicho artículo no es exactamente eso, y así se le hizo saber a las partes en su momento. Que no hay contrato de cuenta corriente, pues no hay recíproca concesión de créditos, ni se puede hablar de «compensación de créditos» al cierre de la cuenta, ya que en el caso que nos ocupa sólo hay un acreedor, que es el Banco, y una simple anotación en cuenta de distintos créditos que el Banco tiene y que puede tener frente al cliente, sin que por ello pierdan individualidad dichos créditos que siguen siendo diferentes y a los que no quita ni añade nada su inclusión en la cuenta. El propio recurrente reconoce que se está ante una simple situación contable de cuenta corriente, esto es, de un simple instrumento de anotación de «Debe» y «Haber». El Banco pretende sumar el importe de dichos créditos y garantizar el resultado de esa suma con hipoteca. Como la suma definitiva se desconoce, puesto que algunos créditos están indeterminados y otros parece que no han venido aún, se acude a la fijación de una cantidad máxima de responsabilidad. En principio, nada obsta a que un mismo acreedor pretenda garantizar con hipoteca los distintos créditos que tenga frente a un mismo deudor, pero tales créditos deben estar especificados o individualizados (por exigencia del principio de especialidad y accesoriedad de la hipoteca); si bien cabe la posibilidad de garantizar por una cantidad máxima créditos indeterminados en su existencia o cuantía que sólo se indican en sus líneas fundamentales y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios, denominándose entonces a la garantía «hipoteca de máximo». Procede analizar si el negocio formalizado en la escritura se corresponde o no con dicha figura; la hipoteca de máximo se cobija dentro del marco más general de hipoteca de seguridad, y dentro de la hipoteca de máximo, el Derecho español reconoce la especial denominada hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, a que se refieren los artículos 153 y 245 citados. Y según el texto de la escritura es evidente que no se ha constituido una hipoteca en garantía de una cuenta corriente de crédito, a pesar de la citación expresa de los artículos que la regulen. Ahora bien, ésta es una cuestión secundaria, pues la remisión a un artículo concreto no tiene por

qué forzosamente condicionar la validez del resto de las declaraciones de voluntad de las partes, si verdaderamente establecen una figura distinta a la regulada por el artículo citado. En otras palabras, si A y B declaran, por ejemplo: «Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 618 del Código Civil, A vende a B una finca y éste la compra por el precio tal». ¿Qué están otorgando? Desde luego, una compraventa y no una donación, aunque la compraventa no se regule en el artículo 618 del Código Civil. En virtud de lo dicho, hay que reconducir las declaraciones de la voluntad de las partes por la vía de otra modalidad de hipoteca y de máximo distinta a aquélla, no regulada por la Ley, pero que podría ser viable si reuniese los requisitos generales de las hipotecas de máximo, aunque no los especiales de la en garantía de cuentas corrientes de créditos, y así se entendería al analizar la minuta, y por ello, se estima desenfocado el recurso al basarlo principalmente en afirmar que se trata de una mera «situación de cuenta corriente» para seguidamente defender que dicha situación, sin más, puede garantizarse con hipoteca, precisando además que esa hipoteca es una modalidad de las de máximo, concretamente la regulada en los artículos 153 de la Ley Hipotecaria y 245 del Reglamento Hipotecario. Que la doctrina señala como notas características de las hipotecas de máximo las siguientes: a) Fijación de un máximo de responsabilidad. Como exigencia del principio de especialidad es necesario que el Registro publique la parte del valor de la finca hipotecada, que en su día podrá dedicarse a la extinción de crédito. b) Indeterminación de la existencia o cuantía del crédito, en contraste con la determinación de la garantía real que queda expresamente reflejada en el Registro. La Resolución de 21 de marzo de 1917 dice que el crédito garantizado por la hipoteca de máximo, en lo referente a su determinación, puede sujetarse a fórmulas sencillas o a reglas complicadas y hasta desconocidas para los terceros. Esta nota se da en el caso que nos ocupa, aunque parcialmente, pues no se trata de un solo crédito, sino de varios, de naturaleza diferente, unos determinados y otros no. c) Determinación del crédito en líneas generales, que ha de reflejarse en el Registro, haciendo constar los datos indispensables para identificar la obligación garantizada, debiendo por lo menos determinarse la base causal de la que nacerán las prestaciones exigibles. La Resolución de 5 de marzo de 1945 declaró que «la hipoteca de máximo aparece configurada como un derecho real constituido para asegurar el pago de obligaciones variadísimas y determinadas en sus líneas generales, pero sin garantizar la existencia, exigibilidad, importe y vencimiento de los respectivos créditos». Esta nota se da en algunos de los créditos incluidos en las partidas del Debe, mientras que otros están perfectamente determinados. d) Determinación de la existencia y cuantía por medios extrahipotecarios. Requisito éste que se da en la escritura calificada, si bien, como se ha dicho, no se puede predicar de todos los créditos que se incluyen en «situación de cuenta corriente». Que de todo lo expuesto se deduce que las partes han configurado defectuosamente la garantía que querían establecer y aceptar (por más que los defectos sean en su mayoría subsanables) al introducir en «saco común» créditos muy diferentes cuya garantía hubiese requerido tratamiento específico, distinto en cada caso; cuando hubiere sido más coherente con la verdadera voluntad de las partes, operar del modo siguiente para las deudas indeterminadas o que aún no hayan surgido: 1.º Hay que distinguir entre obligaciones ya existentes, pero de cuantía indeterminada, y obligaciones de existencia futura posible. 2.º Para las

primeras son para las que está pensada la hipoteca de máximo, pero requieren especificación y causa de la obligación, aunque la cuantía de la deuda aún no se sepa. 3.º Las segundas tienen tratamiento específico en la Ley Hipotecaria, distinto del de la hipoteca de máximo, y su garantía mediante hipoteca se lleva por cauces distintos.

VI. El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en que en la denominada escritura de hipoteca de máximo se incumplen los principios de accesoriedad y especialidad de los artículos 9 y 104 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento; en que bajo la denominación de hipoteca de máximo no se pactan obligaciones referidas a la garantía especialmente prevista en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, ya que se confunden, para su colocación bajo la misma garantía, las deudas ya vencidas a favor del Banco acreedor, las deudas no vencidas en su totalidad y las deudas futuras; sin que, por otra parte, la falta de disponibilidad de su crédito por el deudor permita calificar la relación pactada de hipoteca en garantía de cuenta corriente o en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente.

VII. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que no queda incumplido el principio de accesoriedad del artículo 104 de la Ley Hipotecaria: 1.º La cantidad total de 50.703.565 pesetas que los comparecientes reconocen adeudar al «Banco Español de Crédito, S. A.», es la suma de diversas operaciones como consecuencia de las relaciones comerciales entre Banco y clientes. En concreto, es la suma de los saldos que presentaban el día del otorgamiento las cuentas hipotecarias, cuyos números de identificación se citan en la estipulación segunda de la escritura, la última de las cuales corresponde a la hipoteca de máximo constituida el día 12 de septiembre de 1983 por los mismos otorgantes de la calificada, con la misma redacción, cláusulas y condiciones que ésta, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Illescas, con fecha 6 de octubre de 1983; así, pues, o aquélla no debió inscribirse o debe inscribirse la que es objeto de este recurso. 2.º No hay concesión de créditos en cuenta corriente, siendo, por tanto, la cuenta hipotecaria una cuenta corriente contable, situación en cuenta corriente llamada de Debe y Haber o cuenta especial, a que se refiere el artículo 245 del Reglamento Hipotecario en relación con los artículos 142 y 153 de la Ley, que impone la obligación de consignar en la escritura los cuatro últimos párrafos del último artículo de la Ley citado, lo que parece haber desconcertado al funcionario calificador, para quien parece que no puede haber más que un crédito en cuenta corriente o una obligación determinada *ab initio* como causa de la hipoteca, olvidando la obligación futura del artículo 142 de la Ley, que presenta el único problema de su determinación. En este punto hay que señalar que en la escritura calificada se ha seguido la doctrina y la Resolución de 5 de marzo de 1929, estableciendo, como garantía y defensa de los deudores, el catálogo de prestaciones de las que surgirá el crédito u obligación garantizada con la hipoteca. 3.º Por lo que se refiere al crédito de un tercero no interviniente en la escritura, en la estipulación segunda de la misma se advierte que no queda garantizado con la hipoteca, sino en el caso de que el Banco pague la deuda por cuenta de los otorgantes. En resumen, el procedimiento de determinación de la obligación es el de contabilizar al Debe de la cuenta especial cada una de las partidas relacionadas en la estipulación segunda, y al Haber, las posibles entregas de los comparecientes o de otras personas a su

nombre o a su favor, y el saldo resultante al cierre de dicha cuenta es la obligación determinada de la que es accesorio el derecho real de hipoteca, con lo que queda cumplido el principio de accesoriedad. Que determinada en la forma y por el procedimiento expresado la obligación principal, se suministran al Registrador todas las circunstancias por exigencia de los artículos 9 de la Ley y 51 de su Reglamento. Conforme a la doctrina hipotecaria, el citado principio, con respecto al derecho real, debe constar en el Registro con determinación de su naturaleza jurídica, extensión, cargas y limitaciones, su denominación si la tuviere y su valor si constare del título, con fijación de la cantidad total por la que en materia de hipotecas respondiere cada finca. La norma general, en este sentido, la constituye el artículo 119 de la Ley Hipotecaria. En el Registro, según la doctrina citada, queda fijado un máximo de responsabilidad hipotecaria. El crédito no queda limitado, pero sí su garantía hipotecaria. De esta manera la finca puede ser objeto de negociación, pues para el tercer adquirente no existirá duda sobre el límite de responsabilidad. Este requisito es una exigencia del principio de especialidad, pues para seguridad de terceros adquirentes posteriores no es admisible que a la indeterminación del crédito se una la indeterminación del *quantum* del gravamen, citando la Resolución de 21 de marzo de 1917, y, por último, añade la doctrina que la referencia que hace el artículo 245 del Reglamento al artículo 142 de la Ley Hipotecaria resulta poco afortunada, ya que en dicho artículo no se regula para nada lo referente a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, por lo que entiende que cuando se dé el caso previsto en el artículo 245 del Reglamento le serán aplicables analógicamente las normas contenidas en los últimos cuatro párrafos del artículo 153 de la Ley, en lo que concierne al modo de notificar el saldo deudor, a la certificación acreditativa del mismo y a la oposición a ella. Que la anterior doctrina justifica plenamente la cita de los artículos 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento, así como la transcripción de los cuatro últimos párrafos del primero, sin que por ello se constituya hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito.

B) *Resolución*.—La Dirección General ha acordado *confirmar* el auto apelado *sin prejuzgar* los defectos sexto y séptimo.

Todo ello en virtud de los siguientes

C) *Fundamentos de Derecho*.—Vistos los artículos 1.857 del Código Civil; 9, 12, 104, 119, 141, 142, 143 y 153 de la Ley Hipotecaria; 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 51, 238 y 245 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 21 de marzo de 1917, 5 de marzo de 1929 y 16 de junio de 1936:

1. En la nota de calificación, confirmada por el auto presidencial, se estima que en la escritura se infringen los principios de accesoriedad y de especialidad de la hipoteca, apreciación que el Registrador desarrolla en los cinco primeros motivos.

Es labor previa para la resolución del presente recurso la determinación de la verdadera naturaleza jurídica de la cuenta bancaria cuyo saldo se pretende asegurar con garantía hipotecaria. Es evidente que la simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas carece de virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante; éste representa únicamente la posición global acreedora o deudora de cada parte,

y su realización sólo procederá a través del ejercicio individual de cada una de las relaciones jurídicas comprendidas, cuya autonomía y régimen jurídico específico se mantienen inalterados sin más correcciones que las debidas al juego compensatorio. Solamente cuando la cuenta bancaria aparece como instrumento contable de una relación contractual, ya de apertura de crédito, ya de cuenta corriente, deviene exigible el saldo resultante de modo autónomo, con independencia de la causa concreta de los cargos o de los abonos efectuados en aquélla; tal exigibilidad se funda entonces en un convenio previo por el que o bien una de las partes concede crédito a la otra hasta cierto límite, de modo que al irse destinado aquél al pago de otras obligaciones del acreditado con el concedente, éstas se extinguen total o parcialmente, quedando únicamente el deber de restituir el importe dispuesto de ese nuevo crédito abierto, o bien ambas partes deciden que las recíprocas relaciones de crédito entre ellos pierdan, al ser recogidas en la cuenta, su exigibilidad aislada, y sean sustituidas en el momento del cierre por la obligación nueva correspondiente al saldo resultante y a cargo de quien aparezca en la posición deficitaria.

2. En la escritura que ahora se enjuicia —y que fue redactada conforme a minuta— se da, en primer lugar, una contradicción interna. En ella se manifiesta que la hipoteca «se constituye con arreglo a lo previsto en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria y 245 del Reglamento Hipotecario» (estipulación segunda); pero del conjunto de la escritura se desprende, como reconoce la Notaria autorizante, que la alusión a estos artículos «resulta perturbadora» porque el grupo de hipotecas reguladas en dicho artículo 153 «no se corresponde exactamente con la delimitación de la garantía que se hace en el resto de la escritura». Y, en efecto, así ocurre porque no se trata, en el presente caso, de una hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, dado que en la misma escritura se niega a los titulares de la cuenta que se pretende garantizar que puedan, por ningún concepto, librar órdenes contra dicha cuenta ni disponer de ella. Tampoco cabe descubrir la existencia de un contrato de cuenta corriente, pues frente a la exigencia de constancia expresa del acuerdo novatorio (art. 1.204 del Código Civil), la cláusula 11.ª, trasunto del expositivo III, afirma con rotundidad que aun cuando las obligaciones reseñadas en la cláusula 2.ª hayan sido cargadas en la cuenta garantizada, no sufrirán modificación, alteración ni novación alguna, conservando toda su fuerza y vigor, así como las acciones y derechos derivados, hasta su completa satisfacción. La hipoteca debe, pues, enjuiciarse fuera de las normas contenidas en los preceptos que la escritura invoca, y ver si conforme al resto del ordenamiento se cumplen las exigencias de una hipoteca de máximo por deuda futura.

3. La escritura, al referirse a la obligación que se garantiza, no cumple las exigencias establecidas para su determinación, ni siquiera aquellas exigencias mínimas que bastan cuando la hipoteca que se constituye sea de las de deuda futura o de las de máximo, a pesar de que la determinación de las obligaciones es una exigencia estructural de la hipoteca. Al tener ésta una naturaleza esencialmente accesorio (cf. arts. 1.857, 1.ª, del Código Civil, y 104 de la Ley Hipotecaria) no puede constituirse sin que se precise la obligación, presente o futura, a la que inequívocamente la hipoteca habrá de servir de garantía.

La hipoteca que se ha pretendido constituir viene a ser una especie de hipoteca «flotante», en la que si bien queda fijada la cifra máxima de la

responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del Banco determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes, totales o parciales, de dos obligaciones ya existentes, procedentes de sendas operaciones (de préstamo o de crédito) —y cuya suma total ya supera el máximo que ahora se pretende garantizar con la hipoteca—, o con el importe de otra u otras obligaciones que en el futuro puedan contraer los mismos deudores en favor del Banco.

Para confirmar la indeterminación de la obligación garantizada distinguimos la posición en que, respecto de la hipoteca, quedan las obligaciones a que la escritura se refiere, unas ya existentes y otras futuras.

4. No se dice expresamente que una y otra obligación ya existentes, procedentes de dichas operaciones de crédito, pasen a ser ya las obligaciones garantizadas, sino sólo que podrá serlo el saldo que presenten, en su día, las cuentas bancarias respectivas (sin que en la presente escritura haya precisión ninguna sobre los conceptos de abono y cargo en estas cuentas). Mas este futuro saldo queda en mayor indeterminación si se tienen en cuenta que depende del arbitrio del Banco «destinar las cantidades que crea conveniente a reducir y, en su caso, cancelar» dicho «préstamo o crédito».

Queda, pues, a discreción del Banco que la hipoteca haya de servir a uno de los créditos o al otro. Uno de ellos, al menos —el que se dice provenir de un préstamo—, no es crédito futuro, sino presente, y lo único que es futuro es la determinación de la cuantía que de él va a quedar asegurada con hipoteca. Se pretende así poder sumar, a efectos de una misma garantía hipotecaria, indeterminados importes parciales correspondientes a obligaciones que siguen siendo distintas; si se quiere que éstas reciban cobertura hipotecaria habrá de constituirse una garantía individualizada para cada una de ellas, en consonancia con el mantenimiento de su autonomía jurídica, y no una hipoteca única aplicable indistintamente y a la elección del acreedor a cualquiera de ellas.

5. También se infringe el principio de especialidad al pretender, finalmente, no sólo que esta «hipoteca de máximo» garantice, unitariamente, créditos que entre sí no tienen conexión causal y a los que se identifica con datos más o menos completos, sino también el importe de otras obligaciones que quedan en total indeterminación, tanto en su futura existencia —que queda al arbitrio del Banco— como en cuanto a su fuente y causa; según la escritura, en el máximo garantizado pueden entrar también «las cantidades que, por cualquier concepto, resulten adeudar los señores comparecientes al Banco... en cualquiera de sus sucursales» (estipulaciones segunda a sexta). Para acreditar que se ha constituido la obligación y obtener la consiguiente efectividad hipotecaria bastaría, según la escritura, el acto unilateral del Banco (con la inclusión de las cantidades en el Debe de la cuenta) (cf. art. 238 del Reglamento Hipotecario, en relación con los arts. 142 y 143 de la Ley Hipotecaria).

6. Consentidos por el recurrente los defectos octavo, noveno y décimo, habrían de tratarse ahora los consignados con los números sexto y séptimo sobre intereses. Mas los conceptos sobre intereses utilizados en la escritura parten de la hipótesis —que ahora se descarta— de que pudiera instrumentarse por cuenta corriente, con los efectos hipotecarios y sustantivos que el artículo 153 de la Ley Hipotecaria supone, la fijación del importe máximo garantizado con la presente hipoteca. Descartada la hipótesis,

se hace inútil —y hasta improcedente— razonar sobre el régimen hipotecario de tales intereses.

D) COMENTARIO.—Una lectura rígida e inflexible de esta importante resolución podría llevar a la conclusión de que la misma ha supuesto la sentencia de muerte para el frecuente tipo hipotecario en ella debatido. Pero una optimista y salvífica relectura de su texto a lo más que debe conducir es a extremar el cuidado en la redacción de su supuesto de hecho y en la invocación de su cobertura normativa.

Mas antes de seguir adelante y desarrollar esta idea se impone una cuestión onomástica en relación con la hipoteca controvertida. El caldo de cultivo en que la misma suele surgir lo describe muy bien la Notaria informante a través de los dos siguientes puntos o pinceladas:

1.º Unos deudores tienen unas ciertas obligaciones con una Entidad de crédito, que pueden estar más o menos determinadas en su existencia y contenido y estar dotadas o no de garantías. 2.º Debido a la situación por la que atraviesan los deudores, de falta de liquidez (suelen ser gravámenes constituidos por «ahogados» económicamente), y siendo titulares —ellos o sus fiadores reales— de un patrimonio libre de cargas cuyo valor puede hasta cubrir holgadamente el importe de las deudas con la Entidad acreedora y sus accesorias, llegan al acuerdo con ella de que la misma no proceda a la ejecución de las garantías establecidas a su favor, a cambio de que los deudores presten nuevas garantías a la Entidad, conformándolas como hipotecas sobre los bienes no gravados de que son titulares los deudores —o sus fiadores reales—, pero fijando un límite máximo de responsabilidad y quedando subsistentes las garantías anteriores afectantes a las singulares obligaciones.

Pues bien, prescindiendo ahora de profundizar en la verdadera naturaleza jurídica de la figura utilizada, a lo largo del recurso los intervinientes en él la denominan de muy diversas maneras y con un designio a veces gráficamente descriptivo (hipoteca a modo de «saco común»; hipoteca «flotante»), y a veces de pretendida catalogación técnico-jurídica (hipoteca de máximo, de máximo por deuda futura, superposición de garantía.). Todas esas denominaciones y aun otras, en efecto, son utilizadas en la práctica para describir el fenómeno que nos ocupa, pero sin perjuicio de la que corresponde a su auténtica naturaleza jurídica (hipoteca en garantía de obligación futura, a mi modo de ver), el rótulo más descriptivo y ajustado que he oído para él lo improvisó mi admirado amigo y Notario, RAFAEL AZPITARTE CAMY, cuando lo calificó de hipoteca «sumidero». Ella viene a ser, ciertamente, un «conducto o canal por donde se sumen las aguas» (Acad.) de todas las obligaciones pendientes de liquidación entre Banco y cliente.

El rótulo se me antoja tanto más apropiado cuanto que el tal conducto suele recoger no pocas veces aguas ya negras o fecales —obligaciones en descomposición— y conducir las al pozo ciego de la insolvencia definitiva en que a la postre desemboca el compelido a constituir dicha garantía.

Aún consciente del escaso tecnicismo del término que en vano buscaremos en nuestros serios preceptos hipotecarios, me voy a permitir usar ese compendiado rótulo de hipoteca-sumidero, a la que no me gustaría ver hundida, a su vez, tras la presente resolución, en la profunda sima del

olvido y de la inaplicación (pienso, además, que las necesidades de la práctica no lo iban a tolerar).

Tras esa cuestión terminológica el resumen que yo haría de esta Resolución de 23 de diciembre de 1987 se puede sintetizar así:

No es inscribible una hipoteca constituida con desafortunada invocación del artículo 153 de la Ley Hipotecaria y del artículo 245 de su Reglamento, a favor de una Entidad bancaria por parte de unas personas que mantienen relaciones financieras previas con ella y por virtud de la cual se pretenda garantizar hasta una determinada cifra de responsabilidad, entre otros, los siguientes conceptos: *a)* el saldo de una cuenta corriente abierta para disponer de un préstamo con garantía hipotecaria ya concedido y existente entre el propio Banco acreedor, de un lado, y los constituyentes de la hipoteca-sumidero (y otras dos personas más), de otro, y a cuyo pago el Banco puede destinar las cantidades que crea conveniente con cargo al crédito garantizado con la hipoteca-sumidero; *b)* el saldo de otra cuenta corriente abierta para, al parecer, ordenar contablemente otra previa hipoteca-sumidero de menor cuantía que la que ahora se constituye —ésta curiosamente, pese a afirmar el recurrente que era idéntica, si se inscribió en su día, lo cual, dicho sea de paso, nunca es argumento decisivo— y a la que de nuevo el Banco puede aplicar las cantidades que crea conveniente con cargo a la hipoteca-sumidero mayor; *c)* el importe de una deuda que contra los hipotecantes tenía un tercero, en el caso (según declaró a lo largo del recurso) de que el Banco lo satisficiera por cuenta de aquéllos, si lo creyese oportuno, y *d)* las cantidades que por cualquier concepto resulten adeudar los comparecientes al Banco acreedor en cualquiera de sus sucursales; y no es inscribible porque:

- Si sólo se ha establecido una reunión contable de diversas relaciones jurídicas existentes entre el Banco y sus clientes, aquella reunión no es susceptible, por su propia naturaleza de mera operación aritmética, de ser garantizada con hipoteca.
- Solamente cuando la cuenta bancaria aparece como instrumento contable de una relación contractual, ya de apertura de crédito —unilateral—, ya de cuenta corriente —concesión recíproca de crédito con compensación—, puede surgir una obligación autónoma susceptible del derecho real accesorio de hipoteca.
- En el caso debatido no hay una hipoteca en garantía de un contrato de apertura de crédito, dado que en la misma escritura se niega a los titulares de la cuenta que se pretende garantizar que puedan por ningún concepto librar órdenes contra dicha cuenta ni disponer de ella, y tampoco cabe descubrir la existencia de un genuino contrato de cuenta corriente, porque no hay voluntad novatoria respecto de las relaciones preexistentes que se fundirían en aquél.
- Finalmente —sigue diciendo la Dirección General—, tampoco se puede afirmar que sea «una hipoteca de máximo por deuda futura», porque conculca el principio de determinación, ya que queda al arbitrio del Banco decidir si la cifra máxima va a estar integrada por los importes totales o parciales de dos obligaciones ya existentes o con el importe de otra u otras obligaciones que en el futuro puedan contraer los mismos deudores en favor del Banco. En efecto:

- Respecto de las obligaciones ya existentes se pretende irregularmente —a juicio de la Dirección— sumar a efectos de una misma garantía hipotecaria indeterminados importes parciales correspondientes a obligaciones que siguen siendo distintas; si se quiere que éstas reciban cobertura hipotecaria habrá de constituirse una garantía individualizada para cada una de ellas, en consonancia con el mantenimiento de su autonomía y no una hipoteca única aplicable indistintamente y a elección del acreedor a cualquiera de ellas.
- Y respecto de las obligaciones futuras también se infringe el principio de especialidad, puesto que en el caso debatido quedan en total indeterminación, tanto en su futura existencia —que queda al arbitrio del Banco— como en cuanto a su fuente y causa. Además, para acreditar que se ha constituido la obligación y obtener la consiguiente efectividad hipotecaria bastaría, según la escritura, el acto unilateral del Banco mediante la inclusión, a su arbitrio, de las cantidades en el Debe de la cuenta, en contra —parece decir el Centro Directivo— del régimen bilateral que para hacer constar en el Registro que se han contraído las obligaciones futuras prevé el artículo 238 del Reglamento Hipotecario.

Hasta aquí el forzosamente largo resumen que cabe hacer de la resolución que comento, en cuyo acierto o desacierto, en relación con la hipoteca de su caso concreto, no parece muy trascendente entretenerse, por cuanto la misma no resultaba un dechado de perfección técnico-jurídica, ni su defensa en el escrito de interposición del recurso y casi en el de apelación, se supo distanciar (como sí lo hizo la Notaria autorizante en su magnífico informe, acaso truncado por el final) de la invocación del artículo 153 de la Ley Hipotecaria ni de la de su ¿desarrollo? (*vid.* LA RICA) reglamentario, el artículo 245 del Reglamento Hipotecario.

Sí, en cambio, me debo ocupar de sus razonamientos en relación con una hipoteca imaginaria que tomase del caso sus principales elementos fácticos y se modelase al final con las precisiones que luego haré y que entonces, a mi juicio, sí permitirían su viabilidad sustantiva y registral.

Desde esa perspectiva, nada que objetar, en primer lugar, a la afirmación de que no cabe hipoteca en garantía de una mera suma aritmética (y, a veces, la frecuente colación que hacía el recurrente de la consabida distinción jurisprudencial y doctrinal entre contrato de cuenta corriente y situación de cuenta corriente parece que abocaba a esa estéril vía muerta).

También se puede admitir, en segundo lugar, que el «grupo de hipotecas» —palabras de la Dirección General—, reguladas en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, se reduce a dos modalidades: la hipoteca en garantía de la apertura de crédito —una de cuyas subvariedades sería la apertura de crédito para descuento cambiario: artículo 245 del Reglamento Hipotecario—, y en la que hay sólo una concesión unilateral de crédito sin dilución de las partidas del Debe y Haber, y la hipoteca en garantía de un contrato de cuenta corriente, en el que puede haber también una concesión unilateral de crédito (y tal es lo que imagina la Ley Hipotecaria al prever que sólo una de las partes constituya garantía en favor de la otra) o ser bilateral, pero en el que lo fundamental es la pérdida de la exigibilidad jurídica autónoma de las relaciones obligatorias que en la cuenta desembo-

can y en ella disuelven su contenido económico vía novación en su saldo final. Y admito esa visión estrecha y dual del artículo 153 de la Ley Hipotecaria porque su deficiente y encorsetada regulación (medítese, por ejemplo, en la decimonónica previsión de una libreta doble y su absoluta incompatibilidad con las modernas prácticas de distribución de género y de facturación o en la hierática y sacramental precisión acerca de su posible prórroga, cuando si se señala una fecha cierta para el cierre de la cuenta ya se está indicando que no cabe prórroga alguna) no conviene extenderla a otros planteamientos hipotecarios que se pueden así cobijar en determinados preceptos menos rígidos.

Por último, también hay que darle la razón a la Dirección General cuando por imperio del principio de accesoriedad veda el que una sola hipoteca pueda garantizar un cúmulo heterogéneo de obligaciones —presentes o futuras, para el caso es lo mismo—, aunque esa afirmación pueda resultar contradictoria con la vertida en la Resolución de 31 de octubre de 1978, de cuyo considerando cuarto son estas palabras: «Si bien de los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, y con una interpretación meramente literalista, podría pensarse que no puede constituirse una sola hipoteca en garantía de varias obligaciones independientes o autónomas, no cabe duda que a la vista de otros preceptos legales, como el artículo 1.861 del propio Código Civil y de una interpretación lógica de la materia, tal posibilidad es factible y sin ningún género de duda en el caso cuestionado, de acuerdo con el artículo 154 de la Ley Hipotecaria...».

Acaso podrían cohonestarse los dos asertos de nuestro Centro Directivo si se sitúan en su respectivo contexto: Obligar a que en las hipotecas en garantía de títulos valores (nominativos, a la orden o al portador) haya que constituir tantas hipotecas como títulos so pretexto del dogma de la autonomía de la obligación a ellos incorporada y sobre la base de que lo garantizado no es la obligación subyacente única, sino la embebida troceadamente en los documentos, equivaldría a excluir en la práctica la útil garantía hipotecaria para esas emisiones de títulos en serie o aislados, pero en todo caso vinculados entre sí por la misma causa generatriz. En cambio, si las obligaciones a garantizar no guardan entre sí más nexo que las personas que se sitúan en sus polos activo y pasivo —o incluso ni eso—, no cabe duda que la hipoteca que a modo de «caparazón real» se constituyera sobre ellas sería un monstruo jurídico de mil caras y un semillero de insolubles problemas, por ejemplo, el del cómputo del plazo de prescripción (arts. 1.964 del Código Civil y 128 de la Ley Hipotecaria), que habría de ser tan plural como el de las obligaciones arramillteadas bajo el lazo de su común hipoteca; por ejemplo, también el de su ejercicio, que habría de cadenciarse —aplicando además, analógicamente, los artículos 155, II, de la Ley Hipotecaria y 227 de su Reglamento— con el respectivo vencimiento de los créditos subyacentes; por ejemplo, el cómputo de sus intereses divergentes a efectos de no rebasar el tope del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, etc.

Desde luego, en el Derecho de la Alemania Federal, los autores (v.gr., LENT-SCHWAB: *Sachenrecht*, München, 1983, págs. 234 y sigs.; BAUR: *Lehrbuch des Sachenrechts*, München, 1983, págs. 347 y sigs.) y el propio BGB (párr. 1113 y 1180) no imaginan siquiera que una hipoteca no se

superponga de modo total a un solo crédito y siga absolutamente sus vicisitudes.

A la postre tampoco es ese problema dogmático el que más me interesa abordar en esta resolución y por ahora, mientras mentes más capaces y más liberadas de otros menesteres no profundicen en el tema, a mí, como Registrador, me puede bastar este doble y antitético pronunciamiento del Centro Directivo para aplicar como principio general la ecuación un crédito-una hipoteca y seguir excepcionando de esa regla, por razones prácticas, las hipotecas acogidas a los artículos 154 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Pero dicho lo anterior, aquí se acaba mi acuerdo con la Dirección General, si es que la misma impide inscribir no quizá exactamente la hipoteca del caso —que, repito, no se perfiló ni defendió con fortuna—, sino una similar que se configurase:

a) Como una hipoteca en garantía de *obligación futura* (arts. 142 y 143 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento).

b) Como una hipoteca en garantía de *una sola obligación* —futura, ya digo—, en la que desembocarían y *en la que se diluirían* las varias obligaciones heterogéneas previstas, una vez transcurriese el plazo pactado (aquí eran seis años) y no antes.

c) Como una hipoteca en garantía de una sola obligación futura, en la que el acreedor *sea libre de incorporar o no*, en su momento, como elementos que a su arbitrio pueden integrar aquella obligación única, otras obligaciones existentes o naceras en el interin, de la misma manera que el deudor es libre de no permitirle aquella integración con sólo que satisfaga, antes del plazo del posible nacimiento de la obligación futura, todas las dichas obligaciones menores y ciegue así la posibilidad de incorporación conferida al acreedor.

d) Como una hipoteca en garantía de una sola obligación futura constituida por la incorporación o fusión (= novación en estrictos términos jurídicos) de un conjunto de obligaciones *suficientemente indicadas* en el título, así en cuanto a sus *sujetos*, como en cuanto a las causas (= negocios jurídicos o, en general, *fuentes*) de que pueden dimanar.

¿Por qué, en efecto, no se va a permitir un gravamen en garantía de una obligación futura que surja por refundición (novación en ella) y al arbitrio del acreedor (lo cual no choca con el art. 1.115 del Código Civil, que se refiere al deudor), de un cúmulo de obligaciones bien perfiladas y que ya hubiesen nacido al tiempo de la dilución, aunque no lo hubiesen hecho al constituirse la hipoteca? ¿No se está ante el mismo fenómeno de pérdida de la propia identidad de las obligaciones aisladas típico del contrato de cuenta corriente, pero referido no al tiempo presente de vigencia de la cuenta, sino al momento del cierre de la misma?

Yo, desde luego, no encuentro objeciones dogmáticas insuperables en esta resolución que impidan responder afirmativamente a mis interrogantes, y creo que lo único que hay que hacer es sortear todos los obstáculos que hicieron naufragar el gravamen de su supuesto de hecho: v.gr., enumerando con precisión las fuentes y no sólo los sujetos de que puedan derivar las obligaciones a favor de la Entidad acreedora, descendiendo, por precaución, desde la genérica formulación del artículo 1.089 del Código Civil (contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito), a una enumeración

técnica y tipificada de los —normalmente— negocios o contratos de que puedan dimanar aquellas obligaciones; v.gr., precisando con nitidez que la pérdida de autonomía de las obligaciones novables en la única obligación futura garantizada con la hipoteca-sumidero, se producirá sólo (y si el acreedor lo considera conveniente) al cierre de la cuenta y no antes; v.gr., pactando, por cautela igualmente, una oposición al saldo final de la cuenta similar a la prevista en los cuatro últimos párrafos del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, aun y a pesar de que dicha regulación (reiterada también en el art. 219, 3.º, del Reglamento Hipotecario) se me antoja contraria a la contundencia y agilidad propias de la hipoteca en la que, como regla general, la defensa del deudor frente a la *pluspetitio* del acreedor desaprensivo se debiera canalizar sólo al amparo de los cinco últimos párrafos del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, etc.

Una apostilla final: el que sea el acreedor el que unilateralmente decida si nova o no, al cierre de la cuenta, las obligaciones dispersas que se funden en una sola (normalmente sopesando las mayores o menores garantías individuales con que aquéllas puedan contar antes o después de la novación), no atenta contra el artículo 238 del Reglamento Hipotecario —citado quizá por el Centro Directivo con el equivocado propósito que antes imaginé—. No. Bien claramente reza ese precepto que la actuación bilateral de acreedor y deudor, de grado o por fuerza, se requiere sólo y nada menos que «para hacer constar en el Registro que se han cumplido las condiciones suspensivas o que se han contraído las obligaciones futuras de que trata el artículo 143 de la Ley». En cambio, para definir la deuda y eventualmente ejecutarla bastaría la decisión unilateral del acreedor, y ello sin necesidad de obtener la estampación previa de la nota marginal, a que se refiere el citado artículo 143 de la Ley (Resolución de 31 de enero de 1925). ¿Es que acaso es más grave —entiéndese para el deudor— reflejar en el Registro que ha surgido la obligación futura, que proceder a la ejecución de ésta? Pues sí y me explicaré: Para oponerse a una efectucción judicial de la obligación nacadera cuenta el deudor o con el trámite especial previo de la oposición por error o falsedad —si la Ley y acaso el pacto se lo conceden— o con el remedio general de retención (o afianzamiento) del producto de la subasta, que contemplan los últimos cinco párrafos del artículo 132 de la Ley Hipotecaria; de esta suerte un deudor inocente queda indemne, económicamente cuando menos, frente a un acreedor malicioso o equivocado. En cambio, reflejar en el Registro que ha surgido la obligación futura y perfilar ésta en todos sus pormenores (cuantía definitiva entre ellos) tiene una trascendencia mayor, de modo que si se hace sin el concurso del deudor puede depararle perjuicios irreparables. En efecto, desde el momento de aquella constancia, la hipoteca que figuraba en el Registro ha mutado de naturaleza: de ser una hipoteca de seguridad, se ha transformado en una hipoteca de tráfico, y eso significa (siguiendo la misma pauta del parág. 1.184 y concordantes del BGB) que a partir de entonces la fe pública registral se extiende no sólo al derecho de hipoteca, lo que antes tildé de «caparazón real»), sino también al crédito garantizado —a su existencia y contenido—. De modo que si por cesión onerosa del crédito hipotecario a un tercero de buena fe, éste invoca en su favor el principio de publicidad material, el hipotecante se verá abocado a soportar la realidad de tal crédito, aunque sustantiva o civilmente no existiera o su cuantía no fuera la reflejada en el Registro. Por supuesto entonces que la nota del artículo 143 de la Ley Hipotecaria

y 238 del Reglamento Hipotecario, conversora de la naturaleza de la hipoteca a que se contrae, tiene una mayor trascendencia y envuelve un mayor peligro que su mera ejecución, y de ahí que no pueda extraerse de la lógica bilateralidad de aquélla ninguna conclusión contraria a la admisibilidad de una hipoteca como la que antes pergeñé retocando ligeramente la del supuesto de hecho de la resolución, cuyo comentario concluyo aquí para vuestro descanso y solaz. Muchas gracias.

JUAN MANUEL REY PORTOLÉS

EL SUPERPRIVILEGIO SALARIAL CONTENIDO EN EL ARTICULO 32, 1, DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES NO PUEDE SERVIR DE JUSTIFICACION PARA ORDENAR LA CANCELACION DE HIPOTECAS INSCRITAS SI SUS TITULARES NO FUERON CITADOS ADECUADAMENTE (RESOLUCIÓN DE 29 DE ABRIL DE 1988.—«BOE» DEL 7 DE JUNIO).

Antecedentes.—La empresa «Azulejera del Sur de España, S. A.», fue constituida por tiempo indefinido, mediante escritura pública otorgada el 26 de febrero de 1966, siendo su actividad la fabricación de azulejos y materiales de construcción, llegando a tener una plantilla superior a cien trabajadores y estando inscrita en el Registro Mercantil de Jaén. Dicha empresa presentó ante el Juzgado de Primera Instancia de Andújar expediente de suspensión de pagos, que fue sobreesido al no alcanzarse en la junta el quórum que establece la Ley. Debido a la crisis económica por la que atravesaba la empresa referida, determinados trabajadores de la misma promovieron ante la Magistratura de Trabajo número 1 de Jaén demandas en solicitud de extinción del contrato de trabajo por falta de pago de sus salarios y reclamaciones por salarios; tramitadas las demandas pertinentes, se dictaron las respectivas sentencias estimando la petición de aquéllas, declarando el derecho de los actores a percibir las indemnizaciones por el concepto de la extinción de la relación laboral y por los salarios devengados y no satisfechos, en cuantía total de 65.509.367 pesetas. Notificadas dichas sentencias a la empresa condenada, ésta no dio cumplimiento a los fallos de las ejecutorias, por lo que los actores solicitaron la ejecución, iniciándose la vía de apremio, en la que se dictó Auto de 12 de mayo de 1981 por la Magistratura actuante decretándose el embargo de los bienes de la empresa, el cual se llevó a cabo sobre un inmueble propiedad de aquélla.

En el interregno de tiempo entre la providencia admitiendo a trámite la suspensión de pagos y el sobreesimiento de dicho expediente, los trabajadores, en base al estado legal de suspensión de pagos en que se encontraba (*sic*) la empresa, solicitaron del Fondo de Garantía Salarial el abono de los salarios y de las indemnizaciones con los límites establecidos en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, tramitándose los oportunos expedientes que dieron lugar a la resolución del Fondo, reconociéndoles y abonándoles la cantidad total de 65.201.797 pesetas. Una vez satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial la cantidad antes expresada, este organismo por imperativo legal se subroga obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores frente a la empresa y por las cantidades satisfechas, conservando el carácter de crédito privilegiado que les confiere el artículo 32 del citado Estatuto; en cuya virtud instó de la Magistratura

de Trabajo número 1 de Jaén la continuación de la vía de apremio, procediéndose al avalúo de la finca embargada, y una vez aportados a los autos las certificaciones de cargas y requerida la empresa para que aportase los títulos de propiedad de la finca embargada, cosa que no hizo, por lo que hubo que aplicarse lo establecido en el artículo 1.493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se instó se sacasen los bienes embargados a pública subasta; celebrándose la tercera subasta ante la citada Magistratura el día 30 de julio de 1985, pues las dos anteriores quedaron desiertas, sólo compareció a la misma como único postor el Fondo de Garantía Salarial mediante plica cerrada, solicitando la adjudicación de los bienes subastados en la cantidad de 3.892.624 pesetas, que corresponde al importe de los últimos treinta días de salario de los trabajadores de la empresa ejecutada. Se tuvo por ofrecida la suma dicha, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por ser la cantidad ofrecida por el licitador inferior a las dos terceras partes del precio que sirvió de tipo para la segunda subasta, se acordó la suspensión del remate para que se hiciese saber el precio ofrecido a la parte demandada, para que dentro de los nueve días siguientes a la notificación pudiera pagar al acreedor librando los bienes o presentar persona que mejore la postura, con el apercibimiento de que transcurrido dicho plazo se aprobaría el remate por la cantidad ofrecida.

Escritura.—Puesto que la empresa «Azulejera del Sur de España, S. A.», no otorgó la escritura en el plazo establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Magistrado de Trabajo número 1 de Jaén otorgó la correspondiente escritura a favor del Fondo de Garantía Salarial, con fecha 5 de julio de 1986, ante el Notario de Jaén don Francisco Matas Pareja. En dicha escritura se establecieron las siguientes estipulaciones: *Primera:* El ilustrísimo señor don Fernando Bermúdez de la Fuente, Magistrado de Trabajo número 1 de Jaén, y en virtud de la rebeldía de la demandada, adjudica el complejo industrial descrito en el exponendo II de esta escritura al Fondo de Garantía Salarial, en pago de los últimos treinta días de salario de los trabajadores de la empresa demandada y cuya relación consta en la presente escritura, por su importe de 3.892.624 pesetas, lo que no supone el doble del salario mínimo interprofesional y que en su día fueron abonadas por dicho Fondo. *Segunda:* Que dada la consideración del crédito, que tiene la consideración de superprivilegiado, gozando de preferencia sobre cualquier otro, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca, conforme al artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley 8/1980, de 10 de marzo, y publicados los edictos pertinentes a efectos de notificaciones, la adjudicación se hace libre de cargas y se solicita del señor Registrador de la Propiedad anule y cancele las que existan sobre la finca de referencia, incluso las de naturaleza hipotecaria o prendataria, y, en general, de todas las inscripciones y anotaciones anteriores pospuestas al crédito del actor, de acuerdo con el artículo 233 del Reglamento Hipotecario.

Calificación registral.—Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Andújar el día 31 de julio de 1986, se procedió a la inscripción del inmueble a favor del Fondo de Garantía Salarial, pero no se practicó la cancelación de cargas solicitadas porque, según la nota de calificación de fecha 1 de agosto de 1986, «para ello es necesario expedir mandamiento judicial de conformidad con el artículo 175, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario, con las formalidades que en el mismo se indican».

A instancia de la representación del Fondo de Garantía Salarial, la Magistratura de Trabajo número 1 de Jaén dictó Auto, con fecha 17 de octubre de 1986, ordenando al Registrador de la Propiedad de Andújar, mediante mandamiento judicial de fecha 31 de octubre de 1986, la cancelación de las cargas con expresión de cada una de ellas y que en el asiento de inscripción practicado a favor de dicho Fondo se anote la expresión «libre de cargas», y en ese sentido se rectifique la nota consignada en la escritura pública con fecha 1 de octubre de 1986. Presentado el citado mandamiento en el Registro de la Propiedad de Andújar, fue calificado con la siguiente nota: «Canceladas, por caducidad, las anotaciones preventivas de embargo, letras C, CH, D, E, F, G, H, I, K, L, LL, M, N, O, P, Q, S, T y U, de la finca número 11.806 de Andújar, y por así ordenarse en el precedente mandamiento, siendo posterior a la ejecutada, la anotación letra V. No practicada la cancelación ordenada en el mismo, respecto a las hipotecas objeto de las inscripciones segunda y cuarta de dicha finca y sus respectivas notas marginales, así como respecto a la anotación preventiva de embargo letra J, prorrogada en su caducidad por la de la letra X, de fecha 25 de mayo del pasado año, todas anteriores a la anotación cuyo crédito se ejecuta, por los siguientes motivos: 1) No constar la notificación a sus titulares, necesaria si se estiman pospuestos (art. 131, 5.º, de la Ley Hipotecaria, en relación con el art. 233 de su Reglamento y arts. 225 y 233 del mismo). 2) Estar derogado por el artículo 133 de la Ley Hipotecaria el sistema de purga de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 3) No especificarse la parte de crédito ejecutante correspondiente a salarios y a indemnizaciones por despido. 4) Ordenarse la cancelación total de los créditos anteriores, estimados pospuestos, y no solamente la rebaja de los mismos en cantidad necesaria para atender la preferencia del artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores, que debe concretarse a 'la parte mínima de la retribución que le es debida' —salario últimos treinta días (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1983, aludida por el señor Magistrado, y art. 158 del Reglamento General de Recaudación y regla 97 de su Instrucción, en relación con el art. 4, 1, del Código Civil). 5) No ser el ejecutivo laboral el procedimiento adecuado para ordenar dichas cancelaciones (art. 82 de la Ley Hipotecaria; Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1963, entre otras reiteradas; art. 207 de la Ley de Procedimiento Laboral, y Auto del Presidente de la Audiencia Territorial de Bilbao de 18 de mayo de 1983). En cuanto a lo segundo ordenado, las razones apuntadas impiden hacer constar 'libre de cargas' en el asiento practicado, sin que proceda tampoco la rectificación de la nota de despacho al pie de la escritura de adjudicación, en la que se limita el firmante a indicar la operación registral practicada, siendo la certificación registral el único medio de hacer valer frente a terceros la libertad o gravamen de una finca (art. 225 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 353 de su Reglamento).—Andújar, 20 de noviembre de 1986.—El Registrador, Manuel González-Meneses Robles».

Recurso gubernativo.—El Director Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Jaén interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que se entiende que la posición del señor Registrador, al no dar cumplimiento a lo resuelto por el ilustrísimo Magistrado de Trabajo número 1 de Jaén, en su Auto de 17 de octubre de 1986, conculca expresamente los artículos 117 y 118 de la Constitución Española, atribuyéndose la competencia del juzgador en el ejercicio de su función juris-

diccional, no haciendo ejecutar lo juzgado; siendo, por otra parte, una clara invasión de la competencia jurisdiccional de la Magistratura. Que, dentro de dicha invasión de competencia, se denuncia la vulneración del artículo 9, número 3, de la Constitución Española, que garantiza el principio de «seguridad jurídica», debida a la actuación del señor Registrador, que califica el citado auto dictado por el Magistrado de Trabajo en forma distinta a la efectuada en la escritura pública, aplicando otros criterios diferentes que antes no aplicó. Que la calificación del Registrador denegando la cancelación de cargas que consigna el mandamiento por él interesado, conculca los artículos 117 y 118 de la Constitución Española y artículo 2, apartado 1, y artículo 9, apartado 5, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por cuanto está negando la competencia jurisdiccional a la Magistratura de Trabajo y negando la competencia a la jurisdicción laboral en un asunto que ha conocido, y en virtud del Auto de la Sala especial de conflictos de competencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1986, hay que entender que la Magistratura de Trabajo, al ordenar la cancelación de las cargas en base a la subasta celebrada ante la citada Magistratura, estaba y está ejecutando su función jurisdiccional exclusiva y excluyente, no pudiendo el Registrador negarse a cumplir lo ordenado en el mandamiento, y en caso que estimase que la Magistratura no es competente tenía y debía de haber interpuesto (*sic*) un conflicto de competencias. Que el Fondo de Garantía Salarial efectuó la adjudicación en ejercicio del derecho que reconoce el artículo 32, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley 8/1980, de 10 de marzo, cuyo análisis se considera esencial, debiéndose significar: a) Que dicha Ley tiene carácter eminentemente social y es una Ley tuitiva que ampara derechos fundamentales en el mundo del trabajo. b) Que el citado artículo determina con claridad meridiana que los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo, y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca. c) Que el Estatuto de los Trabajadores viene a modificar la Ley Hipotecaria respecto a lo establecido en su artículo 32, apartado 1.º, a). Así algunos Registradores se vienen resistiendo a reconocer que los principios de la Ley Hipotecaria no son perpetuos ni inmutables; que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto; que de acuerdo con el artículo 1, 1, de la Constitución Española se constituye en un Estado social, y que la legislación va avanzando, debiéndose tener en cuenta, en este sentido, el artículo 3 del Código Civil. De otra parte, se invoca el principio de «irregresividad en materia social», que ampara los artículos 2, 117 y 118 del Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, y que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado de efecto directo a los Estados miembros, habiendo sido aplicado y tenido en cuenta por el Tribunal Central de Trabajo en el Auto de 21 de marzo de 1986. Así, pues, el criterio sustentado por el señor Registrador viene a anular plenamente el contenido del citado artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores, vaciándolo de contenido y, por supuesto, supondría la vulneración del principio de irregresividad en materia social, antes expuesto. Que, en virtud de lo dicho, resulta claro que se dan todos los presupuestos legales para que el Registrador de la Propiedad de Andújar proceda a cancelar las cargas, tanto de carácter hipotecario como anotaciones preventivas de embargo, anteriores a la del Fondo de Garantía

Salarial por subrogación de las de los trabajadores. Que analizando las causas de denegación para cancelar las cargas, consignadas por el señor Registrador, se alega: 1.º En cuanto al número 1 de la calificación, no puede prevalecer por cuanto el procedimiento ante la Magistratura de Trabajo ha sido público, y en especial se han producido las notificaciones en la forma ordenada por el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no haber constancia en la certificación de cargas de ningún domicilio para notificaciones para los acreedores preferentes, tanto de carácter hipotecario como los demás. 2.º En cuanto al punto segundo de la calificación, el artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores, por su rango de Ley, tiene prevalencia sobre cualquier otro precepto de fecha anterior del mismo orden jerárquico normativo, como la Ley Hipotecaria, y, por tanto, modifica y deroga en su contenido lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. 3.º En cuanto al apartado tercero de la calificación, en la escritura pública, tanto en la parte dispositiva como en las estipulaciones, así como en las certificaciones que se encuentren unidas a la misma, se consigna expresamente que la cantidad ejecutada por los treinta últimos días de salarios es la de 3.892.624 pesetas. 4.º En cuanto al número 4 de la calificación, hay que remitirse a lo dicho en cuanto al contenido del artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores. Por otra parte, se pretende por el Registrador la modificación completa del contenido del auto, invadiendo la competencia jurisdiccional de la Magistratura de Trabajo. Además, el Estatuto de los Trabajadores no hace mención alguna a la «rebaja» del crédito de los treinta días, sino, por el contrario, a la preferencia absoluta sobre otros créditos, incluso los de carácter hipotecario. 5.º En cuanto al punto 5 de la calificación, se considera inadmisibles, por cuanto niega que la jurisdicción laboral tenga competencia jurisdiccional para ejecutar lo juzgado, lo que, como ya se ha expuesto, conculca los artículos 118 de la Constitución Española y 2, 1, y 9, 5, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el Auto de la Sala especial de conflictos del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1986. 6.º En cuanto al párrafo final de la calificación (que no figura numerado) ha de estimarse improcedente al no darse los presupuestos de los números 1 al 5 de la referida calificación denegatoria.

Informe del Registrador.—El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que el recurrente afirma se han conculcado los artículos 117 y 118 de la Constitución, a lo que hay que señalar que solamente se ha aplicado el derecho calificador que atribuye el artículo 18 de la Ley Hipotecaria a los Registradores de la Propiedad, en relación con el artículo 100 del Reglamento, precepto éste que si bien limita la facultad calificadora en el ámbito judicial, no por ello la suprime. En definitiva, se trata de ejercitar la facultad que compete al Registrador para no practicar un asiento que estima improcedente; facultad que se encuentra amparada en el artículo 136 del Reglamento Hipotecario, y que pone de manifiesto la independencia del Registrador, equiparable en este punto a la del Juez, como han puesto de manifiesto varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Que en cuanto a la vulneración de la garantía de la «seguridad jurídica» del artículo 9, 3, de la Constitución, se considera que se trata de la calificación de dos documentos distintos, tanto en su función como en su contenido, cada uno de los cuales ha determinado una diferente actuación y la calificación, por tanto, se hace no en forma distinta y aplicando otros criterios, sino en forma independiente.

Esta afirmación se pone de relieve en varios preceptos legales y posiciones doctrinales. El artículo 131, 17, de la Ley Hipotecaria; artículos 1.514 y 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; artículo 145 del Reglamento General de Recaudación y Contabilidad, y la regla 89 de la Instrucción, con una particularidad en dicho artículo, que es comprensible por tratarse de extinción de un derecho por confusión; Resoluciones de 30 de abril de 1936 y 18 de febrero de 1980, y, por último, la generalidad de la doctrina registral pone de manifiesto la existencia de una dualidad de documentos para practicar, respectivamente, la inscripción de la adjudicación y la cancelación de cargas o derechos no preferentes al ejecutado. Que en cuanto al primer defecto apuntado en la nota de calificación, se señala que del mandamiento calificado no resulta la notificación a los titulares de las cargas ordenadas cancelar, siendo este requisito de una importancia fundamental, ya que con ello se permite a dichos titulares el ejercicio de sus respectivos derechos, y la falta de notificación puede producir indefensión, así que se puede considerar como requisito implícitamente exigido por el artículo 24 de la Constitución. Desde el punto de vista hipotecario, la notificación referida viene exigida por los artículos 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 131 de la Ley Hipotecaria y 225, 233 y 235 del Reglamento, y es necesaria para que actúen los principios de legitimación y tracto sucesivo. Esta notificación a los titulares de derechos o cargas les permite intervenir en el procedimiento a fin de defender sus derechos, y, en este caso, destaca su importancia, dada la enorme diferencia entre el precio en que se justipreció la finca (247.984.000 pesetas) y el importe de la adjudicación (3.892.624 pesetas). Con la diferencia entre ambas cantidades podría atenderse al pago de los créditos anteriores, sin merma de los laborales. Aparte de lo dicho, se estima necesaria la notificación, pues si se entiende que el superprivilegio del artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores opera automáticamente, entonces entraría en juego lo dispuesto en el artículo 225 del Reglamento Hipotecario. Después de alegado el defecto en la nota, se pone de manifiesto en el escrito del recurrente que se han cumplido dichas notificaciones, en cuanto que el procedimiento ante la Magistratura de Trabajo ha sido público y que se han producido en la forma ordenada por el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta afirmación obliga a considerar si puede ser sustituida la notificación personal por la de edictos, y no es normal que conste en el Registro el domicilio de los acreedores a efectos de notificaciones, y por ello no constaría en la certificación que en su momento se expidió. El domicilio legalmente exigido a efectos de notificaciones es el del deudor en el procedimiento judicial sumario. De otra parte, si bien puede ser desconocido el domicilio del titular del embargo letra J, no es fácil sostener lo mismo respecto al Banco de Crédito Industrial y al Banco Hipotecario de España, titulares de las hipotecas. Que en lo referente al segundo defecto de la nota de calificación, se significa que es reiterada la jurisprudencia que entiende derogado el sistema de purga de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el artículo 133 de la Ley Hipotecaria, y se reconoce que la forma de actuar este precepto puede venir condicionada por el alcance que se atribuya a la preferencia del artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, sin desconocer el carácter social de dicho Estatuto, su sentido tuitivo y el principio de irregresividad, se entiende que el superprivilegio del Estatuto de los Trabajadores no opera de forma automática, desconociendo los derechos protegidos por la fe

pública registral, que están bajo la salvaguardia de los Tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria), sino que requiere un previo reconocimiento judicial, con intervención de los acreedores hipotecarios que van a resultar perjudicados con dicho privilegio. En este punto hay que tener en cuenta el Auto de la Audiencia Territorial de Bilbao de 18 de mayo de 1983. Que en lo concerniente al tercer motivo de la nota de calificación, se insiste en la existencia de cierta confusión al especificar en el mandamiento la parte de crédito ejecutante correspondiente a salarios, preferentes o no, y a indemnizaciones por despido, siendo distintas las preferencias de uno u otro de estos créditos, ya que del mismo documento calificado resulta que la ejecución se hace por el importe total del crédito en que el Fondo de Garantía Salarial se ha subrogado, que asciende a 65.201.797 pesetas, cantidad que es notoriamente superior al crédito por salarios de los treinta últimos días, único que puede anteponerse a créditos garantizados por prenda o hipoteca (art. 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores), y que habría que tener en cuenta que, en cuanto al exceso ejecutado, estaríamos ante un crédito singularmente privilegiado, que tendría que respetar los créditos con derecho real, en los supuestos en que éstos, con arreglo a la Ley Hipotecaria, sean preferentes (art. 32, 3, del citado Estatuto). Que en cuanto al motivo cuarto de la nota de calificación, se considera oportuno, dado el vacío legal, acudir a las normas sobre hipoteca legal tácita del Estado por contribuciones e impuestos, pero dadas las limitaciones del artículo 100 del Reglamento Hipotecario, lo establecido en la Resolución de 24 de agosto de 1981, se estima conveniente retirar dicho defecto, como permite el artículo 116 del Reglamento citado, en la medida que se pueda estimar que existe una invasión de la competencia jurisdiccional de la Magistratura de Trabajo. Que el defecto quinto de la nota de calificación se basa en las siguientes razones jurídicas: 1.ª El artículo 82 de la Ley Hipotecaria, y no puede estimarse que se oponga a lo establecido en el párrafo primero, lo que dice el párrafo segundo del mismo artículo, ya que el artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores no ordena cancelar las posibles hipotecas que se opongan al crédito preferente de los trabajadores, sino que se limita a reconocer un derecho que puede hacerse valer judicialmente para obtener la cancelación, y según el auto citado de la Audiencia Territorial de Bilbao, es la jurisdicción ordinaria la competente para resolver sobre derechos civiles, tales como el de hipoteca. 2.ª Las Resoluciones de 20 de marzo y 28 de septiembre de 1968. 3.ª El hecho de que se considere inadecuado el ejecutivo laboral no puede considerarse como negativa de la competencia de la jurisdicción laboral para ejecutar lo juzgado. 4.ª El Auto de la Sala especial de conflictos de competencia del Tribunal Supremo, que cita el recurrente, de 16 de octubre de 1986, así como los Autos de la misma Sala especial de 28 de enero de 1983 y 10 de mayo de 1985, no resuelven el conflicto alegado. De todos modos, en el artículo 207 de la Ley de Procedimiento Laboral se remiten a la jurisdicción ordinaria civil determinadas tercerías que pueden presentarse en ejecución de sentencias. Que la parte final de la nota de calificación es consecuente con los defectos alegados. En este punto incluso puede considerarse improcedente el recurso, conforme a la doctrina de la Resolución de 11 de noviembre de 1970. La constancia en el asiento de adjudicación de la existencia de cargas se hizo en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 57, 7.ª, del Reglamento Hipotecario. Tampoco se considera procedente rectificar la nota al pie de la escritura, pues la libertad de cargas

no se acredita con dicha nota, sino a través de una certificación (artículos 225 de la Ley Hipotecaria y 353 de su Reglamento).

Informe del Magistrado de Trabajo.—El Magistrado de Trabajo, titular de la Magistratura de Trabajo número 1 de las de Jaén, informó: Que se da por reproducida la argumentación del recurrente en cuanto a los apovos, tanto legislativos como jurisprudenciales y doctrinales que amparan su pretensión. Que la actuación de esta Magistratura de Trabajo al emitir el mandamiento de 17 de octubre de 1986 (*sic*), fue dentro de los límites que le atribuye la competencia, tanto de la Ley de Procedimiento Laboral como el Estatuto de los Trabajadores. Que el único punto a interpretar es el tenor del artículo 32, 1, del citado Estatuto, que es tan claro que obliga a su pleno cumplimiento, tanto por la Magistratura como por el señor Registrador, ya que el mismo viene a constituir un gravamen que soportan todos y cada uno de los bienes del empresario, constituyendo un interés privilegiadísimo que obliga que prevalezca el interés del trabajador para el cobro de su salario (en este caso, el Fondo de Garantía Salarial como subrogado) sobre los bienes inmuebles afectos a la garantía real de terceros hipotecantes o predatarios, cualquiera que sea la época de su constitución, y, por tanto, aunque sean anteriores a éste. Que, por último, en lo concerniente a la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Andújar, se señalan los mismos argumentos alegados por el recurrente al examinar los defectos que constan en dicha nota.

Auto del Presidente de la Audiencia.—El Presidente de la Audiencia Territorial de Granada revocó la nota del Registrador fundándose en los mismos argumentos aducidos por el recurrente y por el Magistrado de Trabajo, y consideró que debía practicarse la inscripción de la escritura pública, objeto de este recurso, en la forma inserta en la misma y que reitera el mandamiento contenido en Auto dictado en 17 de octubre de 1986 por la Magistratura de Trabajo número 1 de Jaén.

Apelación del Registrador.—El señor Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que la exigencia de mandamiento para practicar las cancelaciones solicitadas en la escritura pública primeramente presentada en el Registro, se hizo teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 175, 2, y 233 del Reglamento Hipotecario, que así lo determinan; por tanto, al ordenarse en el auto que se practique la inscripción de la escritura pública objeto de este recurso, en la forma inserta en la misma, parece dar a entender que dicho documento era suficiente para practicar las cancelaciones que en el mismo se solicitaban. Que en cuanto al requisito de la notificación directa a los acreedores hay que añadir la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de marzo de 1986. Que en cuanto al superprivilegio que se concede a los trabajadores por el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, el apartado 3 de dicho artículo deja claramente a salvo la preferencia de la legislación hipotecaria, respecto a los créditos no comprendidos en los números 1 y 2 del mismo precepto. En este punto es de destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1985 y la Resolución de 17 de febrero de 1986. Que en cuanto al cuarto motivo de la nota recurrida, no obstante lo alegado en cuanto a la conveniencia de retirar dicho defecto, hay que matizar que lo que resultaría de la aplicación de la normativa de la hipoteca legal por contribuciones, es que en el caso de una posterior ejecución del crédito anteriormente ingresado en el Registro, sería éste el que se rebajaría en la cantidad nece-

saría para cubrir el crédito preferente del artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores, pero el exceso obtenido, en su caso, correspondería a dichos créditos en la parte que son preferentes después del superprivilegio laboral (art. 32, 3, del Estatuto); si satisfecho este crédito, también hubiera sobrante, correspondería a los trabajadores (el Fondo de Garantía Salarial) por la preferencia de dicho artículo 32, 3, e incluso por la conseguida con el embargo en la parte de las indemnizaciones, como reconoce la Resolución de 17 de febrero de 1986. Que, finalmente, en cuanto al último párrafo de la nota, la Resolución de 11 de noviembre de 1970, citada en el informe, está confirmada por las de 26 de junio de 1986 y 26 de marzo de 1987.

Diligencia para mejor proveer.—La Dirección General, para mejor proveer, solicitó de la Magistratura de Trabajo número 1 de Jaén, testimonio literal de las notificaciones practicadas en el Auto número 229/1981. Dicha Magistratura remitió testimonios literales de las notificaciones practicadas conforme al artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de los demás trámites procesales que guardan relación con dichas notificaciones.

Doctrina de la Dirección.—Vistos los artículos 24 de la Constitución; 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 1, 17, 32, 40, 92 y 131 de la Ley Hipotecaria; 1.490, 1.520 y 1.532 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 175-2.º, 225 y 233 del Reglamento Hipotecario; Decretos de Competencia de 2 de febrero de 1979 y 14 de mayo y 27 de agosto de 1982; las Sentencias de la Sala de Conflictos de 5 de julio de 1966 y las dos de 28 de enero de 1983; las Sentencias de la Sala de lo Civil de 27 de octubre de 1983 y 25 de septiembre de 1985; la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 28 de septiembre de 1977, y las Resoluciones de este Centro Directivo de 20 de marzo y 28 de septiembre de 1968 y 24 de marzo de 1986.

1. En el presente recurso y con ocasión de la ejecución de un crédito salarial correspondiente a los treinta últimos días de trabajo, una finca, justipreciada en 247.984.000 pesetas, fue adjudicada libre de cargas, al Fondo de Garantía Salarial, en 3.892.624 pesetas. Se pretende la cancelación ordenada judicialmente en las actuaciones laborales de dos inscripciones de hipoteca practicadas con anterioridad al embargo causado en dichas actuaciones: una en favor del Banco de Crédito Industrial, en garantía de 48.000.000 de pesetas por principal y otra cantidad por intereses, costas y gastos (consta que se entabló la ejecución de esta hipoteca en el procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria por lo que se desprende de la nota marginal de 15 de julio de 1977, en la que se refleja la correspondiente expedición de la certificación de cargas); otra, a favor del Banco Hipotecario, en garantía de 40.000.000 de pesetas más otra cantidad por intereses, costas y gastos (consta que se entabló su ejecución en procedimiento judicial sumario por la nota de 27 de julio de 1982 de expedición de la correspondiente certificación de cargas). Se pretende también la cancelación de una anotación de embargo acordada, en favor de una tercera entidad, en un juicio ejecutivo por mandamiento dictado en 28 de febrero de 1981; la anotación se practica con anterioridad a la anotación correspondiente al crédito laboral, respecto del cual el mandamiento judicial es de fecha 27 de mayo de 1981.

De las diligencias para mejor proveer resulta que las entidades titulares de los derechos de hipoteca y de la anotación de embargo no han sido citadas ni notificadas de ninguna actuación de este expediente, y en las

diligencias publicadas en los periódicos oficiales ni siquiera se alude a que la finca cuya subasta se anunció estuviera afectada a cargas o que las que tuviera habrían de quedar canceladas.

2. Son varias las razones alegadas por el Registrador para oponerse a las cancelaciones ordenadas, entre ellas, la falta de notificación a los titulares de las cargas a cancelar, y puesto que ésta, como se verá, es decisiva para confirmar la denegación de aquéllas, es improcedente e inútil resolver sobre los demás motivos recurridos.

3. Efectivamente, no es preciso, para la resolución del presente recurso, la previa determinación de la naturaleza y alcance del denominado superprivilegio salarial contenido en el artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores, tarea que, por otra parte, se halla enormemente obstaculizada si se tiene en cuenta: a) La falta de un adecuado desarrollo normativo de esta figura. b) Las dificultades de interpretación de un precepto legal que sitúa en el mismo plano jurídico la preferencia del crédito —que por muy absoluta que sea no es sino una cualidad del mismo, que no trasciende su naturaleza personal, que únicamente provoca una anteposición en el cobro en caso de concurrencia con otros créditos y que sólo puede hacerse valer en las hipótesis de ejecución colectiva o en la ejecución individual instada con anterioridad por otro crédito contra el mismo deudor a través de la correspondiente tercería de mejor derecho— con los derechos reales de garantía (prenda e hipoteca) que generan una vinculación directa e inmediata entre el crédito garantizado y el bien gravado, de manera que el valor en cambio de éste, en la cuantía estipulada, ha de considerarse, en caso de impago, fuera del patrimonio del deudor. c) La desarmonía que el citado precepto guarda con los principios básicos de nuestro sistema hipotecario, cuales son los de publicidad y especialidad, que al consolidar la seguridad de las garantías reales han hecho posible el desarrollo del crédito y la mejora de sus condiciones, contribuyendo innegable y decisivamente al crecimiento de la economía nacional. d) Las paradójicas conclusiones que se desprenden de esa norma (piénsese en las distintas soluciones a aplicar según que la hipoteca ya constituida al devengarse el crédito salarial lo fuera en garantía de una deuda propia o de una deuda ajena al empresario-propietario del bien gravado, o en cómo la pretendida prevalencia del crédito salarial sobre una hipoteca anterior en garantía de una deuda del empresario se esfumaría, dada su falta de reipersecutoriedad, si éste vende el bien gravado antes de la traba efectuada en garantía de los salarios, con la consiguiente revitalización de la hipoteca), etc.

4. Aun cuando se sostenga que por la fuerza del crédito salarial, a que se refiere el artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores, la ejecución subsiguiente lleva consigo la cancelación de cualesquiera cargas recayentes sobre el bien ejecutado, incluso las constituidas con anterioridad al devengo de aquél, ello no puede llevar al desconocimiento de los derechos que a los titulares de esas cargas han de corresponder en las actuaciones procesales encaminadas a lograr la efectividad del crédito salarial; sin prejuzgar ahora sobre el concreto alcance de tal intervención —lo que no puede resolverse sino en consideración del principio constitucional de garantía jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (artículo 24 de la Constitución Española); de los principios registrales de salvaguardia judicial de los asientos (art. 1 de la Ley Hipotecaria), de prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria) y de tracto sucesivo (art. 20, 40

y 82, 1.º, de la Ley Hipotecaria) y de las soluciones legalmente adoptadas para supuestos análogos, como los del fiador, que no puede sufrir ejecución en sus bienes, aun cuando fuere solidario, si no ha sido previamente condenado al pago (arts. 1.144, 1.822-2.º y 1.834 del Código Civil), o el del tercer poseedor en los casos de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria, o el de los titulares de hipotecas expresas anteriores a la anotación de embargo en favor del Estado para la efectividad de contribuciones amparadas por hipoteca legal tácita (arts. 1.923, 1.º, del Código Civil y 168, 6.º, en relación con el 194, de la Ley Hipotecaria), en los casos en que aquéllas han de quedar reducidas y que han de ser notificados en el procedimiento de apremio administrativo, concediéndoles un plazo de treinta días, a fin de que puedan impugnar el acto administrativo por el procedimiento que establecen los artículos 179 y siguientes del Reglamento General de Recaudación (regla 97, Instrucción General de Recaudación y Contabilidad) y que, además, cuando no se acepte su impugnación en vía administrativa, pueden entablar proceso de tercería ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria (art. 183 del Reglamento General de Recaudación)—, es indudable que por aplicación de la normativa general en materia de ejecuciones, al menos, debería haberse notificado el estado de apremio a los titulares de las cargas recayentes sobre el bien a ejecutar que constaren en el Registro al tiempo de iniciarse aquél y que se estimasen pospuestas al crédito salarial del actor, para que, si les conviniere, o bien pagaren el crédito del actor con la consiguiente subrogación, o bien interviniesen en el avalúo y subasta del bien (arts. 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 131, regla 5.ª, de la Ley Hipotecaria, y 235, regla 4.ª, del Reglamento Hipotecario).

Debe tenerse en cuenta, por último, que, de conformidad con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, el Registrador ha de calificar, respecto del mandamiento cancelatorio, el cumplimiento de las garantías que la legislación hipotecaria impone para la cancelación de derechos inscritos con anterioridad al comienzo de la ejecución en la que se despachó aquél.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y declarar que no procede practicar las cancelaciones pretendidas ni puede accederse a la consignación en el asiento extendido a favor del Fondo de Garantía Salarial de la expresión «libre de cargas».

COMENTARIO.—La Resolución de 29 de abril de 1988, que tratamos ahora de analizar, es una de las primeras que abordan la problemática derivada del artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores. Nunca, como en el caso aquí debatido, se había planteado frontalmente el alcance del denominado superprivilegio laboral en una calificación registral. Mejor dicho, si alguna vez se llegó a ordenar a un Registrador una cancelación en los términos con los que aquí se produjo el mandato, es de suponer que el hipotético Registrador haya obedecido sin oponer la resistencia ejemplar que en este caso nos demuestra el titular del Registro de Andújar. La valentía ostentada aquí por el funcionario calificador —al que debemos recordar que la calificación no es un derecho del Registrador, ni una facultad, como él dice en el informe, sino una verdadera obligación legal de cuyo cumplimiento responde directamente— sube de tono si consideramos que el Presidente de la Audiencia, estimando el recurso y haciéndose eco del informe del Magistrado de Trabajo actuante, revocó las notas —que

fueron dos—, lo que obligó a aquél a interponer una apelación desde la soledad de quien sostiene una legalidad que cree interpretar honestamente, y que produjo como efecto inmediato la defensa de determinados intereses económicos personificados, en este supuesto, en el Banco de Crédito Industrial, en el Banco Hipotecario de España y en otro acreedor cuyo nombre no ha trascendido.

2. Sin embargo, una vez más, la Dirección se acoge —acertadamente en este caso, a nuestro juicio— al fácil expediente —como si de una salida de socorro se tratara— de agarrarse a uno de los varios defectos alegados, y no precisamente el más atractivo desde el punto de vista científico, para decir paladinamente, en el fundamento segundo, que «es impropio e inútil resolver sobre los demás motivos recurridos». Con ello se pierde una buena ocasión de pronunciarse sobre un tema que algún día se sustanciará correctamente y obligará al Centro Directivo al posicionamiento que ahora ha evitado gracias a que el caso concreto se lo permitía.

3. Y se lo permitía porque la Dirección comprobó, en diligencia para mejor proveer, que la notificación a la que se aferra el recurrente, hecha al amparo del artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (edictos publicados en diarios oficiales), dejaba mucho que desear desde el punto de vista de las garantías que, mínimamente, deben reconocerse a los acreedores que van a sufrir la posposición, en la medida en que no sólo se hicieron las notificaciones personales, sino que «en las diligencias publicadas en los periódicos oficiales ni siquiera se alude a que la finca cuya subasta se anunció estuviera afectada a cargas o que las que tuviera habrían de quedar canceladas». Más o menos, la Dirección razona así: aunque se estimara válida la notificación por edictos —lo cual es harto discutible—, en el difícil supuesto de que los acreedores afectados hubieran leído el edicto (lo que sería mucha casualidad si nos atenemos a nuestra experiencia a la hora de abordar el examen de un periódico oficial cuando el cartero nos lo deja sobre la mesa), tampoco hubieran podido conocer debidamente el alcance que la subasta anunciada iba a tener sobre sus propios créditos, debido a la parquedad con que se expresaron los edictos y que la Dirección se tomó la molestia de averiguar por la mencionada diligencia para mejor proveer. Por tanto, la notificación que se hizo fue tan deficiente que puede estimarse como no hecha, de lo que se sigue la consecuencia de desestimar el recurso gubernativo.

4. El razonamiento es irreprochable y bien puede afirmarse que la interpretación que la Dirección hace al final del último fundamento del artículo 100 del Reglamento Hipotecario, frente a los en ocasiones demagógicos razonamientos de la parte recurrente alegando preceptos constitucionales relativos a la, a su juicio, imposibilidad de que los Registradores puedan calificar desfavorablemente los mandamientos judiciales so pena de entrometerse en la facultad de ejecutar lo juzgado, es francamente progresiva. Y lo es en la medida en que exigir respecto del «mandamiento cancelatorio el cumplimiento de las garantías que la legislación hipotecaria impone para la cancelación de derechos inscritos con anterioridad al comienzo de la ejecución en la que se despachó aquél», no es sino lograr la concreción, en el campo registral, del principio de seguridad jurídica, consagrado también en la Constitución Española, en su artículo 9, 3. Supongamos que si en lugar de ser en este caso el Banco de Crédito Industrial y el Hipotecario los acreedores afectados, lo hubieran sido, por ejemplo, otros trabajadores a quienes la empresa les hubiera concedido

una garantía hipotecaria para asegurar el pago de salarios no satisfechos, ¿hubiera podido el recurrente decir lo que dijo respecto al carácter tuitivo del Estatuto de los Trabajadores, si se tratara de cancelar una hipoteca de «contenido social»? ¿Se hubiera atrevido el recurrente a llamar «vicia» a la Ley Hipotecaria (calificativo que la Dirección, al redactar la resolución, omite con exquisito tacto y que puede conocer al disponer de una fotocopia del escrito del recurso) tan sólo porque los derechos que aquí resultan protegidos corresponden a determinados Bancos (por cierto, ambos estatales, cuyos beneficios, dicho sea de paso, revierten al bien común) y no a un grupo de trabajadores, como en el ejemplo propuesto?

5. La Ley Hipotecaria representa la garantía de los derechos inscritos, con independencia de sus titulares, contenido o color social. Si la Ley Hipotecaria es vieja es porque —como el vino, que sólo el bueno llega a viejo, y cuanto más viejo, mejor— establece un sistema neutro de protección a los derechos inscritos que, garantizando la seguridad del tráfico, favorece el crédito y puede adaptarse a las concepciones más variadas que de los derechos se tengan. Sería salirse del marco de un limitado comentario, pero no estaría de más hacer una investigación seria y profunda —más sociológica que jurídica— acerca del estrato social de la mayoría de los titulares registrales actuales. Acaso nos llevaríamos alguna sorpresa, y me atrevo a aventurar —desde la experiencia de la práctica diaria— que el Registro ya no es lo que acaso pudo ser en el siglo XIX (cobijo o trinchera del capitalista adquirente de bienes desamortizados, como he leído en algún lugar), sino más bien amparo de quien ha podido adquirir su vivienda gracias a su ahorro y a que un buen sistema hipotecario con garantías le permitió acceder a una cómoda financiación, lejos de las excesivas garantías que exigirían los agentes económicos (en ocasiones —no nos resistimos a decirlo— verdaderos neousureros disfrazados de anónima sociedad) si el Registro funcionara mal.

6. Decimos, por tanto, que el razonamiento de la Dirección es irreprochable, pero para este viaje no eran necesarias tantas alforjas. Es decir, que se hubiera podido prescindir del fundamento de derecho número 3 para llegar a idéntica conclusión. Después hablaremos de este fundamento número 3, que parece introducido con posterioridad a la redacción de los demás. Ahora queremos advertir que si había que buscar una puerta falsa y extinguir el recurso de muerte súbita, podría el Registrador —al amparo del artículo 119 del Reglamento Hipotecario— haber acudido a negar la legitimación activa del Director Provincial de Trabajo de Jaén para recurrir en nombre del Fondo de Garantía Salarial. Me explico. La representación del Fondo de Garantía Salarial —representación orgánica, debe entenderse— corresponde a su Secretario General, según el artículo 7, 2, del Real Decreto de 6 de marzo de 1985. La única delegación de facultades del Fondo que conocemos en favor de los Directores Provinciales de Trabajo y Seguridad Social es la contenida en la Resolución de 30 de abril de 1985 (BOE de 25 de mayo de 1985), y en ella no aparece por ningún sitio la delegación para interponer recursos gubernativos ni de cualquier otra clase. Por otra parte, el artículo 10, c), del Real Decreto de 1985, citado, se refiere al Letrado adscrito a la unidad periférica del Fondo, y así, en sentido de postulación procesal, debe entenderse la palabra «representación» que se utiliza en este precepto; pero aunque se entendiera como verdadera representación orgánica, se está refiriendo al Letrado y no al Director Provincial. Pudo, por tanto, haberse elegido este

abreviado camino para terminar con el expediente y obligar a la parte recurrente a volver a empezar.

7. No se hizo así y hubiera merecido la pena esta omisión de haber existido unas correctas notificaciones que hubieran impedido desestimar el recurso por este motivo. Y es que el recurrente se aferró a la validez de las notificaciones edictales, alegando que no pudieron hacerse de otro modo porque en la certificación de cargas no constaban los domicilios de los acreedores afectados. Aproximadamente, esta misma fue la argumentación del Notario recurrente en la Resolución de 24 de marzo de 1986. En esta resolución alegar el desconocimiento de los domicilios de los acreedores no sirvió para cosa distinta que descargar al Notario —autorizante de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria— de la responsabilidad que le habría acarreado la nulidad de unas actuaciones que al final no valieron para nada. No sirvió entonces ni ha servido en la resolución que ahora comentamos, alegar que en la certificación registral no constaban los domicilios de los acreedores a notificar. En el caso que nos ocupa, el Registrador informante —que no fue el mismo que en su día expidió la certificación de cargas— declara al respecto que «si bien puede ser desconocido el domicilio del titular del embargo letra J, no es fácil sostener lo mismo respecto al Banco de Crédito Industrial y al Banco Hipotecario de España, titulares de las hipotecas». Con ello, el informante parece querer dar entrada a una dualidad de categorías en lo que a domicilios se refiere: una categoría la constituirían los que podríamos llamar «domicilios notorios», y en ella se encuadrarían los de aquellas personas jurídicas (e incluso físicas en casos notables) cuya actividad es de tal trascendencia que su domicilio es conocido por cualquier sujeto mínimamente introducido en actividades jurídicas o económicas. La segunda categoría estaría integrada entonces por todos los demás domicilios. Realmente, esta construcción no puede aceptarse al pie de la letra porque llevaría a soluciones arbitrarias en los casos de dudosa notoriedad. El domicilio se conoce o no; se puede llegar a conocer o no. Y si se puede llegar a conocer con un mínimo de diligencia, alegar su ignorancia no puede ser apreciada como una conducta de mala fe, que no debe lograr el amparo del Derecho. Esto es lo que parece haber sucedido en este caso: el recurrente acaso no conocía los domicilios de forma indubitada a través de la certificación registral, pero pudo conocer aquellos domicilios, en los casos de los Bancos de Crédito Industrial e Hipotecario de España, con una simple consulta de la guía telefónica de la provincia de Madrid; y en el caso del para nosotros desconocido acreedor titular de la anotación de embargo letra J no había más que haber hecho la notificación por medio de exhorto a través del Juzgado que ordenó dicha anotación, el cual sí que conoce ese domicilio al obrar en sus autos necesariamente.

8. Otro de los comentarios que suscita esta resolución es el relativo a un tema que le ha pasado inadvertido a la Dirección General, no obstante haber sido objeto de recurso y de apelación. He tenido a la vista, como queda dicho, una fotocopia del escrito de interposición del recurso, y en el «suplico» se lee textualmente lo siguiente: «Suplico que () dicte auto ordenando la inscripción de la indicada escritura pública *en la forma que indica dicha escritura* y que reitera el mandamiento contenido en el Auto de la Magistratura de Trabajo número 1 de Jaén con fecha 17 de octubre de 1986 (...)». A su vez, el auto del Presidente de la Audiencia, en su parte dispositiva, dice lo siguiente: «Que es procedente la estimación del

recurso gubernativo (.) debiendo practicarse la inscripción de la escritura pública objeto de este recurso *en la forma inserta en la misma*, y que reitera el mandamiento contenido en Auto dictado en 17 de octubre de 1986 por la Magistratura de Trabajo número 1 de Jaén (.)». Las palabras que he subrayado dan a entender que la escritura —en virtud de la estimación ante la Audiencia del recurso gubernativo— debería ser título para la cancelación pretendida, sin necesidad del mandamiento posterior, que no vino a ser sino una reiteración de lo que se desprendía de la escritura. Por eso, el Registrador, en la apelación, insiste en impugnar lo que a este respecto ya había impugnado en el informe, a saber, que la escritura, primeramente presentada, fuese título cancelatorio suficiente en virtud de la intervención judicial ante Notario por la rebeldía de la sociedad deudora.

9. Pues bien, la Dirección silencia este extremo, no sé si por olvido o por considerarlo tan trivial que no merece la pena perder el tiempo con un comentario en los fundamentos de derecho. Claro que dados los términos con que se expresa al final, al acordar «desestimar el recurso interpuesto y declarar que no procede practicar las cancelaciones pretendidas ni puede accederse a la consignación en el asiento extendido a favor del Fondo de Garantía Salarial de la expresión libre de cargas», difícilmente puede acusarse a la Dirección de no haber sido congruente con las pretensiones deducidas en el expediente —lo que es su obligación, a la vista de los artículos 118 y 123 del Reglamento Hipotecario—, ya que al desestimar el recurso en su conjunto, se desestima implícitamente la pretensión de que la escritura sirviera de título cancelatorio. Sin embargo, no hubiera estado de más un comentario al respecto, ya que la representación del Fondo de Garantía Salarial insiste en el escrito del recurso en que las cancelaciones de las cargas ya se ordenaban por el Magistrado en la propia escritura y que el mandamiento se limitaba a reproducir. Vemos, pues, cómo se ignora por parte del recurrente y su asesor el verdadero significado y alcance de la comparecencia ante Notario de un órgano del poder judicial. A él —y a quienes les parece absurdo que un Juez o Magistrado comparezcan ante Notario para firmar escrituras— debemos recordarle que esa comparecencia no es más que el cumplimiento de una resolución anterior de la propia autoridad judicial (ver art. 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en la cual se decide que ante la rebeldía de la parte condenada, se suplce el consentimiento de ésta por el consentimiento judicial, actuando entonces sin o contra la voluntad de aquélla (véase, a este respecto, la precisión hecha por la Resolución de 15 de julio de 1988). Esto significa que en la intervención ante Notario, el Juez o Magistrado no puede hacer otra cosa que lo que haría el condenado de haber comparecido voluntariamente. Es evidente, por tanto, que no puede emitir entonces declaraciones de *imperium*, como es el ordenar cancelaciones, y por este motivo es censurable la actuación del Notario autorizante de la escritura, que no depuró de la minuta que sin duda debió de presentarle el Fondo, lo que eran declaraciones de voluntad, para recogerlas, de lo que constituían declaraciones de imperio, para excluirlas. En este sentido, debió, a mi juicio, rechazar la segunda de las estipulaciones de la escritura y que la Dirección recoge textualmente en la relación de hechos, incluso aunque viniera redactada con las suaves palabras «se solicita» bajo las que se enmascaraba la orden de cancelación.

10. Que me perdone el lector si me detengo en algo que para él es una obviedad meridiana. Pero ante los despropósitos encontrados al res-

pecto en este expediente, me he visto obligado, por una parte, a recordar el alcance de la intervención judicial ante Notario, y, por otra, debo aludir ahora al artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario sobre la necesidad de mandamiento cancelatorio. En primer lugar, hemos de reconocer la perplejidad que este precepto origina en relación con su engarce legal. El encabezamiento del artículo se jacta de ser consecuencia de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley, pero este artículo 82 de la Ley Hipotecaria se refiere únicamente a las inscripciones o anotaciones hechas «en virtud de escritura pública». A la cancelación de anotaciones ordenadas judicialmente se refiere el artículo 84 de la misma Ley, cuya armonización con el apartado 2.º del artículo 175 del Reglamento parece complicada, a pesar de ese exhorto que en el último párrafo se saca de la manga el propio Reglamento Hipotecario y que viene causando la extrañeza de muchos Jueces cuando lo reciben desde otro Juzgado, el cual lo expide a instancia de la parte, que, a su vez, lo solicita «porque en el Registro se lo han exigido». Sobre todo esto me remito al breve, pero excelente comentario —como todos los suyos en cuanto a lo de excelente; no así en cuanto a lo de breve— de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en nota al pie del artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario, en su obra *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*

11. Igualmente me atrevo a calificar de equivocada la actuación del Registrador al extender la nota al pie de la escritura. En esa nota, después de expresar los datos registrales en donde se practicó la inscripción, se añadió un segundo párrafo, según el cual «no se practica la cancelación de cargas solicitada porque para ello es necesario expedir mandamiento judicial de conformidad con el artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario, con las formalidades que en el mismo se indican». Aquí, ante la contundente «solicitud» de cancelación contenida en la estipulación segunda de la escritura, el Registrador debió no solamente alegar aquel defecto documental, sino también todos los demás defectos que impedirían las cancelaciones. El Fondo de Garantía Salarial, ante la nota registral instó (de mala gana, como luego reconoce en el escrito de interposición del recurso) y obtuvo el mandamiento, pero luego, al presentarlo en el Registro, aparecieron nuevos defectos que el Registrador —ante la indignación del recurrente, que denuncia el cambio de criterio— defiende con la teoría de la dualidad de documentos, «cada uno de los cuales —según dicho Registrador— ha determinado una diferente actuación y la calificación, por tanto, se hace no en forma distinta y aplicando otros criterios, sino en forma independiente». Pues bien, modestamente opino que si los defectos que luego aparecieron ya existían al presentarse la escritura, debieron ponerse entonces de relieve. Al menos, se le hubiera ahorrado al Fondo el trabajo de solicitar un mandamiento que iba a resultar inútil y al Magistrado la molestia de redactar un auto y expedir el mandamiento. Otra cosa sería desconocer el artículo 127 del Reglamento Hipotecario. Acaso podamos encontrar aquí la explicación al cambio de forma en que la Dirección habitualmente termina las resoluciones en estos casos. Normalmente, cuando procede, la Dirección acuerda «revocar el auto apelado y confirmar la nota del Registrador». Esta vez, como hemos visto, la Dirección se pronunció en términos diversos, aunque de resultado equivalente. No se confirmó esta vez la nota —o notas— del Registrador, pero se desestimó el recurso y se declaró la imposibilidad de acceder a lo solicitado por el recurrente. Yo atribuyo la no confirmación expresa de las notas a la infrac-

ción en la primera de ellas del artículo 127 del Reglamento Hipotecario, pero, naturalmente, pueden buscarse otras explicaciones.

12. Y dicho todo esto, vamos a entrar, por fin, en el meollo del asunto, la cuestión de fondo, que, como hemos puesto de relieve, fue orillada hábilmente por la Dirección. Esta cuestión no es otra que las dificultades de interpretación que acarrea el injerto de una norma extravagante, como es la contenida en el artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores, en un sistema de concurrencia y prelación de créditos que ya presenta de por sí bastantes complicaciones.

13. Rebasaría con mucho el marco de un comentario jurisprudencial y las limitadas aptitudes de quien escribe estas líneas intentar ahora un planteamiento —mucho más, apuntar solución— de todos los problemas que presenta el Derecho español cuando una pluralidad de acreedores se lanzan a la ejecución patrimonial sobre los bienes del deudor al ver frustradas sus expectativas de cobro en vía voluntaria. Demasiadas veces hemos oído hablar de los trabajos preparatorios de una Ley concursal. Tantas como para intuir que las dificultades aparecidas son de una magnitud tal que nos hace dudar de que, comoquiera que salga esa Ley concursal, pueda acabar con todas ellas. Se mezclan en este asunto conflictos ideológicos (¿qué acreedores y por qué merecen ser privilegiados por la Ley?) con cuestiones de índole técnica, tanto civil y mercantil como procesal. De ahí que ni siquiera nos atrevamos a dar unas leves pinceladas sobre qué sea el desagradable encuentro de dos o más acreedores sobre un mismo patrimonio. Cifñéndonos al campo estrictamente registral, los problemas que esta resolución nos sugiere —aunque no nos lo resuelve— son varios. Y así, al hilo de ella, vamos a tratar de responder, con la obligada brevedad que el lector se merece, a las dos siguientes preguntas: ¿Qué es el denominado superprivilegio laboral que establece el artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores? ¿Cuál es el orden jurisdiccional competente, por razón de la materia, para reconocer y hacer efectivo, hasta las últimas consecuencias, aquel superprivilegio? La brevedad se impone igualmente por respeto y para no pisar demasiado el terreno a quien haya de comentar una futura e hipotética resolución en la que la Dirección no haya tenido más remedio —por estar las notificaciones correctamente efectuadas— que abordar de frente algunas de las cuestiones que aquí quedaron simplemente enunciadas. Allá vamos.

14. *Primera:* ¿Qué es el denominado superprivilegio laboral que regula el artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores? Copiamos literalmente el Estatuto: «Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo, y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca». Hasta aquí el apartado 1 del artículo 32. Aconsejo leer los otros apartados antes de seguir adelante. Pues bien: no sé si lograremos saber qué es, pero sí podemos asegurar que el superprivilegio laboral *no es* una hipoteca tácita, es decir, no grava o sujeta los bienes, cualquiera que sea su propietario, al cumplimiento de determinadas obligaciones, sin necesidad de constar en el Registro. Este carácter lo tienen la deuda por contribución territorial, las primas de seguros y los gastos comunes de la propiedad horizontal en los casos y con las limitaciones que sus respectivas normas establecen. El Estatuto de los Trabajadores —en contra de la opinión del Magistrado de Trabajo, que considero desacertada— no grava bienes, sino que se limita a declarar

preferente un determinado crédito laboral cuando concurre con otro u otros créditos ordinarios, aunque ostenten garantía real. Y esta preferencia implica que con el dinero obtenido por la venta del patrimonio del deudor, primero se paga el crédito salarial y lo que sobre se destina al pago de los demás créditos, los cuales no quedan extinguidos si no son totalmente satisfechos, pero sí quedan extinguidas sus garantías reales en la medida en que la venta de los bienes se hace liberándolos de las cargas no preferentes al crédito que se ejecuta. Así de sencillo es, a primera vista, el mecanismo del artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores. Acontece que, en el caso debatido, el Fondo de Garantía Salarial, como subrogado en determinadas ejecuciones instadas por los trabajadores de la sociedad deudora, perseguía conjuntamente cantidades de dinero que, sin embargo, no tenían el mismo origen. Hasta 3.892.624 pesetas, se perseguían salarios de los últimos treinta días en cuantía no superior al doble del salario mínimo, es decir, un concepto favorecido por el artículo 32, 1, del Estatuto. El resto eran cantidades de las llamadas simplemente privilegiadas, es decir, las amparadas por el artículo 32, 3, del Estatuto, y otras sin privilegio. Entiendo que esta acumulación —posible dentro de las actuales normas del procedimiento laboral— implica la pérdida del superprivilegio en la medida y por las causas apuntadas por la Resolución de 17 de febrero de 1986. Y esto es lo que sucedió en el caso de la resolución que comentamos; la particularidad estriba ahora en que la representación del Fondo de Garantía Salarial, al encontrarse con que iba a tener que quedarse con la propiedad del inmueble, no se le ocurre otra artimaña que ofrecer por él exactamente la suma perseguida por los créditos superprivilegiados e involucrar en la maniobra a la propia Magistratura de Trabajo, que cae en el error de afirmar una prioridad para la que, como veremos, carece de competencia. El Fondo intentó en la subasta hacer un desglose que debió hacerse al principio de la ejecución para que el superprivilegio pudiera ser eficaz en el procedimiento adecuado. No lo hizo así y pretendió quedarse con un inmueble valorado en casi 250 millones, libre de cargas, por la cantidad de menos de cuatro millones. Esta confusión producida por la acumulación de conceptos es lo que el Registrador trata de advertir en el defecto tercero de la nota. Sin embargo, más que defecto que impida la cancelación, es un error judicial que el Registrador no puede denunciar. Si en lugar de ser un mandamiento dictado en juicio ejecutivo laboral, lo hubiera sido en un declarativo, en el que se hubiera ventilado la tercera de mejor derecho, el Registrador no hubiera alegado tal defecto, puesto que sería «cuestión de fondo judicial», aunque desde aquí juzgáramos desacertado reconocer un mejor derecho *ex* artículo 32, 1, a una ejecución que acumula salarios de los últimos treinta días con otras reclamaciones de salarios e indemnizaciones por despido. Por la misma razón tampoco era muy feliz el defecto advertido en cuarto lugar, que fue retirado a tiempo por el Registrador informante. El decisivo motivo era el señalado con el número 5. Pero con él pasamos a la segunda de las preguntas antes apuntadas.

15. *Segunda*: ¿Cuál es el orden jurisdiccional competente, por razón de la materia, para reconocer y hacer efectivo, hasta las últimas consecuencias, aquel superprivilegio? Para responder a esta pregunta es preciso despojarse de prejuicios ideológicos y doctrinales. Un elemental criterio basado en ese principio general del Derecho según el cual nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio, nos lleva a reconocer

que, en materia de preferencia de créditos, todo acreedor que va a ser postergado por otro, en base a una norma sustantiva, debe ser vencido por éste en el procedimiento adecuado en que tal norma sustantiva sea aplicada. Aquí, la norma sustantiva es el artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores y el procedimiento adecuado es lo que venimos llamando tercera de mejor derecho, cuyo cauce procesal es, a falta de norma y jurisdicción especiales que impliquen excepción, el juicio ordinario que corresponda por razón de la cuantía, ventilado ante la jurisdicción civil. Estas afirmaciones las apoyamos en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 13 de junio de 1980, el cual, al delimitar la «rama social del Derecho», no contempla de ninguna manera cuestiones de preferencia de créditos (puede verse, en términos parecidos, su precedente inmediato en el art. 1 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral de 17 de agosto de 1973); igualmente podemos citar en favor de la competencia general y residual de los Juzgados de Primera Instancia, el artículo 85, 1.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, que les atribuye, en primera instancia, el conocimiento de los juicios que no vengan atribuidos por esa Ley a otros Juzgados o Tribunales. En apoyo también de esa opinión cito, como lo hizo el Registrador en su informe, el Auto de 18 de mayo de 1983 del Presidente de la Audiencia Territorial de Bilbao, dictado en un recurso gubernativo que no llegó a la Dirección General, y del cual entresaco algunos párrafos que no me resisto a reproducir por ser una maravilla de claridad jurídica: «El superprivilegio establecido en el artículo 32, 1, del Estatuto de los Trabajadores no opera, ni puede operar, de forma automática, desconociendo y arrollando derechos protegidos por la fe pública registral, que se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales, como declara el artículo 1 de la propia Ley Hipotecaria, sino que requiere un previo reconocimiento judicial en proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria, con intervención del acreedor hipotecario, pues una cosa es el superprivilegio establecido a favor de los trabajadores por los salarios de los últimos treinta días de trabajo, que evidentemente goza de preferencia sobre cualquier otro crédito, incluso sobre los garantizados por hipoteca, y otra muy distinta el modo y lugar de hacer valer el privilegio frente al sujeto obligado a soportarlo. En consecuencia, en el caso que nos ocupa, la cancelación de la hipoteca constituida a favor de la Caja de Ahorros Vizcaína sólo puede acordarse en un procedimiento seguido ante la jurisdicción ordinaria civil, única competente para resolver sobre preferencias de créditos de distinta naturaleza, como reiteradamente viene reconociendo nuestra jurisprudencia —véase, por todas, la Sentencia de 30 de octubre de 1963—, en el que, por otra parte, se acrediten frente al titular del crédito que se pretende sacrificar la concurrencia de los requisitos que condicionan y limitan el derecho a este superprivilegio. En resumen, la decisión de la Magistratura de Trabajo número 2 de Vizcaya, al declarar y ordenar la cancelación de la hipoteca inscrita a favor de la Caja de Ahorros Vizcaína, ha incurrido en un patente exceso de jurisdicción, arrogándose facultades propias y exclusivas de la jurisdicción ordinaria, única competente para resolver sobre derechos civiles, como el de hipoteca, aparte de que ni tan siquiera del auto judicial se desprende que concurren los requisitos necesarios para la existencia del superprivilegio de que se trata, aunque ciertamente tal extremo quedaría fuera de la función calificadora del Registrador, pero no la de comprobar que el mandamiento de cancelación se ha dictado por

órgano competente y en el procedimiento adecuado». He copiado estos párrafos, primero por la dificultad que existe para encontrar estos autos, ya que no se publican en ningún sitio (y desde aquí me atrevo a sugerir a esta *Revista* que se encargue de estas publicaciones de forma sistemática, sobre todo cuando el recurso gubernativo muere en la Audiencia, como en este caso de Bilbao), pero también por la satisfacción de respirar el aire jurídicamente puro que se desprende de la prosa del Magistrado bilbaíno. También podemos citar al respecto las Resoluciones de 20 de marzo y 28 de septiembre de 1968, que alegó el Registrador en el informe y de las que se hace eco la Dirección en los «vistos».

16. Este defecto hubiera sido decisivo para denegar igualmente las cancelaciones pretendidas de no haber existido el primero, y así lo deja entrever la propia Dirección cuando alude a la «correspondiente tercería de mejor derecho». No obstante, a modo de premio de consolación, la Dirección nos obsequia, en la resolución que estamos comentando, con el fundamento de derecho número 3 —que, como dije al principio, parece añadido después de haberse redactado todo lo demás de la resolución—, en el que se abordan tímidamente algunos de los problemas derivados de una institución, cual el superprivilegio laboral, que ya ha empezado a desplegar sus efectos, a pesar de carecer de un adecuado desarrollo normativo, de las dificultades de interpretación del precepto que lo establece, de la desarmonía que guarda con los principios básicos de nuestro sistema hipotecario y de las paradójicas conclusiones que se desprenden de esa norma, como reconoce la propia Dirección.

17. Precisamente, es la desarmonía del superprivilegio con los principios básicos de nuestro sistema lo que nos sugiere una reflexión final. Sucede en muchas ocasiones que el legislador adopta determinadas medidas para lograr un fin que, a la larga, se muestra que producen el efecto exactamente contrario. Me explico. El superprivilegio laboral es plausible en la medida en que, al garantizar —con determinados límites de tiempo y cuantía— los salarios de los últimos treinta días, pretende resolver el problema de subsistencia inmediata de los trabajadores cuya empresa deja de funcionar y de sus respectivas familias. Así lo ponen de relieve, con encomiable dicción, las dos Sentencias de la Sala de competencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1983 (puede verse, en el mismo sentido, la Sentencia de la Sala 1.ª de 27 de octubre de 1983, la cual, al final, recoge un *obiter dictum* que compromete algunas de nuestras afirmaciones). Pero no pueden ignorarse al respecto dos cosas: la primera es que cuando el superprivilegio lo ejerce por subrogación el Fondo de Garantía Salarial ya no estamos ante un problema de inmediata y dramática subsistencia de unos trabajadores y sus familias; con lo cual, los argumentos filosóficos y humanitarios en pro del superprivilegio desaparecen cuando favorece a un organismo que no tiene que alimentarse y vestirse cada día. La segunda es que, en el conjunto de protección a la clase trabajadora, este superprivilegio es contraproducente porque puede comprometer el crédito a empresas en apuros, ya que los Bancos y entidades similares no querrán prestarles ni una peseta, ni siquiera con garantía hipotecaria, ante el temor de que el Fondo de Garantía Salarial se les adelante a cobrar con su superprivilegio y deshaga en humo de pajas sus vistosas garantías reales, con una cancelación ordenada a traición. Y si a estas empresas en apuros se les corta el crédito, ya no habrá esperanza para ninguno de sus trabajadores, ni con superprivilegio ni sin él. Por eso, voy a co-

meter la osadía de propugnar desde aquí una reforma legislativa que derogue el superprivilegio cuando el Fondo de Garantía Salarial se haya subrogado en las reclamaciones de los trabajadores (bastaría un leve retoque en el art. 33, 4, párrafo 2.º, del Estatuto de los Trabajadores). Al fin y al cabo, el Fondo no es una empresa que deba ganar dinero: si en algún ejercicio el Fondo presentara un balance abrumadoramente positivo sería un índice de que o la cuota empresarial que lo sostiene es excesiva o el Fondo no cumple adecuadamente su función. Sería un error gravísimamente y de imprevisibles consecuencias seguir sembrando la inseguridad jurídica y económica con un superprivilegio que cuando beneficia a un órgano como el Fondo no tiene ninguna justificación. El día que el tema se plantee adecuadamente y algún gran Banco sufra las consecuencias de una norma inconveniente veremos cómo se prepara la reforma que desde estas modestas líneas apuntamos. Tiempo al tiempo.

EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA

LA SOSPECHA DE EXISTIR UN DELITO DE DOBLE VENTA NO PUEDE CONFIGURARSE COMO DEFECTO NI OBSTACULIZA LA INSCRIPCIÓN. ASÍ RESULTA DEL ARTICULO 104 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL HECHO DELICTIVO Y LA EFICACIA CIVIL DEL ACTO Y DE LA CARENCIA DE POTESTAD JURISDICCIONAL DEL REGISTRADOR QUE LE IMPIDE DEDUCIR EFECTOS DE UNA SIMPLE SOSPECHA (RESOLUCIÓN DE 14 DE JULIO DE 1988.—«BOE» DEL DÍA 11 DE AGOSTO SIGUIENTE).

A) *Hechos*.—I. El día 1 de abril de 1986, en escritura pública autorizada por don Miguel Estrems Vidal, Notario de Xirivella, don José Antonio Cervelló Benavent, representado por don Florencio de Miguel Galín, que a su vez actuaba, sin acreditarlo documentalmente, en representación de la esposa del primero, vendió a «Mavirt, S. L.», una cuarta parte indivisa de siete fincas sitas en el término de Segart. Copia de dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de Sagunto el día 16 de septiembre de 1986, asiento 566 del diario, y retirada en la misma fecha por el presentante.

Dentro del plazo de vigencia de dicho asiento de presentación fue presentada en el mismo Registro una escritura otorgada el día 15 de febrero de 1983, ante el Notario de Valencia don Vicente Grima Reig, por la que don José Antonio Cervelló Benavent y su esposa, doña Isabel de Miguel Galín, vendieron a doña María del Pilar Redondo González, representada por su padre, don Nicasio Redondo Alarcón, la cuarta parte indivisa de las mismas fincas, transmitida por la escritura anteriormente referida, causando el asiento 972, de fecha 15 de octubre de 1986, del diario de presentación, y siendo retirada en la misma fecha por el presentante.

El 24 de noviembre de 1986, el Registrador de la Propiedad extendió al margen del asiento de presentación 566 la pertinente nota de prórroga de la vigencia de dicho asiento hasta ciento ochenta días de su fecha, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 255 de la Ley Hipotecaria, lo que determinó, a su vez, la prórroga del asiento 972, contradictorio del primero de

ellos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 432, párrafos segundo y cuarto, del Reglamento Hipotecario.

La copia de la escritura pública de 1 de abril de 1986 fue devuelta al Registro de la Propiedad de Sagunto el día 13 de abril de 1987, en unión de otra copia de la escritura de ratificación de la venta formalizada por la esposa del vendedor, doña Isabel de Miguel Galín, con fecha 7 de agosto de 1986, autorizada por el Notario de Xirivella, anteriormente citado, de los poderes del vendedor y de la escritura de constitución «Mavirt, S. L.».

II. Presentadas las copias de las escrituras anteriormente citadas, junto con los documentos complementarios referidos, en el Registro de la Propiedad de Sagunto, fueron calificadas con la siguiente nota: «No se practica la inscripción solicitada por el defecto que se estima subsanable siguiente: Resultar del libro diario de este Registro que al asiento 972, folio 11, del tomo 88 del mismo, aparece presentada con fecha 15 de octubre de 1986 una escritura otorgada el 15 de febrero de 1983, en Valencia, ante el Notario señor Grima Reig, con el número 411 de su protocolo, por la que don José Antonio Cervelló Benavent y esposa venden a doña María del Pilar Redondo González, representada por don Nicasio Redondo, las propias cuartas partes indivisas de las fincas cuya inscripción se solicita por el documento que motivó el asiento adjunto, en vista de lo cual, y por implicar tales documentos el supuesto de doble venta tipificado en el artículo 531 del Código Penal, se suspende la inscripción solicitada, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 del vigente Reglamento Hipotecario se remite la presente escritura en unión del poder y ratificación citadas al Juzgado de Instrucción de Sagunto, a los efectos legales pertinentes. Igualmente se remite a dicho Juzgado fotocopia de la escritura de venta presentada al asiento 972 del diario, cuyo asiento se halla prorrogado por ser contradictorio con el calificado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 432, segundo, del Reglamento Hipotecario, hallándose dicho documento en trámite de liquidación y pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en la Oficina Liquidadora de este partido.

III. El Procurador de los Tribunales don Fernando Bosch Melis, en representación de «Mavirt, S. L.», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que el artículo 104 del Reglamento Hipotecario se refiere al supuesto en que el propio título calificado resulte la existencia de la comisión de un delito, supuesto que no se da en las escrituras calificadas, sino que el funcionario calificador advierte no la comisión de un delito, sino la posible existencia de tal irregularidad delictiva; no en el propio título calificado, como exige el Reglamento, sino en otro documento público presentado con posterioridad en el libro diario, relativo también a una venta de las mismas fincas. Que, en consecuencia, no cabe invocar el referido artículo reglamentario, suspender la inscripción de un título que goza de prioridad registral e impedir con la remisión del mismo al Juzgado de Instrucción no sólo la normal registración de dicha escritura, sino también la imposibilidad de que la adquisición por «Mavirt, S. L.», quede patente en un Registro Público a efectos de terceros. Que aun admitiendo la posibilidad de actuaciones irregulares o delictivas, dicha Sociedad es un adquirente a título oneroso de buena fe, al que ampara no sólo el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que consagra el principio de prioridad en el despacho de documentos presentados en el Registro, sino también el artículo 34 de la misma Ley, que le mantiene en su adquisición

cuando no constan del Registro los vicios en la titularidad de su transferente, y así como lo establecido en el artículo 1.473 del Código Civil, supuesto que encaja perfectamente en los títulos de «Mavirt, S. L.», que gozan de prioridad registral. Todo ello sin perjuicio de que las personas que hayan presentado sus títulos con posterioridad, si se creen con algún derecho, puedan, de acuerdo con el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, accionar ante los Tribunales de Justicia la defensa de sus intereses.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que las leyes atribuyen a la jurisdicción ordinaria penal la competencia única y concluyente para la averiguación y sanción, en su caso, de los hechos que, tipificados en el Código Penal, puedan ser materia delictiva, y por ello, el artículo 104 del Reglamento Hipotecario no atribuye a los Registradores competencia para definir situaciones delictivas; por consiguiente, no es quién dicho funcionario para definir la comisión de un delito, sino que le basta para aplicar el citado artículo 104 que, en los documentos cuya inscripción se pretende, aparezca, *prima facie*, la concurrencia de las circunstancias tipificadoras del delito, y la jurisdicción penal decidirá después si lo hubo efectivamente. Que examinando los supuestos de hecho que se dan en este caso, si lo único que tienen inscrito los vendedores es la cuarta parte del dominio de siete fincas, y dicha cuarta parte la vendieron el 15 de febrero de 1983 (asiento 972), es evidente que por el documento calificado se vuelve a vender lo que ya se vendió en la fecha citada y se incide, al menos aparentemente, en el supuesto previsto en el artículo 531 del Código Penal, procediendo la suspensión de su inscripción y su remisión a la autoridad judicial, conforme ordena el artículo 104 del Reglamento Hipotecario. Que el Registrador, al calificar ha tenido presente no sólo los documentos objeto de calificación, sino también los asientos registrales de las fincas y el contenido de los asientos vigentes del diario de presentación, tanto anteriores como posteriores, según doctrina contenida en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de marzo y 11 de agosto de 1942, 31 de marzo de 1950, 14 de diciembre de 1953, 7 de febrero de 1959 y 11 de marzo de 1978. Que no son aplicables los artículos 17 y 34 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código Civil. En cuanto al artículo 17, se ha observado en la calificación el principio de prioridad, que no contradice el de legalidad consagrado en el artículo 18 de la propia Ley, y que por medio de la calificación registral previa se impide la inscripción de los actos o contratos que no revistan los requisitos necesarios para su acceso al Registro. En lo referente al artículo 34, de protección al tercer adquirente a título oneroso y de buena fe, para ello sería necesario que se hubiera inscrito el título calificado, cosa que no ha ocurrido por impedirlo la calificación registral, y por cuanto el vicio que impide la inscripción lo es del propio título que se trata de inscribir, con lo que decae la condición de tercero registral protegido. En cuanto al artículo 1.473 del Código Civil, para invocar el mismo sería necesario que el título calificado se hubiera inscrito antes de haber sido presentado el contradictorio del asiento de presentación número 972 del diario; presentación ésta que, por las razones alegadas, ha impedido el despacho del documento cuya calificación se recurre. Que, por todo lo expuesto, procede mantener la calificación registral impugnada.

V. El Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia confirmó la nota del Registrador fundándose en que es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con el

artículo 104 del Reglamento Hipotecario, que se deben considerar los asientos de presentación vigentes, con la finalidad de procurar el mayor acierto posible en la calificación y evitar que obtengan protección del Registro actos o contratos ineficaces, y esto es precisamente lo que hizo el Registrador para adoptar la decisión que se ha recurrido.

VI. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el artículo 104 del Reglamento Hipotecario sólo autoriza al Registrador a denegar o suspender la inscripción cuando resultare del mismo título haberse cometido algún delito, lo que en el caso que se contempla no ocurre, y más bien de los documentos presentados correlativamente para llegar a la inscripción de la compraventa efectuada por «Mavirt, S. L.», y posterior hipoteca unilateral, resulta un tracto sucesivo perfecto e irreprochable, y que no ofrece duda alguna que pueda impedir su inscripción, ya que, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en este caso, el derecho de propiedad figura inscrito, sin contradicción, a favor de las personas que lo transmiten, y según dicho artículo, sólo en el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión, los Registradores denegarán la inscripción, aclarando el artículo 25 de la Ley Hipotecaria que la preferencia de las inscripciones viene determinada por la hora de presentación en el Registro de los títulos respectivos. Que cuando la jurisprudencia que interpreta el artículo 104 del Reglamento Hipotecario viene indicando que el Registrador, para calificar, podrá tener en cuenta dos documentos presentados en el Registro, se refiere a los documentos que por sí pueden impedir la inscripción de los previamente presentados, pero no cuando se trata de supuestos de venta del mismo bien a diferentes compradores, pues esta circunstancia está regulada en el artículo 1.473 del Código Civil, teniendo en cuenta que la fecha de presentación del diario del Registro es la que se ha de considerar como fecha de inscripción. Cualquier otra circunstancia respecto del segundo adquirente quedará para el juicio ordinario ante la jurisdicción civil.

B) *Fallo de la resolución.*—La Dirección General acuerda revocar tanto el auto presidencial como la nota del Registrador, basándose para ello en los siguientes

C) *Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 1.473 del Código Civil; 17, 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, y 104, 111 y 432 del Reglamento Hipotecario.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso concurren los siguientes elementos definidores:

El 16 de septiembre de 1986, y al número 566 del tomo 88 del libro diario, se presenta escritura otorgada el 1 de abril de 1986, por la que don Florencio de Miguel Galín, en representación de don José Cervelló Benavent y su esposa, doña Isabel de Miguel Galín, vende a «Mavirt, S. L.», una cuarta parte indivisa de ciertas fincas, y se acompaña a la misma otra de ratificación de esa venta otorgada por doña Isabel el 7 de agosto de 1986.

Con fecha 15 de octubre de 1986, y bajo el asiento 972 del diario, se presenta otra escritura otorgada el 15 de febrero de 1983, por la que don José Cervelló Benavent y su esposa vendían la misma cuota indivisa de las citadas fincas a doña Pilar Redondo González.

El Registrador, en vista de este último título, suspende la inscripción

de aquél y, en aplicación del artículo 104 del Reglamento Hipotecario, lo remite al Juzgado a los efectos legales pertinentes por apreciar la posible existencia de un delito de los tipificados en el artículo 531 del Código Penal.

2. En la actuación del Registrador deben distinguirse dos extremos: La comunicación a la autoridad judicial de la posible existencia de un delito con la consiguiente remisión de títulos, y la suspensión, por este motivo, de la calificación registral. Nada hay que objetar en cuanto al cumplimiento por el Registrador de sus deberes de colaboración con la justicia, si bien debe procurar no enviar los documentos originales, propiedad de las personas cuya inocencia se presume, cuando en sí no constituyan cuerpo o prueba insustituible del hecho delictivo. Mas no ocurre lo mismo en cuanto a la actitud del Registrador de suspender la calificación, pues la eventual remisión no puede excusar al Registrador de su deber de formular la calificación procedente durante la vigencia del asiento de presentación —que puede ser prorrogada en el supuesto previsto en el artículo 432, 1.º, d)—, de modo que la posible sospecha delictiva no puede configurarse como defecto ni obstaculizar la inscripción. Así resulta: a) Del propio artículo 104 del Reglamento Hipotecario, sobre todo cuando aclara que tal remisión no implica ni prórroga ni suspensión del asiento de presentación correspondiente. b) De la posible compatibilidad entre la verdadera existencia de un hecho delictivo y la validez y eficacia civil del acto calificado. c) De la carencia de potestad jurisdiccional del Registrador, que le impide deducir de una simple sospecha efectos definitivos, como sería la caducidad del asiento de presentación, al no ser calificado el título ni suspendida ni prorrogada su vigencia, con el riesgo subsiguiente de pérdida de prioridad registral.

D) COMENTARIO.—1. *Esquema de la resolución.*—Su SUPUESTO DE HECHO es el siguiente: Una escritura de venta de cuotas indivisas —otorgada por el representante de los esposos vendedores— se presenta en el Registro, y después se presenta otra escritura de venta de cuotas de fecha anterior —otorgada por los propios vendedores—; estamos, pues, ante uno de los típicos ejemplos puestos por la doctrina —doble venta por dueño y representante— para explicar que la doble venta no implica necesariamente un delito (por ejemplo, GARCÍA CANTERO en sus comentarios al artículo 1.473 del Código Civil, tomo XIX de los «Comentarios», RDP).

En la NOTA, el Registrador dice que «... por implicar tales documentos el supuesto de doble venta, tipificado en el artículo 531 del Código Penal, se suspende la inscripción solicitada...»; conviene recordar que —de forma indudable tras la reforma de 1982— no cabe suspender el asiento de presentación —ni la inscripción— por la remisión del documento a la autoridad judicial correspondiente en el caso del artículo 104 del Reglamento Hipotecario; además, del citado precepto resulta claramente que la nota que se pondrá *al pie del título* será la de denegación o suspensión de la inscripción, según proceda, puesto que la remisión del título a la autoridad judicial sólo deberá causar una nota, expresiva de tal circunstancia, que deberá extenderse *al margen del asiento de presentación* y no al pie del título.

En el INFORME, el Registrador afirma que «... basta para aplicar el citado artículo 104 que en los documentos cuya inscripción se pretende aparezca, prima facie, la concurrencia de las circunstancias tipificadoras

del delito . »; a través de la resolución no conocemos el contenido de los documentos cuya inscripción se pretendía, pero resulta difícilmente imaginable que de una escritura de venta resulten, ni siquiera *prima facie*, el cúmulo de circunstancias tipificadoras del delito que exige el Tribunal Supremo (1).

En el AUTO DEL PRESIDENTE, que confirma la nota del Registrador, se dice que « *es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con el artículo 104 del Reglamento Hipotecario* . »; tal aseveración de reiterada doctrina puede crear cierto desasosiego si, como es el caso, sólo encuentro una resolución que, indirectamente, se refiere al mismo supuesto que la comentada; las demás sólo contemplan —como veremos—, no el supuesto del artículo 104 del Reglamento Hipotecario, sino al caso en que un Juez ordena, a la vista del sumario que instruye, que el Registrador se abstenga de practicar operación alguna sobre determinado documento presentado en el Registro. (En la resolución que motiva estas líneas, la Dirección General no invoca ninguna resolución precedente en el visto de sus fundamentos; eso me tranquiliza.)

2. *El esporádico vértigo de la prioridad formal*.—No es difícil comprender que cualquier Registrador, a la vista de una doble venta cuyas escrituras han sido presentadas en el Registro por orden inverso al de su otorgamiento, sienta ciertos reparos al proceder a inscribir, de acuerdo con el principio de prioridad formal, el título de fecha posterior, denegando, a renglón seguido, la inscripción del título otorgado antes, pero presentado después en el Registro.

Es cierto que tan clara confrontación entre la prioridad formal y la sustantiva puede crear cierta tensión, incluso en profesionales que, como nosotros, estamos preparados para afrontar, casi cotidianamente, los permanentes contrastes que se presentan entre dos realidades —la registral y la extrarregistral— y entre dos sistemas sustantivos —el correspondiente a la propiedad inmobiliaria inscrita y el pertinente a la no inscrita—.

Sin embargo, debemos tener muy claro —a mi juicio— que aquellos reparos humanos entran en contradicción abierta —cuando se trata de la doble venta— con el sistema civil de transmisión del dominio y, sobre todo, con la médula espinal de nuestro sistema hipotecario. De ahí que si aceptamos, con toda la doctrina, que la calificación registral no debe estar basada en criterios morales, deberemos admitir también que, ante el hipotético vértigo que la drástica aplicación del principio de prioridad formal

(1) Dice el Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de abril de 1988, en su fundamento de derecho tercero, que como elementos configuradores del delito de estafa suelen enumerarse los siguientes: a) un engaño precedente o concurrente, alma y sustancia de la estafa, antes traducido en algunos de los artificios incorporados al listado del que el Código Penal hacía mención y hoy concebido con criterio de laxitud, sin recurrir a enunciados ejemplificativos, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece; b) dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos; c) producción de un error esencial en el sujeto pasivo desconocedor o con conocimiento deformado del vicio de la voluntad facilitador del desplazamiento patrimonial que le subsigue; d) acto de disposición patrimonial con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente; e) nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado; y f) la dinámica del infractor ha de hallarse presidida por ánimo de lucro.

Por su parte para el caso concreto de la doble venta y la estafa, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1988 traza un complejo cuadro de dolos —antecedentes o consecuentes— para dilucidar si estamos ante un caso de delito o de ilícito civil («a dilucidar según las prescripciones del artículo 1 473 del Código Civil» dice el Tribunal Supremo); y también atiende el juzgador a la necesidad de indagar si ha habido o no tradición en la primera venta, puesto que en caso negativo, ninguna doble venta o delito habrá tras la segunda, según la sentencia que invocamos; casos algunos de ellos en que, para el Tribunal Supremo, el único engaño es para el Registrador (que favorece al que primero inscribe con mala fe.).

pueda causarnos, la única reacción permitida será el cumplimiento de la Ley, que, en el caso contemplado, clara y reiteradamente, nos ordena inscribir, o denegar o suspender; y solamente cuando del título presentado resulte haberse cometido un delito (¿hipótesis factible?), deberemos —además de calificar, no en lugar de— dar parte a la autoridad judicial.

Ese es el verdadero sentido del artículo 104 del Reglamento Hipotecario, puesto claramente de manifiesto por la reciente Resolución de 14 de julio de 1988, cuya importancia radica, a mi juicio, en ser *la primera que resuelve directamente el caso a que el precepto reglamentario se refiere* (a menos que lo precipitado de estas líneas hayan hecho incurrir a su autor en alguna omisión, cuya denuncia hallará cumplido espacio en las páginas de esta publicación, que nace, fundamentalmente, no para consagrar dogmas jurídicos ni para ungir sabias cabezas, sino para invitar al grar dogmas jurídicos ni para ungir sabias cabezas, sino para invitar al vanecimiento por boca ajena de nuestros propios errores).

Naturalmente que el verdadero supuesto que contempla el artículo 104 del Reglamento Hipotecario —que del mismo título resulte la comisión de un delito— será difícil que se presente en la realidad, como ya apuntaba MORELL cuando decía que la causa ilícita, por no resultar del documento mismo, no puede entrar en la apreciación del Registrador (2) (ello, unido a lo innecesario del precepto, abona mi opinión de que éste debería suprimirse); y, sin embargo, últimamente, se habla mucho del precepto reglamentario con ocasión de la doble venta; eso, unido a la aparición de las dos resoluciones sobre el tema, nos sugiere la conveniencia de exponer a la consideración de todos nuestros lectores estas reflexiones sobre el artículo 104 del Reglamento Hipotecario de forma «periodística», es decir, aportando algunos materiales inconexos con la esperanza de que sean coherentemente ensamblados —o despreciados— por algún paciente lector interesado y listo.

3. *El artículo 104 del Reglamento Hipotecario.*—El actual artículo 104 del Reglamento Hipotecario se arrastra en nuestra legislación hipotecaria, sin solución de continuidad, desde el primer Reglamento de 1861, y, curiosamente, sin haber sufrido variación alguna en el aspecto que nos interesa, como resulta de la lectura de los textos de los correspondientes artículos de los sucesivos Reglamentos Hipotecarios (3). Baste decir, como síntesis

(2) MORELL Y TERRY, en el comentario al artículo 118 de la Ley Hipotecaria de 1909 (tomo II, página 279, 2ª edic., de 1927), transcribe el artículo 79 (hoy 104) del Reglamento Hipotecario de 1915, pero no hace ningún comentario al respecto; sólo de pasada dice que la calificación no ha de atender a consideraciones de orden moral y que la causa ilícita, por no resultar del documento mismo, no puede entrar en la apreciación del Registrador ni ser calificada. También en sus comentarios al artículo 65 (III, pág. 204) insiste en que la CAUSA ILÍCITA u opuesta ya a las leyes, ya a la moral, escapa por regla general a la calificación del Registrador. «Véase —dice— el artículo 79 (hoy 104) del Reglamento. No obstante, si resultare claramente la ilegalidad de la causa en el acto o contrato presentado a inscripción, debe tenerse presente que con arreglo al artículo 1.275 del Código, la obligación no produce efecto alguno». En consecuencia, el Registrador, en estos rarísimos casos, denegará la inscripción por el defecto insubsanable de nulidad del acto o contrato, que resultará del documento sin perjuicio de que, a renglón seguido, «dé parte» a la correspondiente autoridad judicial. Es decir, no sólo denegará la inscripción, sino que además dará parte.

(3) Art. 58 R de 1861: «Los Registradores no solamente negarán la inscripción de todo título que contenga faltas que la impidan, tomando o no anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley, sino que cuando resultare del mismo título haberse cometido algún delito darán parte al Juez, remitiéndole el documento presentado».

Art. 58 R de 1870: «Los Registradores no solamente negarán la inscripción de todo título que contenga faltas que la impidan, tomando o no anotación preventiva, SEGÚN CORRESPONDA, sino que cuando resultare del mismo título haberse cometido algún delito darán parte A LA CORRESPONDIENTE AUTORIDAD JUDICIAL, remitiéndole el documento donde resulte».

Art. 79 R de 1915: «Los Registradores no sólo negarán O SUSPENDERÁN la inscripción de todo título CUANDO ASI PROCEDA, tomando o no anotación preventiva, sino que cuando resultare del mismo título haberse cometido algún delito darán parte a la correspondiente autoridad judicial, con

de la evolución reglamentaria del precepto, que es en el Reglamento de 1915 donde se innova la obligación del Registrador de hacer constar, por nota al margen del asiento de presentación, que el documento ha sido remitido a la autoridad judicial correspondiente, y que es en la reforma del Reglamento Hipotecario, de 12 de noviembre de 1982, cuando se añade el inciso final expresivo de que tal nota no implica suspensión o prórroga de la vigencia del asiento de presentación.

De una lectura no precipitada del precepto, en sus sucesivas redacciones, poniendo en relación el «*no solamente*» de los textos de 1861 y 1870, o el «*no sólo*» de los de 1915 y siguientes, con el «*sino que*» de todos ellos, claramente resulta que su correcta interpretación no es otra que la siguiente: el Registrador, además (y después) de calificar, suspendiendo o denegando, DARA PARTE —expresión ciertamente neutral— a la autoridad judicial, etc. Así lo ha venido a confirmar la Resolución de 14 de julio de 1988, cuya doctrina viene a corregir —indirecta y acertadamente, a nuestro juicio— algunas interpretaciones doctrinales del artículo 104 del Reglamento Hipotecario, como pasamos a ver.

4. *La doctrina.*—Los hipotecaristas se refieren muy de pasada al actual artículo 104 del Reglamento Hipotecario, sin duda, por su aplicación infrecuente:

CHICO Y ORTIZ («La doble o múltiple venta, el delito y la calificación registral», *Lunes* 4,30, núm. 4, págs. 23 y sigs.) dice, en base a los caracteres de la calificación (ineludible, independiente e individual), que el Registrador que se abstiene de calificar invocando el artículo 104 del Reglamento Hipotecario, trata de desplazar «*no ya sólo el hecho de la calificación (que es ineludible), sino la responsabilidad*».

AVILA ALVAREZ (págs. 165 y 166 de sus «Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-1984») escribe: «*A nuestro juicio, en el caso de delito, se inscribirá o denegará o suspenderá la inscripción, según que el delito sea irrelevante para la validez del acto (y no existan defectos) o constituya defecto insubsanable... y además se remitirá el documento a la autoridad judicial haciendo constar esta remisión al margen del asiento de presentación para que en todo momento se sepa por qué no cumplió el Registrador su obligación de devolver aquél al presentante*». (Y añade: «*Entender que si hay delito procede en todo caso denegar o suspender la inscripción... es demasiado simplista*»). En el mismo sentido, la resolución excusa de estas reflexiones.)

ROCA SASTRE (tomo II, pág. 263, edic. 6.ª, de 1968) afirma —con la ambigüedad que nunca empaña su genio—: «*Aunque el Registrador sospeche o tenga la seguridad (!) de que se ha cometido un delito con ocasión del título que pretende su inscripción, ésta no puede ser negada por aquél, salvo que la comisión del delito resulte del mismo título, en cuyo único caso, según el artículo 101 del Reglamento Hipotecario (hoy 104), rechazará (¿denegará?) la inscripción, dará parte a la correspondiente autoridad judicial, con remisión del documento respectivo...*» (los entre paréntesis son míos).

Es BUENAVENTURA CAMY quien —antes y después de la reforma de 1982— mantiene una postura claramente contraria a la que —desde la resolución

remitión del documento respectivo, Y HARAN CONSTAR ESTA CIRCUNSTANCIA AL MARGEN DEL ASIENTO DE PRESENTACION.

Art. 101 R. de 1947. Idéntico al 79 del R. de 1915

que motiva estas reflexiones— tendremos que entender por correcta. Este autor —en las ediciones anteriores a 1982— era de la opinión de que el asiento de presentación, tras la nota a su margen puesta en el caso del artículo 101 (hoy 104), «*prorrogará su vigencia hasta la terminación del procedimiento que aquélla (la remisión del documento al Juez) origine*»; afirmación que «arrastra» literalmente en la 3.ª edición, de 1983 (tomo V, página 583), ahora tras la reforma de 1982, que claramente fija lo contrario [sin perjuicio de que, como dice AVILA, y también la reciente resolución, quepa una prórroga por la vía indirecta del art. 432, 1, d), del Reglamento Hipotecario].

La confusión de CAMY bien puede derivar de una incorrecta aplicación de la doctrina de la Resolución de 2 de diciembre de 1944, que —como otras, según veremos— fue dictada para el caso de que el Juez ordena al Registrador que se abstenga de operar, doctrina a la que el autor llega incluso a volver del revés, supuesto que si la Dirección General interpretó el artículo 104 en el sentido que interesaba para resolver el supuesto planteado —haciendo decir al precepto reglamentario lo que no decía para el supuesto que él mismo contemplaba, pero que debería decir para poder aplicarse analógicamente al caso que se ventilaba—, CAMY (en el tomo y página citados) pretende que diciendo el artículo 104 lo que **no dice para su propio supuesto** —que el Registrador se abstenga de calificar— ello es también aplicable al caso del mandato judicial; en efecto, el autor afirma: «*Análogo supuesto (al del art. 104) es el de que el Registrador conozca la comisión del delito en los documentos presentados por comunicación que le dirija al efecto el Juzgado o Tribunal que conozca de aquél*». (Dejamos a un lado el examen de la pretendida analogía —para mí inexistente— puesta en juego tanto por la Resolución de 2 de diciembre de 1944 como por CAMY; lo hacemos siguiendo el ejemplo de la Resolución de 20 de abril de 1925: «*sin necesidad de resolver si hay o no analogía perfecta entre el expresado supuesto —el del artículo 79 del Reglamento Hipotecario, hoy 104— y el provocado por la orden judicial*»...)

5. *La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.*—Para concluir, expongo cronológicamente las diversas resoluciones que en precipitada búsqueda he encontrado —ninguna dictada directamente para resolver el supuesto del artículo 104 del Reglamento Hipotecario—, sometiéndolas a la reflexión de los lectores:

Resolución de 19 de diciembre de 1879: Se refiere al supuesto de una escritura de venta en la que, según la nota del Registrador, «no se acredita el estado de viudedad de doña. . (compradora); teniendo el que suscribe fundados motivos para creer que es casada y su marido se halla ausente de la isla de Cuba, debiendo para extinguir toda duda presentar la correspondiente partida de defunción...». También se aducía la falsedad cometida en cierta nota puesta en un documento privado relacionado con aquella escritura.

El Presidente, que en la cuestión de fondo (tracto sucesivo) da la razón al Registrador, dice que, efectivamente, puede pedir la comprobación del estado civil de la compradora; pero respecto a la posible falsedad cometida en el documento privado, el Registrador debe limitarse «al cumplimiento, en su caso, del artículo 58 (hoy 104) del Reglamento General».

La Dirección General también confirma la nota en lo referente al tracto, pero en lo demás establece que «los Registradores sólo deben calificar la capacidad de los otorgantes *por lo que resulte de las mismas escrituras*» ,

y, por tanto, carece el Registrador de atribuciones para exigir nuevos documentos ., sin perjuicio de formular la oportuna denuncia ante los Tribunales si se hubiere cometido el delito de falsificación u otro cualquiera. Y respecto de la simulación de la nota del documento privado, añade que no pudiendo resultar ésta del título presentado, no puede apreciarse por el funcionario para el efecto de calificar la validez o nulidad del contrato celebrado, a reserva de denunciar el hecho a los Tribunales. .

Resolución de 20 de abril de 1925: Se suspende la inscripción de una escritura de venta por ordenarlo así un Juez de Instrucción (que conoce de una querella interpuesta contra la vendedora por persona que dice ser dueña de la finca vendida), haciéndose constar así por nota al margen del asiento de presentación; el comprador recurre, alegando que «el Registrador no ha debido prestar obediencia al improcedente requerimiento del Juzgado , sino inscribir el documento... y acudir en queja contra la imposición de que era objeto».

El Registrador, en su informe, alega que si, conforme al artículo 79 del Reglamento Hipotecario —hoy 104—, el Registrador, cuando entienda o sospeche que el documento pueda motivar delito, tiene obligación de remitirlo a la autoridad judicial, «es evidente que con mucha más razón debe suspender su inscripción, si de un modo oficial y auténtico consta la promoción de sumario judicial por la supuesta comisión de tal delito» .

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador y la Dirección General considera que «*sin necesidad de resolver si hay o no analogía perfecta entre el expresado supuesto (el del art. 79 del Reglamento Hipotecario, hoy 104) y el provocado por la orden judicial...*, una nota que acredita haberse suspendido su inscripción por haberlo ordenado así el Juez , se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales como una especie de anotación por tiempo ilimitado » . (Postura un poco sesgada, quizá porque, como decía el auto del Presidente de la Audiencia, «no es dable en un recurso gubernativo de la índole del presente reformar o revocar un acuerdo dictado por el Juez de Instrucción, . si no se han de invadir atribuciones que la Ley reserva al Tribunal *a quo* previo el ejercicio de los recursos que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal»)

Resolución de 27 de diciembre de 1930: Solicitada por ciertos herederos la inscripción de una escritura de partición, el Registrador deniega la inscripción respecto de una finca que aparece inscrita en el Registro a favor del padre de los herederos, en virtud de otra copia de la citada escritura de partición; los herederos alegan que en la copia de la escritura que causó la inscripción a favor de su padre se cometió falsedad al adjudicar a aquél la finca; el sustituto del Registrador informa que los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales...: El Presidente confirma la nota y los recurrentes se alzan acompañando a su escrito copia de la escritura relacionada para tratar de demostrar la falsedad, en la que «se ven raspaduras y añadidos burdamente hechos a fin de cambiar las adjudicaciones».

El considerando tercero de la resolución establece que: «Considerando que el artículo 79 (hoy 104) del Reglamento Hipotecario, a cuyo tenor. . no es aplicable al caso particular de este recurso, porque la copia en que figuran las raspaduras y añadidos a que se refiere el apelante ha sido unida al expediente en trámites de apelación; pero dadas las afirmaciones categóricas que en tal escrito se formulan, procede que *antes de ejecutar este recurso y de desglosar o devolver los documentos públicos en que se apoya, se pongan en conocimiento del Ministerio Fiscal las alteraciones*

y enmiendas en cuestión, haciendo constar esta circunstancia al margen del asiento de presentación».

Resolución de 2 de diciembre de 1944: Se trata del caso de que el Juez, apreciando la posible existencia de un delito de falsedad en un documento —presentado en el Registro—, ordena al Registrador que se abstenga de practicar operación alguna; la Dirección General, invocando por analogía el artículo 79 del Reglamento Hipotecario, dice que sí, que se abstenga, presentando el documento y prorrogando el asiento hasta que se termine el sumario; dice: «3.º *El artículo 79 del propio Reglamento ordena al Registrador que se abstenga de realizar operación alguna si resultare del título presentado la comisión de un delito*». También se predica, por el Presidente de la Audiencia, para este supuesto, el deber del Registrador de abstenerse de calificar... (La mala interpretación del precepto hecha posteriormente por alguna doctrina bien puede arrancar de la mala interpretación del mismo que esta resolución hace, al hacer decir al artículo 79 del Reglamento Hipotecario —actual 104— lo que no dice, con el fin de utilizar el precepto para un supuesto distinto del contemplado por la norma, de acuerdo con una pretendida analogía que ya fue puesta en entredicho por el propio Centro Directivo en la expuesta Resolución de 20 de abril de 1925.)

Resolución de 18 de junio de 1947 (muy de pasada): «... La calificación de los Registradores está, en general, muy restringida, cuando se trate de testamentos que acepten como válidos los interesados en los mismos, a no ser que la causa que los invalide sea un delito perseguible de oficio» (tomo III, págs. 37 y 59, edic. 1984).

ENRIQUE COLOMER SANCHEZ
Registrador de la Propiedad

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

TERCERIA DE DOMINIO: SU OBJETO NO LO CONSTITUYE LA RECUPERACION DEL BIEN, SINO EL LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO
(SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1987).

Doctrina de la sentencia.—La tercería de dominio tiene por objeto liberar del embargo bienes indebidamente trabados, excluyéndolos de la vía de apremio, para lo que se ha de tener presente la situación de su dominio existente en la fecha en que la traba fue practicada, sin poderse tomar en consideración para ese juicio situaciones surgidas con posterioridad (Sentencia de 14 de diciembre de 1984). La justificación documental del tercerista ha de estar referida a la fecha en que se realizó el embargo, por ser en tal momento cuando se produce la perturbación (22 de junio de 1982), por lo que es irrelevante la adquisición del dominio en tiempo posterior o en fecha que sólo gana eficacia frente a terceros después de la traba. Aunque con indudables analogías, la tercería es distinguible de la acción reivindicatoria, señalándose entre sus diferencias que el objeto de la tercería no lo constituye la recuperación del bien trabado, sino el levantamiento del embargo del mismo, siendo consecuencia de esa especialidad el que antes el problema de la propiedad importe examinar si el demandante de tercería es propiamente tercero, es decir, no el deudor, por ser éste de la otreidad entre el tercerista y el deudor el primero de los requisitos a tener en cuenta, como esencial que es a la acción de tercería de dominio (15 de febrero de 1985).

OFENSAS AL HONOR: NO ES POSIBLE DESLIGARLAS DEL CONTEXTO (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1987).

Doctrina de la sentencia.—Como señala la Sentencia de 3 de julio de 1987, esta Sala ha puesto de relieve en varias resoluciones que la protección jurisdiccional civil a los derechos de la persona al honor y a la intimidad personal y familiar, tanto antes como después de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, debe ser dispensada haciendo aceptación de la índole, características y circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sin que sea legítimo, en supuesto de ofensas al honor inferidas mediante expresiones verbales o escritas, el absolutizarlas mediante extraerlas y desligarlas del contexto del escrito que las contiene, pues, por el contrario, debe estar-se siempre a la totalidad del mismo (Sentencia de 4 de noviembre de 1986), para así inducir el verdadero sentido, siendo obligado asimismo el tomar en consideración el objeto y la finalidad perseguida.

SON DE CARGO DE LA SOCIEDAD GANANCIAL LOS ALIMENTOS PRESTADOS AL MARIDO, SEPARADO DE HECHO (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1987).

Hechos.—Don Diego abandonó el domicilio familiar y fue a vivir con doña Remedios y con el hijo de ésta, don Juan. Don Diego cedió a éste la única finca que poseía (y que era ganancial) a cambio de alimentos. Testó y nombró al mismo don Juan su heredero, legándole a sus hijas lo que les correspondiera por legítima. Parece ser que no quedó más bien sino la finca en litigio. La viuda e hijas de don Diego demandan a doña Remedios y su hijo. No prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Debe tenerse en cuenta que se produjo la entrega de un bien propio de la sociedad conyugal para servir de satisfacción alimentaria al esposo, separado de hecho y ausente del domicilio conyugal, así como de la más mínima convivencia familiar, y que se dirige la acción esgrimida por las actoras a interesar la nulidad de los citados actos *intervivos* y *mortis causa*, y es preciso reconocer el haber ganancial efectuando a tales efectos la liquidación de la sociedad, condición o requisito *sine qua non* para fijar no tan sólo dicho haber, sino si realmente existen bienes gananciales.

Coinciden los autores y la jurisprudencia en afirmar que inciden o gravan a la sociedad de gananciales todas las atenciones y obligaciones de la familia, que por su origen, carácter y finalidad no deban ser imputados particularmente a la responsabilidad unipersonal de uno de los cónyuges, debiendo presuponer, al amparo de la normativa aplicable (artículo 1.408, núms. 1 y 5, hoy modificados), que son de cargo de la sociedad de gananciales todas las obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, salvo prueba en contrario (Sentencias de 28 de junio de 1965 y 6 de octubre de 1980); a mayor abundamiento, con la probada inhibición de los familiares legal y moralmente obligados, constituye, sin duda, una carga familiar dada la urgencia y necesidad de los gastos alimenticios en sentido estricto, calidad que les otorga la condición de proyectables sobre la sociedad de gananciales, o lo que es lo mismo, carga a deducir del haber ganancial.

COMENTARIO.—Centrado el debate en los temas de si constituían o no carga de la sociedad los alimentos prestados al marido que ha abandonado a su familia, y en el de la validez o nulidad del testamento, no se toca, en cambio, lo que parece más obvio: la falta de consentimiento (o asentimiento si los hechos se produjeron antes de la reforma del Código Civil) del cónyuge al acto dispositivo sobre el bien inmueble, realizado a título oneroso, que lógicamente debe provocar la anulación del contrato de cesión de la finca, sin perjuicio de la acción que puedan ejercer los que prestaron los alimentos para ser indemnizados por los herederos.

LA LEY NO AUTORIZA AL JUEZ A QUE SEÑALE PENSION COMPENSATORIA EN SUPUESTOS DE SEPARACION O DIVORCIO (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1987).

Doctrina de la sentencia.—Ni en las medidas provisionalísimas anteriores a la demanda de separación o divorcio (art. 104 del Código Civil), ni en las coetáneas al procedimiento cuando no existe convenio regulador entre las partes, ni en las medidas definitivas a adoptar por el Juez, a que se refiere el artículo 91, figura la pensión compensatoria; si, pues, la Ley no autoriza al Juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias, a que se refiere el artículo 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro; empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio), es claro que no nos encontramos ante norma de Derecho imperativo, sino ante otra de Derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos, si se cumplen los requisitos legales, como derecho concurrente. Y que esto es así en la normativa vigente se desprende de la proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, sobre modificación de determinados artículos del Código Civil, en relación con la Ley 30/1981, entre ellos, el artículo 91, para que el Juez en las sentencias de nulidad, separación o divorcio o en período de ejecución de las mismas, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del convenio, determine las mismas medidas que contempla actualmente el precepto más «la pensión del artículo 97». Si aún no se ha aprobado la modificación pretendida, es claro que ni rige ni puede el Juez, en el estado actual de la Ley, adoptar de oficio tal medida.

LA PROTECCION QUE DISPENSA EL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA NO DERIVA DEL ASIENTO POR EL QUE ADQUIRENTE CONSTATA SU DERECHO, SINO DE LOS ANTERIORES (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1987).

Doctrina de la sentencia.—El concepto de «tercero» con respecto a un determinado contrato, negocio o situación jurídica, corresponde, como entiendo un autorizado sector de la doctrina científica, en un orden civil puro, al que es extraño o ajeno al mismo, y a los efectos que la protección

que la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad significa, en concreto la que deriva de la operancia del principio de fe pública registral que los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria consagran, es «tercero» en el campo del Derecho hipotecario el adquirente que por haber inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, no puede afectarle lo que no resulte de un determinado contenido registral, anterior a su adquisición, aunque en un orden civil puro el título por el que dicho contenido registral tuvo acceso al Registro de la Propiedad adoleciera de vicios que lo invalidaran. Por tanto, la cualidad de «tercero hipotecario» no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno el que inscribe con base en tal acto o negocio jurídico su derecho en el Registro de la Propiedad, pues, como el mismo autorizado sector de la doctrina científica establece, si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero; pero dicho principio no consolida en lo demás el acto adquisitivo del tercero, en el sentido de convalidarlo, sanándolo de los vicios de nulidad de que adolezca. El contenido registral por el que entra en juego la protección que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria dispensa, no deriva del asiento por el que el adquirente constata su derecho, sino de los asientos que le anteceden, siendo éstos los que pregonan con presunción *iuris et de iure* que el Registro, para dicho subadquirente, es exacto e íntegro cualquiera que sea la realidad jurídica extrarregistral.

EL HECHO DE QUE SEA PONENTE UN MAGISTRADO QUE NO HA PARTICIPADO DURANTE LA CELEBRACION DE LA VISTA ENTRAÑA INDEFENSION (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1987).

Doctrina de la sentencia.—En torno al concepto jurídico-constitucional de la indefensión, tiene declarado el Tribunal Constitucional que se caracteriza por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa, que si se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto, respecto de los cuales la sentencia ha de suponer modificación de una situación jurídica individualizada, así como del derecho de realizar los alegatos que se estimen pertinentes para sostener ante el Juez la situación que se cree preferible, y que se produce cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses mediante la apertura del adecuado proceso o la de realizar dentro de dicho proceso las adecuadas alegaciones o pruebas, o cuando se le crea un obstáculo que dificulta gravemente las actividades antedichas.

Tiene igualmente sentado el Tribunal Constitucional que la Constitución, en su artículo 24, consagra como derecho constitucional fundamental y refuerza el derecho de defensa. Este refuerzo supone que, con carácter general, no sólo en el conjunto del procedimiento, sino en cada una de las fases cuya resolución afecte a los derechos o intereses legítimos de

una persona, debe ésta ser oída y deben respetarse el resto de las garantías procesales.

El hecho de que entre a formar parte de la composición de la Sala, en calidad de ponente, un Magistrado que, por no haber participado en la misma durante la celebración de la vista, no ha podido tener la ocasión de oír los informes de los Abogados de las partes, y conocer, por tanto, las alegaciones vertidas por los litigantes en la segunda instancia, integra una disminución, si no anulación, del derecho de las mismas a ser oídas y realizar ante la Sala los alegatos pertinentes para sostener su derecho en el trámite del recurso de apelación, que lesiona su derecho, no sólo constitucional, sino también procesal, a la defensa e integra una evidente indefensión.

PROPIEDAD HORIZONTAL: EL COPROPIETARIO QUE SE AUSENTA DE LA JUNTA NO PUEDE ALEGAR IGNORANCIA DE LO EN ELLA CONVENIDO (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1987).

Doctrina de la sentencia.—Cuando las cuestiones surgidas en el seno de la Junta no merecen, por su naturaleza o importancia económica o jurídica, una convocatoria especial, pueden y deben ser tratadas en la Junta, y será válido el consumo mayoritario que recaiga, y ello nos reconduce a puntualizar que no es pertinente jurídicamente, dentro del contexto explícito de la Ley de Propiedad Horizontal, la ausencia una vez empezada la Junta, por disentir del resto de los concurrentes a ella, para con tal pretexto impugnar los acuerdos celebrados sin el ausente; el disidente tiene a su alcance la impugnación judicial que le ofrece el artículo 16, pero no puede alegar ignorancia de aquello que se conviene por una mayoría, que siendo inicial ya al empezar la Junta o la discusión del tema motivo del debate y objeto de su disconformidad, al ausentarse el disidente, obviamente, logra con ello que se alcance una mayoría más abundante en su contra e incluso unanimidad. Los derechos de los comunitarios han de ser encauzados por las vías que marca la Ley, siendo inoperantes las actitudes de hecho que pretenden desconocer los acuerdos comunitarios mediante un acto *in fraudem legis*.

EN CASO DE FIANZA SOLIDARIA, SI PAGA EL FIADOR, SE APLICA LA NORMATIVA ESPECIFICA DE LA FIANZA, Y NO LA GENERICA DE OBLIGACIONES (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1987).

Hechos.—Los directivos del Levante, U. D., avalaron solidariamente un préstamo que a este club le había hecho la Caja de Ahorros de Valencia. Como al vencimiento no cumplió el Levante, tuvieron que pagar algunos directivos, que ahora demandan al club y a sus antiguos compañeros de Junta.

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que el artículo 1.822, párrafo segundo, en la hipótesis de fiador solidario remite su regulación a las normas de las obligaciones solidarias, no es menos cierto que tal remisión debe tomarse con las necesarias cautelas, pues así como en el aspecto

externo de la garantía, es decir, en la relación acreedor-fiador, son aplicables las disposiciones de las obligaciones solidarias en cuanto aquél puede dirigirse directamente contra el deudor principal o contra el fiador, sin que éste pueda oponerle el beneficio de orden o de excusión, respondiendo como si de un deudor principal se tratase, sin embargo, en el aspecto interno de la garantía, es decir, en la relación fiador-deudor, se aplican las normas propias de la fianza, y así en caso de pago de la deuda por el fiador, éste puede reclamar del deudor principal, según el artículo 1.838, la totalidad de la deuda, los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago y los daños y perjuicios cuando procedan, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones solidarias, en las que el deudor que paga sólo puede reclamar de los codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo. De lo expuesto se desprende que en casos como el presente de fianza solidaria, efectuado el pago por el fiador, se aplica la normativa propia de este contrato de garantía y no la genérica de las obligaciones y contratos.

Si el artículo 1.822, 2, del Código Civil dispone que cuando los fiadores se hayan obligado solidariamente con el deudor, se aplican las normas de las obligaciones solidarias, y si, según dispone el artículo 1.145, 2, el codeudor solidario que paga sólo puede reclamar de sus codeudores solidarios la parte que a cada uno corresponda, con los intereses de anticipo, es manifiesto que la pretensión actora sólo puede prosperar en la parte proporcional que resulte de dividir la deuda total hasta el momento de la presentación de la demanda por los diecinueve obligados.

EL CONSENTIMIENTO ES PRESUNTO CUANDO ES PROBABLE, SEGUN LAS CIRCUNSTANCIAS (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1987).

Doctrina de la sentencia.—El consentimiento es presunto cuando, no siendo expreso, es meramente probable, según las circunstancias. La ilación cierta entre el percibir y retener una parte importante del precio durante casi un año y el consentimiento a la compraventa, se da porque aquel hecho y la actividad desplegada para producirlo, firmando en los talones y presentándolos a la entidad bancaria, aunque no son signos que directamente manifiesten el consentimiento de la mujer a la compraventa, resultan incompatibles con una voluntad diversa del consentimiento cuestionado. Entenderlos, hecho y actividad, de otro modo significaría desconocer la voluntad implícita, pero también necesariamente existente en ellos. No se ha demostrado que la mujer ignorara que percibía esa gruesa suma y la procedencia de la misma durante el lapso de tiempo señalado; por tanto, no es que se deduzca su consentimiento, sino que la ocurrencia encierra o comporta dicho consentimiento, ya que no puede percibirse el precio, como se hizo, sin el antecedente de la compraventa, por lo que no parece pueda hablarse en el caso de presunción, sino de consentimiento tácito. Se trata de una conducta de la mujer inequívoca, por cuanto su existencia no es posible sin que, a su compás, exista en quien la ejerce la voluntad de vender.

VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL: ACTUACIONES PROHIBIDAS AL VENDEDOR (SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 11 del Decreto 3148/1978 y la Orden de 11 de marzo de 1983 se refieren a la fijación del precio de venta del metro cuadrado de superficie útil de las viviendas de protección oficial, y ese precio viene establecido obligatoriamente por la Ley, siendo igual o inferior a 1,2 veces el módulo aplicable en las fechas de la celebración del contrato, cuando la venta tenga lugar antes de la calificación definitiva; este precio inicial será revisable en la misma proporción en que legalmente se revise el módulo, desde la fecha de la compra hasta la de la terminación de las obras; en igual proporción y durante el mismo período de tiempo serán revisables las cantidades entregadas a cuenta por el adquirente de la vivienda; regulación que descarta toda posibilidad: 1.º De rebajar del precio de venta el importe de la hipoteca antes de efectuar las operaciones revalorizatorias del mismo. 2.º Revalorizar el montante del préstamo hipotecario como cantidad entregada por el adquirente, cuando realmente éste las irá amortizando durante muchos años después. 3.º Tomar como fechas para las revalorizaciones otras distintas de las legalmente establecidas o, finalmente, hacer otra clase de interpretación caprichosa de los preceptos legales, tal como el cómputo de plazos para la expedición de la calificación definitiva.

LA PRESUNCION DE INOCENCIA HA DE EXTENDERSE A TODAS LAS CONDUCTAS DE LAS QUE RESULTE UNA SANCION O UNA LIMITACION DE UN DERECHO (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—Viene siendo doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional la que entiende que no toda desigualdad de trato contraría el principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados, de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados, si bien el tratamiento diverso de situaciones distintas puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución Española consagra con el carácter de superiores del ordenamiento jurídico, como son la justicia y la igualdad, siendo de destacar que ese derecho de igualdad ante la Ley impone al legislador y a quienes aplican la Ley la obligación de dispensar un mismo trato a quienes se encuentran en situaciones jurídicas equiparables, con prohibición de toda discriminación o desigualdad de trato que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable.

Una correcta interpretación de la presunción de inocencia, a que se refiere el artículo 24, 2, de la Constitución, obliga a entender que se trata de un derecho fundamental que no puede quedar reducido al campo de las presuntas conductas delictivas, sino que ha de extenderse también a las conductas administrativas o jurisdiccionales de las que resulte no sólo una sanción, sino también una limitación de derecho, y cuyo derecho fundamental en su contenido viene significado por cuanto toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria que si, por una parte, im-

pide la condena sin pruebas, por otra, se entiende que las tenidas en cuenta han de ser tales y constitucionalmente legítimas.

A LA NOVACION MODIFICATIVA NO LE ES APLICABLE EL RIGORISMO DE LA EXTINTIVA (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—La declaración terminante de voluntad que exige el artículo 1.204 del Código Civil para que se aprecie la existencia de una novación extintiva, no es aplicable con el rigorismo que de dicho precepto se deduce a la simplemente modificativa o impropia, que, como expuso la Sentencia de esta Sala de 11 de julio de 1985, está admitida en nuestro Derecho, según lo demuestran los términos en que está redactado el párrafo inicial del artículo 1.203 del propio Código, en cuanto expresa que «las obligaciones pueden modificarse», ya que para estimar la existencia de una novación modificativa basta que el concierto de la misma se desprenda de hechos que tengan virtualidad suficiente para apreciarla, sin necesidad de constancia de carácter documental.

Los límites que separan la novación extintiva de la modificativa, en cuanto la misma se opera por variación del objeto o condiciones de la obligación, son harto imprecisos, por lo que ha de atenerse a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para determinar la existencia de una u otra.

NO TIENEN CARACTER DE DOCUMENTO LAS MANIFESTACIONES TESTIFICALES (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—No tienen carácter de documento, a efectos de casación, las manifestaciones testificales, pues siendo un medio de prueba que viene atribuido en su apreciación a las reglas de la sana crítica, que no tienen una definición legal, carecen de la consideración de evidencia clara e inequívoca, sin necesidad de tener que acudir a razonamientos o deducciones, que se exige para apreciar error de hecho; los artículos 1.248 del Código Civil y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no son aptos para apoyar el recurso de casación, al no contener normas valorativas de prueba alguna, de obligada observancia, sino de simple carácter admonitivo, por lo que la apreciación de este medio de prueba es facultad discrecional de los Tribunales de instancia, además de que las reglas de la sana crítica son simples máximas de experiencia que no han sido codificadas (Sentencias de 23 de abril de 1956, 29 de noviembre de 1969 y 22 de diciembre de 1983).

EL CONCURSO DE ACREEDORES IMPLICA EMBARGO. LA ACCION DE TERCERIA ES DECLARATIVA DE LA TITULARIDAD. PARA TRANSMITIR ES MENESTER LA TRADICION (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.913 del Código Civil señala el supuesto en el que el deudor ha de presentarse en concurso, sin poder solicitar quita y espera, y el artículo 1.175 regula una de las formas de pago, la que tiene lugar por cesión de bienes, a la que se puede llegar mediante convenio, pero sin que la conjunción de estos preceptos permita sacar la conclusión que obtiene el recurrente de que el procedimiento concursal de acreedores no implica embargo y sí sólo una cesión de bienes, pues de la simple lectura de tales preceptos se deduce lo contrario.

La jurisprudencia viene perfilando la naturaleza de la tercería al señalar que, aunque con indudable analogía, no siempre puede identificarse con la acción reivindicatoria, ya que la primordial finalidad de la pretensión actuada en la tercería de dominio es el levantamiento de la traba de embargo afectante al bien que sea su objeto, por lo que conviene más a la acción del tercerista el carácter de declarativa de la titularidad dominical del bien embargado y consiguiente levantamiento de una traba que recayó sobre bienes que no eran de la propiedad del deudor ejecutado.

Si bien «transmitir» significa trasladar, transferir, enajenar o dejar a otro un derecho u otra cosa (véase *Diccionario de la Real Academia*), sigue vigente la doctrina jurídica contenida en el artículo 609 del Código Civil, conforme al cual la propiedad y los demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, de manera que de los contratos sólo nacen acciones personales para poderse exigir los contratantes las obligaciones que eventualmente contraen; pero para acreditar la propiedad, para ejercitar los derechos correspondientes al dominio, se requiere la tradición.

LA SENTENCIA CIVIL PUEDE COMPLEMENTAR A OTRA PENAL PARA SUPUESTOS QUE EN ELLA NO SE TUVIERON EN CUENTA (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—Es sabida y proclamada por constante jurisprudencia la prevalencia de la sentencia penal condenatoria sobre la civil en aquellos supuestos en los cuales unos hechos ilícitos, culposos o negligentes, sean al propio tiempo constitutivos de delito o falta, en el orden de fijación de los elementos constitutivos del ilícito penal y de sus consecuencias en la responsabilidad civil, de tal manera que dictada una sentencia penal condenatoria, no puede una sentencia civil posterior volver sobre el mismo asunto para suplir sus posibles errores o deficiencias. Pero la aplicación de esta doctrina requiere que no se vuelva sobre hechos ya establecidos en la sentencia penal; mas, en principio, la sentencia civil puede servir de complemento a una penal para supuestos que en ella no se tuvieron ni se pudieron tener en cuenta, y fundamentalmente ante la presencia de unos resultados de la conducta delictiva imprevisibles en el momento en que se dictó la sentencia penal, se admite la posibilidad de pedir, por vía civil, la indemnización de aquellos resultados no previstos,

pues sería una artificiosa solución, contraria a la naturaleza de las cosas, aquella que pretenda negar la innegable realidad de un daño sobrevenido como consecuencia de una actuación ilícita que cuando fue juzgada presentaba mejores perspectivas, dentro de las posibilidades, siempre fallibles, de los criterios de valoración que en aquel momento se podían aplicar racionalmente, pero que han sido desbordados por la realidad. En tales casos, ante la imposibilidad de plantear otro proceso penal para reanudar la conducta básica, si se negara la viabilidad de la pretensión de resarcimiento por medio de un proceso civil, se produciría un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24, 1, de la Constitución, pues se negaría el derecho a obtener la tutela efectiva de unos derechos y de unos intereses legítimos.

NOVACION MODIFICATIVA POR CAMBIO DE LOS ELEMENTOS PERSONALES: LA OBLIGACION PERMANECE INALTERABLE (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—Nuestro Código Civil utiliza el mecanismo de la novación cuando de la cesión de créditos se trata, bien lo sea activa o pasiva, esto es, de un crédito o una deuda, y así dice en su artículo 1.203 que las obligaciones pueden modificarse sustituyendo la persona del deudor o subrogando a un tercero en los derechos del acreedor, y aunque para la doctrina moderna sea un acto o negocio abstracto, es lo cierto que la cesión es el modo operativo de la transmisión de obligaciones a cuya virtud el cedente desaparece de la relación jurídica transmitida, mientras el cesionario ocupa su puesto mediante la subrogación, si lo es de créditos, o la asunción, si lo es de deudas; con ello hay un cambio en los elementos personales de la relación jurídica, de tal forma que el subrogado o asumiendo pasa a constituir nuevo elemento, pero bien entendido que es lo único que cambia, pues en lo demás la obligación queda inalterable o invariable en su total contenido y características; si de crédito se trata, el deudor no responde hacia el cesionario de una obligación distinta, sino de la misma obligación, en su total integridad e identidad, en cuyo sentido ya cuida nuestro Código de hablar de novación modificativa, diferenciándola de la extintiva, y en su conformidad sanciona el artículo 1.212 del propio Código que la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas, exponente de aquella identidad obligacional a la que la subrogación no ha de significar sino un mero cambio de acreedor, permaneciendo idéntica la obligación.

EL CASO FORTUITO HA DE SER IMPREVISIBLE E INEVITABLE. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EXIGE INCOMPATIBILIDAD ENTRE LOS ACTOS (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—En torno al caso fortuito tiene declarado esta Sala que el requisito de la previsibilidad es esencial para generar culpa extracontractual, porque la exigencia de prever hay que considerarla en la

actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias desde el momento en que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser y sin que a ello obste la teoría de la inversión de la carga de la prueba por causa del riesgo. Se entiende por caso fortuito todo suceso imposible de prever, o que previsto sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa alguna del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, por lo que para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable, y que cuando el acaecimiento dañoso fue debido a incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito. La responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial hacia un sistema que sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y al principio de que ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por el tercero.

La doctrina de los actos propios ha sido desarrollada por esta Sala en el sentido de que el principio en cuestión, basado en la necesidad de proteger la buena fe y la confianza, amén de la apariencia y estabilidad de las situaciones jurídicas, exige, para que su autor quede ligado frente al sujeto pasivo de los mismos, una palmaria contradicción entre lo realizado por el primero y la acción que luego el propio interesado ejercita, o lo que es igual, que exista un nexo de causalidad eficiente entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido, habiéndose matizado dicha doctrina por la jurisprudencia en el sentido de que no merecen la calificación de actos propios los que no dan lugar a derechos y obligaciones o no se ejecuten con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo los actos contra los que no es lícito actuar aquellos que, por su carácter trascendente o por constituir convención, causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, situación jurídica o de hecho que no podrá ser alterada por quien se hallaba obligado a respetarla.

EL ARTICULO 1.258 DEL CODIGO CIVIL SE REFIERE A LA BUENA FE OBJETIVA (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.258 del Código Civil extiende la responsabilidad contractual no sólo a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias, derivaciones o incidencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, refiriéndose la buena fe de este precepto no a la subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la que se alude en el artículo 7 del propio Código, que consagra como norma el principio general de Derecho de ese nombre (Sentencia de 8 de julio de 1981).

CARACTERISTICAS DE LA RESCISION POR LESION «ULTRA DIMIDIUM» (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—La rescisión por lesión *ultra dimidium*, figura rescisoria peculiar del Derecho civil catalán, aparece recogida en el artículo 323 de la Compilación, aprobada por Ley de 21 de julio de 1960, y en el artículo 321 de la actual de 1984. Característica y a la vez razón de ser de la misma, es la falta de equivalencia entre la prestación del adquirente respecto del enajenante, falta o defecto al que el artículo 323 (actual 321) de la Compilación señalan un fundamento objetivo consistente en que el referido «equivalente» no sea inferior a la mitad del justo precio, toda vez que si superase dicha medida, el contrato sería rescindible; en relación con esa equivalencia, se cuida la Compilación de señalar en el artículo 324 (actual 323, párrafo segundo) lo que debe entenderse por justo precio, señalando a tales efectos como elementos o aspectos a tener en cuenta para tal determinación no sólo el valor en venta que tuvieren las cosas al otorgarse el contrato, sino también un aspecto confrontativo representado por la puesta en relación con otras cosas de iguales o análogas circunstancias en la respectiva localidad. Por último, ha de ponerse de relieve que siendo la determinación del precio justo una cuestión de hecho, es al Tribunal de instancia a quien corresponde aquella determinación.

EL ACREEDOR HIPOTECARIO NO PUEDE EJERCER LA ACCION DE TERCERIA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—Es incuestionable que en el actor tercerista no concurría esa imprescindible condición de propietario que lo legitimaría para el ejercicio de la acción, dado que, basándose para ello en su carácter de acreedor hipotecario, la hipoteca sólo le concedía —como se establece en los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria— el derecho a hacer efectivo su crédito sobre los bienes hipotecados, cualquiera que fuera su poseedor, pero sin atribuirle en modo alguno el carácter de propietario, como se desprende no ya del propio carácter de la hipoteca como derecho real de garantía del acreedor sobre la cosa del deudor, sino incluso de los propios términos del artículo 1.859 del Código Civil, que prohíbe a aquél apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca ni disponer de ellas.

REQUISITOS PARA QUE PROSPERE LA ACCION RESOLUTORIA (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—Tiene reiteradamente declarado esta Sala que para que la acción resolutoria por incumplimiento contractual pueda prosperar es preciso que quien la alegue acredite en el proceso correspondiente los siguientes requisitos: Primero. La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron. Segundo: La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad. Tercero: Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían. Cuarto: Que semejante resultado se haya producido como

consecuencia de una conducta obstativa de éste, que de un modo indubitado, absoluto, definitorio e irreparable la origine; actividad que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte. Quinto: Que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriere como consecuencia del incumplimiento anterior del otro.

DOBLE VENTA: EL PRINCIPIO DE LA FE PUBLICA REGISTRAL HACE QUE LA INSCRIPCION SUPERE A LA TRADICION (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—Hay que partir siempre de la existencia de la buena fe del segundo comprador, que constituye el *substratum* sobre el que opera este fenómeno jurídico inmobiliario, cuya esencia es la protección del tercero hipotecario, para no hacer una entelequia de la institución hipotecaria y una mera ilusión del que negocia con buena fe; y ciertamente que si para estar amparado el adquirente del titular registral precisara del requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el conocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad, lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan. Por ello y en clara protección, sin remilgos, del adquirente de buena fe del titular registral, queda justificada la aplicación de los artículos 1.473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria, quedando a salvo los derechos de orden personal del primer adquirente.

Si no hubiera habido inscripción, el favorecido es el primero en la posesión, porque con ella ha anudado su título dominical con la tradición, requisito imprescindible para adquirirlo (modo); pero habiendo inscripción, y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral, contando obviamente con la buena fe del comprador inscrito.

EL «PACTUM DE FIDUCIA CUM CREDITORE» NO ES SIMULADO, SINO REAL Y OCASIONA UNA TRANSMISION BASADA EN LA BUENA FE, CON EFECTOS VINCULANTES PARA LAS PARTES (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—Nos hallamos ante unas ventas en garantía, ante el *pactum de fiducia cum creditore*, que ya la sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1982 definió como negocio en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de transmitirlo a su anterior propietario

cuando la obligación asegurada se haya cumplido (*pactum fiduciae*), sin que, por tanto, pueda motejarse de contrato ficticio, aparente, simulado o disimulado, sino real y existente y querido por las partes contratantes, que lo elaboran mediante un acto formal mixto e integrado por dos independientes, como enseña la Sentencia de 8 de marzo de 1963, pero de finalidad unitaria, uno de naturaleza real, por el que se transmite el dominio, y otro de carácter obligacional, que constriñe a la devolución de lo adquirido para cuando la obligación crediticia, que el primero asegura, se haya saldado. La *causa fiduciae* no consiste en la enajenación propiamente, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde. La teoría científica más reciente se aparta del «doble efecto» y prescinde de la sustantividad de la *causa fiduciae* como comprendida en el artículo 1.274, no obstante lo cual la titularidad formal habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido y el fiduciante respetar la situación anómala creada, y la validez de lo acordado entre las partes, asistiéndole al fiduciario, en tanto no se produzca el cumplimiento, un *ius* o *titulus retinendi*, que no permite se le imponga la restitución, al no haber un simple préstamo, sino un contrato que entraña mayores efectos, pues ocasiona una transmisión basada en la buena fe, con efectos vinculantes para fiduciante y fiduciario, sin que procedan la nulidad de la escritura de compraventa y la cancelación del asiento registral, una vez descartada la simulación absoluta; en el mismo sentido, la Sentencia más reciente de 6 de abril de 1987. Por lo mismo, no regulado especialmente en nuestro ordenamiento jurídico el pacto que nos ocupa, tampoco pugna la doctrina expuesta con el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a efectos de la no inscripción de una escritura en la que se otorga un contrato con la denominación de venta en garantía (Resolución de 30 de junio de 1987).

COMENTARIO.—Pese a lo que diga la propia sentencia, su doctrina pugna, poco menos que frontalmente, con el criterio de la Dirección General. En efecto, el Supremo reconoce que el dominio se transmite al fiduciario, ya que dice que «ocasiona una transmisión basada en la buena fe, con efectos vinculantes para fiduciante y fiduciario, sin que procedan la nulidad de la escritura de venta y la cancelación del asiento registral, una vez descartada la simulación absoluta». En cambio, la Dirección niega virtualidad alguna transmisiva (como título) a este pacto, al decir que «la misma esencia de la garantía le priva de virtualidad suficiente para justificar una transmisión definitiva del dominio pleno; a lo sumo, podría fundar una transmisión eventual a consolidar en caso de incumplimiento, pero tal hipótesis choca con la prohibición legal del pacto comisorio, proclamada, entre otros, en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil».

Esta figura del negocio fiduciario presenta grandes analogías con la compraventa con pacto de retro, que tiene la misma finalidad de garantía del cumplimiento de una deuda y que es un negocio jurídico plenamente reconocido y regulado por el Código Civil, y así, ya las Sentencias de 18 de febrero de 1965 y 21 de marzo de 1969 establecían estas semejanzas. El Supremo mantiene, por tanto, un criterio más abierto y acorde con la voluntad de las partes que el muy restrictivo de la Dirección General.

EL PRESIDENTE OSTENTA LA REPRESENTACION ORGANICA DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—Conforme a la jurisprudencia de esta Sala, al Presidente de la Comunidad le viene atribuida la representación de la misma en juicio y fuera de él, en los asuntos que la afecten; representación que no es la ordinaria que se establece entre representante y representado, sino la orgánica, en cuya virtud la voluntad del Presidente frente al exterior vale como voluntad de la Comunidad, de la que es órgano de manifestación.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: REQUIERE APRECIACION DE CAUSA A EFECTO (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1988).

Hechos.—La viuda e hijos de una de las víctimas del incendio del Hotel Corona de Aragón demandan a la Compañía propietaria del mismo. La demanda se rechaza, al aceptar la sentencia como hecho probado que se introdujeron por personas desconocidas elementos inflamables.

Doctrina de la sentencia.—Si, ciertamente, la actual orientación jurisprudencial, en orden a la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, se viene produciendo en el sentido de que en determinadas circunstancias la responsabilidad se presume culposa, lo que impone que el autor del daño deba acreditar en tales supuestos haber actuado con la diligencia y cuidado que requieren las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes, es igualmente exacto que en todo caso era manifestación objetivista, que mana del principio de Derecho *ubi commodus, ibi est incommodus*, y requiere, por esencia de las bases informadoras de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, la apreciación de causa a efecto de la acción u omisión culposa que se alega y el daño que se pretende producido, cuya apreciación sólo es adecuada cuando exista una verdadera relación entre el hecho generador y su resultado, es decir, en la culpa extracontractual, la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido, debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal y concretamente de las dimensiones filosóficas que agrupan, de un lado, a los partidarios de la causa eficiente y, de otro, a los que más bien se apoyan en el principio de razón suficiente, ni adoptar una postura intermedia a favor de la *conditio sine qua non*, o del factor predominante, de la circunstancia principal o de cualquier otro elemento.

Si tenemos presente la doctrina hasta aquí expuesta, habida cuenta que entre los hechos probados figura el de que no guarda relación la escasa entidad del incendio provocado en la freiduría del hotel, que normalmente hubiese sido sofocado con los medios existentes a tal fin, con las catastróficas consecuencias que se originaron, así como el que sostiene la interferencia en la causa originante del incendio de un elemento extraño colocado por personas desconocidas, elemento que pudo ser napalm, no cabe duda que resulta lógica y ajustada a Derecho la conclusión a que llega la resolución que se recurre de que el nexo causal entre

el incendio de la churrería y el resultado dañoso habido quedó interrumpido por la introducción de un elemento extraño explosivo, y al no existir relación de causalidad entre la presunta conducta negligente de los empleados del hotel y el resultado lesivo originado, no puede hablarse de responsabilidad extracontractual por parte de los demandados.

DIFERENCIAS ENTRE LA DONACION CONDICIONAL Y LA MODAL. EL PLAZO PARA PEDIR LA REVOCACION DE DONACIONES LO REDUCE LA DOCTRINA MAS PROGRESISTA A UN AÑO (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—La doctrina científica y la jurisprudencial distinguen, por sus efectos, a las donaciones en puras, cuando la liberalidad no tiene otro propósito que el de favorecer al donatario; condicionales, cuando la existencia de la relación jurídica depende de un acontecimiento futuro o incierto; modales, en las que se expresa un motivo, finalidad, deseo o recomendación, y, finalmente, las onerosas, aquellas en las que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo que es objeto de la donación. Las donaciones con cláusula de revisión necesariamente hay que incluirlas en la modalidad de donaciones condicionales, en su verdadera acepción técnica, pues tal pacto supone el recobro por el donante de lo que regaló o el paso de lo donado desde el donatario a terceras personas (con el límite de las sustituciones fideicomisarias), pudiendo establecerse la reversión tanto en favor del donante como del tercero, no sólo para si ocurre cierto suceso, y entonces serían condicionales, sino también para cuando llegue cierto tiempo, y entonces serían a plazo; entendiéndose que la reversión acordada en favor del donante, y en el caso de que hubiere muerto de sus herederos, habrá de corresponder a éstos si viviesen al cumplirse la condición puesta para la reversión; conservando el donatario las facultades propias del titular de los bienes donados, si bien bajo la amenaza de perderlos si acontece el hecho reversional, y gozando tal hecho de la naturaleza propia de una condición resolutoria, bajo la que se hizo la donación, y cuyo cumplimiento producirá automáticamente la resolución de la misma; conjunto de elementos que han llevado a la mayoría de la doctrina a equiparar esta institución con la fideicomisaria. La donación con carga modal del artículo 647 del Código Civil supone, en cambio, una institución en la que el donante ha exigido al donatario la concurrencia de un modo, finalidad, carga, motivo o recomendación, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la revocación o resolución de un contrato que, en principio, nació irrevocable, pudiendo quedar sin efecto después por la existencia de tales incumplimientos y provocando un juego semejante al del artículo 1.124 del Código Civil, si bien con la notable diferencia de que los efectos no se producen *ipso iure*, facultándose, por el contrario, al donante para pedirlos judicialmente.

Queda en pie la determinación del plazo para ejercitar la acción de reversión, duración que, ante el silencio legal, la mayoría de la doctrina se ha encargado de fijar en cuatro años, alegando para la no aplicación de la regla general expresada en el artículo 1.964 del Código Civil las siguientes razones: A) La necesidad de un plazo breve que impida la prolongación innecesaria de una situación de pendencia. B) La similitud de la

revocación con la rescisión o resolución. C) La breve duración de otras acciones de revocación de donaciones. Este criterio mayoritario de los cuatro años está razonablemente superado por la doctrina más progresista, que lo reduce a sólo un año, con base en argumentos más armónicos dentro de la propia regulación que el Código Civil hace del instituto de las donaciones: Primero, en aplicación del artículo 652 del mismo Código, dada la similitud entre la revocación por ingratitud y por incumplimiento de cargos. Segundo, existe unidad armónica entre los artículos 647, 1.º, y 648, 1.º, por lo que también debe de existir unidad respecto a la acción de revocación para ambos supuestos. Tercero, si la jurisprudencia viene aplicando el artículo 653, 1.º, en lo que respecta a la transmisibilidad de la acción de revocación a los herederos del donante, en el caso de incumplimiento de cargas, debe seguirse igual criterio en lo que atañe al artículo 652.

«REFORMATIO IN PEIUS» (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—La figura prohibitiva de la *reformatio in peius* no opera cuando el principio dispositivo a impulso de la apelante, le abre el camino al Tribunal Superior para que enjuicie y se pronuncie sobre el fondo del tema controvertido.

A LOS EFECTOS DEL SEGURO, EL INCENDIO SE ENTIENDE PRODUCIDO TAMBIEN POR COMBUSTION (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—Ha de entenderse que el incendio legalmente se entiende producido a efectos del seguro, no solamente por abrasamiento con llama, sino por combustión, es decir, sin flama, ya que en su aspecto químico consiste en «combinación de un cuerpo combustible con otro comburente», y físicamente es la que se produce naturalmente en diversas sustancias sin la aplicación de una llama, sin que en uno u otro caso se produzca «la masa gaseosa en combustión que se eleva de los cuerpos que arden», en que consiste la llama.

SIN UNA NOTIFICACION CORRECTAMENTE EFECTUADA, SE PRODUCE EL PERJUICIO DE LA LETRA (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—Tras la reforma de 1967, el protesto constituye un proceso o acto notarial complejo, del que forma parte esencial la diligencia de notificación al librado, y que si bien es verdad que es cuestión que incumbe al Notario, no por eso es menos cierto que sin una notificación correctamente efectuada se produce el perjuicio de la letra, con la consiguiente pérdida de las acciones cambiarias regresivas, tanto en vía ordinaria como en vía ejecutiva; pérdida contra la cual no cabe alegar que había sido debido a circunstancias de fuerza mayor. Aunque los artículos del Código de Comercio que se refieren al protesto adolecen de cierta

imprecisión, en la medida en que unos aluden al protesto en sentido lato, esto es, comprensivo de la notificación, y otros, en cambio, parecen referirse sólo a la «protesta» (acto exclusivo del tenedor, en virtud del cual insta del Notario el levantamiento de protesto), no cabe deducir de esto, sin embargo, que para la conservación de la vía regresiva basta con la diligencia del tenedor en la «protesta» estricta, pues esta idea, que podría deducirse de una interpretación literal del artículo 483 del Código de Comercio, resulta insostenible a la vista de la interpretación histórica de la normativa del Código, que nos recuerda la mejor doctrina especializada al sostener que se trata de un precepto que, inadvertidamente, no fue adoptado al régimen de la reforma ya citada de 1967, donde se consideraba necesario un protesto notificado al librado, sin lo cual, y con independencia de la actividad del Banco tenedor, la letra quedaría perjudicada.

LOS PACTOS DE EXCLUSIVA NO DEBEN SER ILIMITADOS EN CUANTO AL TIEMPO (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—En torno al llamado pacto de exclusiva ha sentado esta Sala las siguientes conclusiones: Primera, que dicho pacto, al orientarse en el sentido de evitar la concurrencia en el mercado, entraña una restricción a la libertad comercial de los contratantes, que, como tal, no debe interpretarse en sentido amplio, sino limitado. Segunda, que dado el *intuitu personae* que juega en los contratos de distribución de productos con pacto de exclusiva, por la repercusión que en el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro, se suele acompañar en la práctica mercantil, cuando se concierta sin fijación de plazo, de una cláusula de resolución *ad nutum*, con exención de resarcimiento de daños y perjuicios, que actúa como válvula de seguridad para compensarles del riesgo que mutuamente corren. Tercera, que éste es el criterio seguido por nuestro Código Civil para todos aquellos supuestos en que entre los interesados medien relaciones u obligaciones por tiempo indefinido, según se infiere de sus artículos 400, 1.052, 1.705, 1.732 y 1.750, e incluso de otros textos legales, como el artículo 279 del Código de Comercio. Cuarta, que tanto las legislaciones extranjeras como las disposiciones vigentes en nuestro país que tratan de estas materias, adoptan medidas para evitar la prolongación *sine die* de los pactos de exclusiva estipulados por tiempo indefinido, bien concediendo a ambos contratantes la facultad de desistimiento unilateral, como sucede en el artículo 1.569 del Código Civil italiano, ya señalando un plazo máximo de duración para los mismos. Quinta, que la jurisprudencia de esta Sala proclama en sus Sentencias de 18 de marzo de 1966 y 28 de mayo del mismo año, la necesidad de que dichos pactos no fueran ilimitados en el tiempo ni en el espacio, lo que da lugar a que el empleo de la denuncia unilateral del contrato no implique abuso en el ejercicio del derecho, por no darse éste cuando la persona a quien se atribuye no traspase los límites de la equidad ni de la buena fe. Sexta, que si no se pacta la fecha en que el contrato debe dejar de producir sus efectos, no puede exigirse indemnización, pues podrá darse por concluido en la fecha que convenga al interés de las partes. Séptima, que la revocabilidad de los contratos de concesión en exclusiva, establecidos sin límite temporal, por la sola voluntad de uno

de los contratantes, debe entenderse sin perjuicio de las consecuencias de todo orden, singularmente indemnizatorias, que podrán acompañar a la actuación de las partes que decidieren abusivamente la resolución del vínculo.

LA FIANZA PUEDE SER REVOCADA MIENTRAS NO CONCURRA ACEPTACION DEL ACREEDOR (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—La fianza convencional, como contrato consensual que es, se perfecciona por el consentimiento o concurso de la oferta y la aceptación, y con anterioridad a ésta por el acreedor, haya intervenido o no el deudor, que no es indispensable, no hay verdadera obligación para el fiador, hallándonos entre tanto ante una mera oferta, que puede ser revocada de no mediar plazo, al no existir declaraciones de voluntad concurrentes; y constando el fallecimiento del oferente, no cabe que los efectos de la oferta sean transmisibles a sus causahabientes, a quienes sólo podría vincular de haberse perfeccionado el contrato en vida del *de cuius*, pero no al carecer de existencia en el momento de producirse la apertura de la herencia, debiendo recordarse que la fianza es contrato y que cuando se habla de unilateralidad, se hace referencia no a su nacimiento (es consensual), sino a que de él nacen obligaciones para una sola de las partes, pero siempre y cuando se haya perfeccionado, lo que no se produce con una simple manifestación de voluntad recepticia, pues se requiere la conjunción de voluntades.

LA MODERACION DE LA CLAUSULA PENAL POR EL JUEZ NO ES REVISABLE EN CASACION (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1988).

Doctrina de la sentencia.—Es pacífica y reiterada la doctrina de esta Sala, en el sentido de entender que el precepto que contiene el denunciado artículo 1.154 constituye un mandato para el Juez, en el sentido de moderar equitativamente la pena; pero en cuanto la Ley remite al concepto de equidad (art. 3, 2, del Código Civil), es también una facultad de arbitrio en cuanto al montante de la moderación, por lo que esta facultad no es susceptible de recurso de casación, o dicho de otro modo, no es revisable por el Tribunal Supremo, al tratarse de un juicio de equidad.

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RETRACTO.—LA LEY DE UNIDADES MINIMAS DE CULTIVO DE 1955 FUE DEROGADA POR LA DE REFORMA Y DESARROLLO AGRARIO DE 1973. NO SE HA PROBADO LA CONDICION DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA DEL RETRAYENTE (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1986).

En el Juzgado de Pola de Lena se interpone demanda de retracto rústico contra el comprador de unas fincas arrendadas. Se estimó parcialmente

la demanda, es decir, sólo en cuanto a una de ellas, y la rechazó respecto a las demás, pero la Audiencia rechazó totalmente la demanda en la apelación.

No prospera la casación. No puede admitirse la infracción de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954, ya que fue derogada por la de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973. Lo mismo ocurre con la de Concentración Parcelaria de 1962, que fue derogada por la misma Ley. Sí rige la Orden de 27 de mayo de 1958, que fija las unidades mínimas en cada comarca, ya que la Ley de 1973 sólo deroga las normas de carácter general, salvo en aquellas Comunidades en que ha sido transferida la materia de reforma y desarrollo agrario, habiéndolo sido a Asturias después de la compraventa originadora de la acción de retracto. No se prueba la condición de profesional de la agricultura del retrayente, que es maquinista de Hunosa, introduciéndose ahora en casación la alegación de ser cultivador personal, diciendo que los cultivadores personales son considerados siempre profesionales de la agricultura, según el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pero este carácter debe ser probado según la Sentencia de 31 de diciembre de 1985. Tampoco se funda la sentencia de instancia en la actuación conjunta de los arrendatarios en el ejercicio del retracto, sino por faltar en uno de los actores el requisito fundamental de la profesionalidad agraria, y si uno de los retrayentes no la tiene, queda sin Arrendamientos Rústicos, pero este carácter debe ser probado según la *Sentro indiviso*.

RETRACTO.—EL RETRAYENTE RENUNCIO AL EJERCICIO DEL RETRACTO EN UN DOCUMENTO PRIVADO, RECIBIENDO UNA INDEMNIZACION POR ESTA RENUNCIA, SIN QUE PUEDA ALEGAR DESCONOCIMIENTO NI DEL OTORGAMIENTO DE LA COMPRAVENTA NI DEL PRECIO VERDADERO DE LA ENAJENACION (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1986).

La demanda de retracto arrendaticio fue rechazada por el Juzgado de Teruel y por la Audiencia de Zaragoza.

No tiene mejor éxito la casación. El recurrente admitió en la prueba de confesión judicial ser suya la firma de un documento privado en el que recibió la suma de un millón de pesetas como indemnización por la renuncia al ejercicio del retracto, con facultad de poder continuar en el disfrute de la finca, como precarista, hasta final de 1984, y, por tanto, conoció el precio real de la compraventa, que era el de nueve millones, y hacía renuncia a su derecho a retraer. La sentencia de instancia se acomodó, por tanto, a los términos del artículo 1.255 del Código Civil, sin tener en cuenta el reflejado en la escritura de 2.300.000 pesetas. No puede aceptarse la falta de conocimiento del otorgamiento de la referida escritura ni de la notificación fehaciente del propósito de enajenar, ya que han sido suplidos por dicho documento privado, pues ninguna notificación más fehaciente que la personal intervención en el acto de enajenación de quien debía ser notificado y la verdadera enajenación se produjo con el otorgamiento del documento privado, en el que constaba el precio realmente convenido, que era la condición puesta para la efectividad de la renuncia al derecho de retracto, renuncia que viene provista de los necesarios requisitos de preci-

sión, claridad y aspecto terminante que vienen siendo jurisprudencialmente exigidos para su acogida.

RETRACTO.—LA REFORMA DEL NUMERO 3.º DEL ARTICULO 132 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS, POR LA LEY 34/1984, DE 6 DE AGOSTO, NO SIGNIFICO QUE LOS JUICIOS HASTA 200.000 PESETAS TUVIERAN ACCESO A CASACION, YA QUE UNA INTERPRETACION EXTENSIVA PRIVILEGIARIA A LOS RUSTICOS RESPECTO A LOS OTROS RETRACTOS Y RESPECTO A LOS OTROS JUICIOS EN GENERAL (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1986).

Admitida la demanda de retracto por el Juzgado de Cazorla, la Audiencia, en apelación, la rechaza.

No triunfa la casación. La cuantía del arrendamiento es de 125.000 pesetas y se plantea si debe tener acceso a casación. La Audiencia, al preparar el recurso, dijo que la denegación de un recurso legal establecido, hecha en forma arbitraria, puede constituir una violación de las garantías procesales constitucionalizadas, lo que induce a estimar que cualquier duda que pudiera plantearse habría de ser resuelta en el sentido de conceder a las partes los mayores medios posibles para la defensa de sus derechos sin coartarles la interposición de un recurso que encuentra su encaje en determinados preceptos legales; criterio que no puede ser compartido, ya que ha de sentarse con seguridad cuándo las sentencias recaídas en apelación en los juicios rústicos son o no accesibles al recurso extraordinario de casación. La interpretación extensiva significaría que la reforma del número 3 del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, por el artículo 7 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, había creado el acceso a la casación de los juicios hasta 200.000 pesetas, que no lo tenían con arreglo a la redacción originaria de la Ley de 1980, y que estaban sujetas a los límites del Reglamento de 1959 y la Ley de 1953. Tal conclusión contradiría el rasgo característico de la reforma de 1984 de atemperar la Ley de Enjuiciamiento Civil a la devaluación monetaria. Entenderlo de otro modo privilegiaría a los rústicos frente a los otros retractos y respecto a los otros juicios sobre la materia que el ordenamiento jurídico reconoce. De todas formas, el recurso habría de ser desestimado, ya que se refiere a un arrendamiento extinguido por transcurso del tiempo, ya que data de 12 de noviembre de 1959 y la compraventa de la finca que originó el pretendido retracto era de 19 de enero de 1981.

DESAHUCIO.—ES APLICABLE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS A LOS ARRENDAMIENTOS RUSTICOS DE NAVARRA, YA QUE SI SE RESPETAN LAS NORMAS PECULIARES EN LOS TERRITORIOS DONDE EXISTAN, LA COMPILACION DE NAVARRA SOLO TIENE NORMAS GENERALES SOBRE ARRENDAMIENTO DE COSAS Y NO SOBRE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1986).

Tanto el Juzgado de Tafalla como la Audiencia de Pamplona desestimaron la demanda por la que se solicitaba la resolución del arrendamiento

de hierbas o pastos hecho por un plazo de dos años, por haber transcurrido el plazo contractual.

No tiene éxito la casación. La sociedad actora tiene carácter civil y sus bienes son de naturaleza jurídico-privada, sin que se puedan calificar como comunales o de propios del Ayuntamiento, lo que conduce a la aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 y, por tanto, el plazo de dos años estipulado vulnera la duración mínima del artículo 25 de dicha Ley, que debe respetarse por ser un derecho irrenunciable. Si bien la Ley de Arrendamientos Rústicos respeta la aplicación preferente de los derechos civiles, forales o especiales en todos los territorios del Estado donde existan normas peculiares, no es menos cierto que en la Compilación de Derecho Civil de Navarra sólo se contienen normas genéricas sobre arrendamiento de cosas y no de los arrendamientos rústicos, siguiendo así lo dispuesto anteriormente por la Ley de 1935. Es cierto que el cambio de conducta de los demandados respecto a la duración del arriendo está en contradicción con su anterior aceptación de la duración bienal del contrato, pero nada excluye que tal cambio sea consecuencia de un conocimiento de sus derechos arrendaticios, que antes ignoraban, por lo que su forma de proceder no es maliciosa, sin olvidar que la sociedad actora, al señalar a los contratos una duración de dos años, también debe presumirse que ignoraba la legislación especial, so pena de incurrir en mala fe. Los contratos celebrados mientras no exista declaración en contrario reúnen todos los requisitos, conforme al artículo 1.261 del Código Civil, y obligaban a su cumplimiento y, por tanto, a la duración que señala la Ley arrendaticia.

RETRACTO.—HABIENDOSE REALIZADO LA VENTA EN 1973, HA DE ESTARSE A LA LEGISLACION VIGENTE EN AQUEL MOMENTO. EN ORDEN AL DERECHO DE RETRACTO Y CONFORME AL REGLAMENTO DE 1959, SE HABIA DE EJERCITAR EL RETRACTO SOBRE LA TOTALIDAD DE LA FINCA Y POR ARRENDATARIOS QUE EXPLOTASEN, AL MENOS, LA MITAD DE SU SUPERFICIE, REQUISITOS QUE NO SE DAN EN ESTE SUPUESTO (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1986).

Admite el retracto el Juzgado de Grado, pero la Audiencia lo rechaza.

No procede la casación. La litis se limita a un problema de Derecho intertemporal o transitorio. La finca fue vendida por sus propietarios en escrituras de 5 de enero y 7 de febrero de 1973, afirmando los arrendatarios que no tuvieron conocimiento de la venta hasta abril de 1981, en que recibieron los requerimientos notariales en los que se indicaban las condiciones de la venta con expresión del precio, superficie y fecha de la transmisión. Por el contrario, los propietarios sostienen, sin prueba suficiente, que los arrendatarios conocían el hecho de la venta con mucha antelación. La disposición transitoria primera de la Ley de 1980 dice que quedan sujetos a esta Ley los contratos de arrendamiento o aparcería de fincas rústicas, cualquiera que sea la fecha de celebración, pero el mismo precepto establece una serie de excepciones enumeradas en tres reglas sucesivas, que vienen a poner de manifiesto que la apariencia inicial de un amplio carácter retroactivo queda matizada por esas salvedades que la propia norma

incluye en su texto, por lo que se establece una retroactividad de grado medio y no la absoluta que los recurrentes pretenden y que implicaría una amenaza para la seguridad jurídica. Estando probado que la venta se realizó en 1973, es a este momento al que ha de estarse, situando en aquel contexto el litigio, pues fue entonces cuando tuvo lugar el hecho determinante de cualquier acción que dimanase de aquel arrendamiento efectuado en las circunstancias y con las condiciones fácticas que gravaban en tal fecha el bien objeto de transmisión y a cuya legislación había que someter las pretensiones de los recurrentes en orden a sus derechos de adquisición preferente con independencia de cuándo pudieron ejercitar el retracto, cuestión que afecta sólo a la caducidad de la acción. Ha de estarse al artículo 16 del Decreto de 1959, con arreglo al cual los retractos no estaban autorizados de no solicitarse sobre la totalidad de la finca y por arrendatarios que explotasen, al menos, la mitad de su superficie, requisitos que no se dan en este supuesto.

NO PUEDE ENTENDERSE INCLUIDO EL ARRENDAMIENTO EN EL NUMERO 2 DEL ARTICULO 4 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS, YA QUE ADEMÁS DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS SE DESARROLLABAN EN EL LOCAL OTRAS ACTIVIDADES CULTURALES Y RECREATIVAS (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1986).

Ante el Juzgado número 1 de Sevilla se presenta demanda de resolución del arrendamiento de local con base en que se trataba de un casino, rechazándola, pero la Audiencia revocó la anterior.

No ha lugar a la casación. El recurrente pretende que el local se dedica a actividades deportivas, por lo que debe incluirse en el número 2 del artículo 4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pero no debe prevalecer esta interpretación porque en los casos en que haya duda sobre la aplicación de la legislación general o especial debe concluirse la aplicabilidad de la legislación general. Si las normas excepcionales han de ser interpretadas restrictivamente no cabe ampliar el juego de la regla contenida en el apartado 2 del artículo 4, cuando dice que se regirán por el contrato de inquilinato las entidades deportivas del artículo 32 de la Ley de Educación Física a extremos no comprendidos en la misma y exige que para ser considerado como vivienda el local se destine a actividades deportivas, y la resolución de instancia sienta como probado que en los locales arrendados se llevan a cabo, además de las deportivas, otras actividades culturales y recreativas, por lo que no puede ser incluido en el aludido apartado 2 del artículo 4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos debiendo mantenerse el criterio de la resolución recaída.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LA DOMICILIACION EN EL LOCAL DE OTRAS COMPANIAS DISTINTAS A LAS ARRENDATARIAS ACREDITA QUE SE HA INTRODUCIDO UN TERCERO EN EL ARRENDAMIENTO PROCEEDIENDO LA RESOLUCION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1986).

Traspasado el local por la sociedad arrendataria a otras entidades, se presenta demanda ante el Juzgado número 21 de Madrid, que la estima íntegramente, así como la Audiencia.

Tampoco prospera la casación. El contrato de arrendamiento decía que el local será destinado para oficinas de las sociedades, pudiendo además desarrollar en él aquellas actividades en que tengan calificado interés siempre que conste suficientemente acreditado. La autorización concedida para que en el local sean ejercidas otras actividades sólo cabe sea interpretada en el sentido de que se trate de actividades ejercidas por dichas arrendatarias, sin extensión a las que pudieran ejercer las personas físicas que intervinieron en el contrato como representantes sociales. Las certificaciones registrales demuestran que las sociedades nuevas tienen sus domicilios sociales en el local contendido, lo que configura la introducción de un tercero en la relación arrendatícia, considerada como causa de resolución del arrendamiento de local.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO—NO HA LUGAR A REVISION POR NO PROBARSE LA MAQUINACION FRAUDULENTE POR PARTE DEL ACTOR (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1986).

Se entabla recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que declaró resuelto el contrato por obras inconsistentes de los arrendatarios, no siendo admitida la revisión, que se funda en la declaración en acto de conciliación celebrado a instancia de los inquilinos condenados, en el que dos antiguos administradores del inmueble hacen manifestaciones que favorecen la tesis de los inquilinos, ya que esta manifestación no es sino una declaración de dos testigos que deponen fuera del pleito, cuya sentencia se ataca sin que pueda considerarse como documento recobrado después de la sentencia condenatoria, como exige el número 1 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino creado por los propios interesados después de aquella sentencia, y aunque haya diferencias entre lo declarado por un testigo en el pleito y ahora no hay condena por falso testimonio en los términos que dice el número 3 del propio artículo 1.796, ni puede considerarse probada la maquinación fraudulenta urdida por la parte actora para provocar la sentencia impugnada, como dice el número 4 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TRASPASO ILEGAL.—LA CONDICION DE QUE EL TRASPASO NO PODIA HACERSE SIN LIQUIDAR EL IMPORTE TOTAL DEL ACTIVO DE LA SOCIEDAD SUSPENSA DEBE ENTENDERSE CUMPLIDA DESDE QUE SE APROBO EL CONVENIO QUE PUSO FIN A LA SUSPENSION (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1986).

Realizada la suspensión de pagos de una sociedad, se adjudica el derecho de traspaso del local a la masa de acreedores, y se realiza después a uno de los acreedores, que efectuó obras en el local, por lo que el propietario interpone demanda de resolución, tanto por traspaso ilegal como por obras no autorizadas, ante el Juzgado número 2 de Jaén, que la desestima, confirmando esta tesis la Audiencia.

No prospera la casación. El supuesto traspaso ilegal a los acreedores de la sociedad no es tal en cuanto se trata de la adscripción a la masa

de la suspensión de pagos de uno de los derechos patrimoniales en el activo de la sociedad suspensa. La condición de que el traspaso no podía hacerse sin liquidar el importe total del mismo debe entenderse cumplida desde que se aprobó el convenio que puso fin a la suspensión de pagos, con el voto favorable del propietario, que era acreedor también del arrendatario, por lo que había dejado de serlo al efectuar el traspaso. Las obras realizadas pueden estimarse autorizadas al amparo de la cláusula 6ª del contrato de arrendamiento, en la que no se ponen más límites que los de no alterar los pilares y las paredes maestras del edificio. En consecuencia, no procede ninguna de las causas de resolución del arrendamiento previstas en el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

INCREMENTO DE RENTAS.—LA CLAUSULA DE ESTABILIZACION ES VALIDA, PERO SOLO PRODUCE EFECTOS DESDE QUE SE RECLAME Y NO DESDE EL TIEMPO EN QUE PUDO REALIZARSE, ES DECIR, «EX NUNC» Y NO «EX TUNC» (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1986).

Se pactó la actualización de la renta cada año, que realizó la entidad arrendataria el primer año, pero no en los sucesivos, en los que ha seguido pagando la misma renta, por lo que se formula demanda ante el Juzgado número 4 de Málaga, reclamando las cantidades adeudadas por las actuaciones no efectuadas hasta 1981, estimando la demanda, declarando eficaces las cláusulas de revisión y condenando a los demandados a pagar las cantidades adeudadas. La Audiencia estimó parcialmente la apelación, declarando válidas las cláusulas y absolviendo a los demandados de los demás pedimentos.

No triunfa la casación. Se admite la cláusula de estabilización, pero el Juzgado y la Audiencia difieren en cuanto al pago de los incrementos. Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, si bien la repetida cláusula exime de requerimiento alguno, ello no quiere decir sino que no será preciso el mismo para que pueda nacer o ejercitarse el derecho de revisión, pero sí para que tenga virtualidad respecto de la otra parte, justo porque la revisión opera anualmente, es decir, por períodos de un año, lo que implica que la no reclamación de la renta evidencia un abandono o renuncia al mismo, pues entender lo contrario sería favorecer la inseguridad jurídica contractual. La modificación se opera *ex nunc* y no *ex tunc*, siendo esto último lo que el recurrente pretende, lo que entraña además olvidar varias disposiciones sobre limitación de determinadas rentas, desde el Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, al Real Decreto-ley 15/1980, de 1 de diciembre. La conducta descrita, a más de favorecer la inseguridad jurídica, es autorizar un ejercicio anómalo del derecho, prohibido por el artículo 7 del Código Civil, por parte de quien deja transcurrir los años para luego ejercitar extemporáneamente el derecho colocando al deudor arrendatario ante la realidad de una deuda o prestación excesiva y sumamente gravosa. La recurrente pretende que se tenga por ejercitada la facultad revisora desde el acto de conciliación, lo que no es posible, ya que en éste no se concreta la indispensable expresión en cifras de la elevación que se reputaba procedente y no se redujo a cantidades hasta el escrito de demanda.

C. R. R.

2. JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

DOCUMENTOS PRIVADOS. PRESCRIPCION. LA ENTREGA DE FOTOCOPIA DE UN DOCUMENTO PRIVADO A UN INSPECTOR DE HACIENDA, QUE ES FUNCIONARIO PUBLICO, ES SUFICIENTE PARA QUE COMIENCE A CORRER EL PLAZO DE PRESCRIPCION DEL IMPUESTO, AUNQUE DICHO FUNCIONARIO NO HUBIESE PUESTO ESTE HECHO EN CONOCIMIENTO DE LA HACIENDA PUBLICA (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1987).

Hechos.—Mediante documento privado en el que consta la fecha de 1 de agosto de 1975, cierta entidad bancaria compra a una sociedad anónima determinado inmueble en precio de 70.000.000 de pesetas. Dicho documento no fue presentado a liquidación del Impuesto, si bien en el año 1977 un Inspector de Hacienda se persona en el citado Banco, a efectos de inspección del Impuesto de Sociedades, entregándosele al Inspector una fotocopia de dicho documento de compra, sin iniciarse expediente o actuación alguna.

En el año 1983, el documento privado se eleva a escritura pública, practicándose sobre este documento liquidación por Impuesto de Transmisiones, con sanción e intereses.

Contra dicha liquidación se interpone recurso, declarando prescrito el Impuesto la Sala de la Audiencia Territorial de Pamplona.

La Comunidad Foral de Navarra recurre dicha sentencia, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo, en base a la siguiente:

Doctrina.—Primero: La Corporación apelante combate la sentencia dictada por la Sala Territorial, por entender que: *a)* para que pueda entenderse que la fecha de un documento privado produce efectos frente a la Administración —en este caso, a efectos de la prescripción del derecho a liquidar— es necesario que ese documento le haya sido entregado a un funcionario público, por razón de su oficio; *b)* que el Inspector a quien se facilitó en este caso el documento no actuaba como Inspector del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, sino del Impuesto de Sociedades, y el documento no le fue «entregado», sino facilitado; *c)* que no se entregó el documento original, sino una fotocopia de éste, y la Ley habla de la entrega del propio documento.

Segundo: El primero de los motivos del recurso de apelación es fácilmente rebatible. Ya el apelado invoca el artículo 311 del Reglamento del Impuesto del año 1975, según el cual los funcionarios y autoridades de toda

clase que en el ejercicio de sus funciones tuviesen conocimiento de actos o contratos sujetos al Impuesto que no lo hubieran satisfecho íntegramente, vendrán obligados a ponerlo en conocimiento de la Oficina del Distrito a que corresponda o a la Delegación de Hacienda de... Pues bien, en el presente caso, la fotocopia del documento privado fue entregada a un funcionario público —ya que era Inspector de Hacienda en el año 1977, cuando le fue entregada dicha fotocopia— actuara o no inspeccionando el Impuesto al que tal documento estaba sujeto, ya que, como el propio Inspector informó por escrito, cuando le fue facilitada la fotocopia, se hallaba en el Banco de Navarra comprobando hechos relacionados con actividades o negocios entre dicho Banco y la Empresa Goli, que estaba inspeccionando, y no se olvide que el documento privado cuya fotocopia fue facilitada era una compraventa de inmueble celebrada entre el Banco de Navarra y la mencionada Empresa Goli. Por tanto, el Inspector, cuya cualidad de funcionario no se puede ignorar, tuvo conocimiento de un acto sujeto al Impuesto y estaba obligado a ponerlo en conocimiento de la Dirección de Hacienda. Si no lo hizo es una circunstancia a la que es ajeno el Banco de Navarra, que no puede verse perjudicado por la inactividad del funcionario a quien le fue facilitada la fotocopia del documento. Por otra parte, es inoperante que un Inspector de Hacienda sólo esté obligado a actuar respecto a aquellos Impuestos a cuya gestión ha sido adscrito: su carácter de funcionario le obliga a dar conocimiento al órgano competente de todos los actos o contratos sujetos al Impuesto, no sólo de aquel que inspecciona, sino de todos los demás.

Tercero: Tampoco es admisible el argumento de que la entrega del documento ha de ser del propio documento privado y no de una fotocopia de éste. Si se admite que sobre una fotocopia pueda practicarse una liquidación, si ésta contiene un acto o contrato sujeto, hay que concluir que en el presente caso, la entrega de la fotocopia producía los mismos efectos que la del documento original, y ello por los siguientes motivos: *a)* la fotocopia fue entregada por una de las partes contratantes; *b)* ninguna de las partes contratantes, ni la propia Administración, han tachado de falsedad dicha fotocopia; *c)* en el caso de admitirse la tesis de la Corporación apelante, quedarían sin poder liquidarse aquellos actos o contratos sujetos al Impuesto, plasmados en un documento privado, cuyo original se haya extraviado, lo que pugna con toda lógica.

Cuarto: Al ser éstos los únicos argumentos mediante los que se combaten los razonamientos de la sentencia apelada, ellos deben de ser rechazados y la sentencia, por tanto, confirmada, lo que produce como consecuencia la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la Diputación Foral de Navarra.

RECURSOS. PLAZOS. LOS PLAZOS PARA RECURRIR LO SON DE CADUCIDAD, SIN QUE, POR TANTO, PUEDA PRODUCIRSE INTERRUPCIÓN ALGUNA (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Practicadas ciertas liquidaciones por razón del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y notificadas éstas, una vez pasados los quince días establecidos para recurrir, se interpone reclamación económico-administrativa ante el Tribunal

Provincial, reclamación que es desestimada en las distintas instancias por considerarse extemporánea; criterio éste que mantiene también el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Rafael Mendizábal Allende, en base a la siguiente:

Doctrina—Primero: La liquidación tributaria practicada el 14 de noviembre de 1977, acto administrativo impugnado en principio, fue notificada el día 1 de marzo del año siguiente. Los plazos para recurrir lo son de caducidad, sin que, por tanto, pueda producirse interrupción alguna. El de quince días, dentro del cual cabe formular reclamación económico-administrativa, ante el Tribunal Provincial correspondiente, se rebasó con creces. En efecto, el único escrito con función impugnatoria se presentó más de ocho meses después, el 7 de noviembre, en el órgano adecuado para resolver tal recurso de alzada impropio, según calificación doctrinal. Las peticiones que a finales de marzo del mismo año (los días 27 y 31) dirigió el recurrente al Delegado de Hacienda y a la Abogacía del Estado tenían por finalidad explícita y exclusiva la obtención de los beneficios inherentes a la regularización voluntaria de la situación fiscal prevista en la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma tributaria. Ahora bien, en cualquier caso, aquellas solicitudes también se produjeron a destiempo y, por tanto, resultan correctas las resoluciones de los Tribunales Provincial y Central, donde se declaró la inadmisibilidad de las reclamaciones en función de tal extemporaneidad. El artículo 94, párrafo 2.º, del Reglamento de procedimiento en esta vía es suficientemente expresivo, como igualmente el criterio coincidente de las Leyes de Procedimiento Administrativo y General Tributaria para el cómputo de plazo, cuyo día inicial es el siguiente al de la notificación en forma, excluyéndose los feriados (arts. 59 y 60 de la antes citada en primer lugar), sin que ofrezcan trascendencia alguna otras fechas relacionadas con el cumplimiento del acto administrativo (fin del período voluntario de recaudación, apertura de la vía de apremio y despacho de la ejecución, entre otras que se mencionan en la demanda y en sus alegaciones ante esta Sala).

Por todo ello, se desestima la apelación formulada por el recurrente.

LIQUIDACIONES TRIBUTARIAS. NOTIFICACION. PARA QUE PUEDA PROSPERAR LA VIA DE APREMIO, LA NOTIFICACION DE LA LIQUIDACION HA DE HACERSE AL SUJETO PASIVO, NO BASTANDO LA HECHA AL PRESENTADOR DEL DOCUMENTO (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1987).

Hechos.—Contra cierta providencia de apremio de liquidación girada por el Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, el interesado interpone recursos que culminan con el de apelación ante el Tribunal Supremo, el cual, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Rafael Mendizábal Allende, sienta la siguiente:

Doctrina.—Primero: Tras el planteamiento oportuno resulta claro que el respaldo último de la vía ejecutiva se encuentra en la existencia y validez de la liquidación tributaria, así como su exteriorización o conocimiento formal por el sujeto pasivo, requisito de eficacia, según se explicaba en Sentencias de 10 de noviembre de 1986 y 17 de junio de 1987. Por ello, aunque no aparezca *nominatum* en el catálogo de motivos para impugnar la

providencia de apremio, con talante tasado, enumerados en el mismo artículo 95, apartado 4.º, está implícita como primera y principal, por ser la raíz legitimadora del ejercicio de esa potestad de autotutela. Ello nos obliga a analizar, con carácter previo, la validez y el alcance de la notificación practicada a la presentadora del documento donde se formalizó el negocio jurídico que constituye el hecho imponible.

Segundo: La Ley General Tributaria establece que las liquidaciones se notificarán a los sujetos pasivos (art. 24, 1), cuya determinación, por tanto, se constituye en presupuesto subjetivo para enjuiciar la eficacia de aquellas en función de la validez de los actos de comunicación. En el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales está obligado al pago, a título de contribuyente, el que adquiere los bienes o derechos, cualesquiera que fueran las estipulaciones de las partes en contrario [art. 67, a), TR, 1967, y 8, a), TR, 1980]. Este criterio concuerda, a su vez, con el contenido del artículo 36 de la antedicha Ley General del ramo, que declara inalterable la posición del sujeto pasivo por vía contractual.

Ahora bien, el artículo 106 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 1959, al que volveremos de nuevo más adelante, advertía que «el presentador del documento tendrá, por el solo hecho de la presentación, el carácter de mandatario de los interesados y todas las notificaciones en relación con el documento que haya presentado, ya por lo que afecta a la comprobación de valores, ya a las liquidaciones que se practiquen, así como las diligencias que suscriba, tendrán el mismo valor y producirán iguales efectos que si se hubieran entendido con los mismos interesados. Esta regla fue recogida tal cual en el artículo 128, 2, del Texto Refundido de 1967, desde donde ha pasado sin alteración alguna al artículo 59 del también Texto Refundido actualmente vigente (Real Decreto de 30 de diciembre de 1980), cuyo Reglamento lo transcribe íntegramente en su artículo 74 (Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre).

Es evidente que estas normas han venido configurando o, al menos, lo han pretendido y de hecho lo consiguieron en muchos casos, un mandato representativo para la entera vía de gestión tributaria, desde la iniciación a la conclusión, sin distinguir entre actos de trámite o resolutorios, como hace el artículo 24 de la Ley de Procedimiento Administrativo. El efecto jurídico inmediato de tal relación consiste en permitir la imputación al contribuyente «mandante» de las actuaciones de presentador (mandatario), según advierte el artículo 1.227 del Código Civil. Ahora bien, éste, a su vez, sólo admite como origen o fuente normal de las obligaciones la voluntad de los ciudadanos expresada contractualmente en el supuesto que nos ocupa, a la Ley entendida en su acepción estricta.

Tercero: En esta línea de reflexiones, conviene retroceder en el tiempo y recordar cómo la Ley de 11 de junio de 1964, para la reforma del sistema tributario, creó el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, heredero del que recaía sobre los «derechos reales» y, por una parte, permitió la subsistencia del Texto Refundido y el Reglamento propio del viejo tributo cuya extinción se producía al hacer el nuevo (Decretos de 21 de marzo de 1958 y 15 de enero de 1959), mientras no se publicara la regulación *ad hoc*. Por otra parte, y en lo que aquí nos ocupa, la Ley de Reforma no contenía norma alguna que otorgara a la figura del presentador la plena representación del contribuyente en el procedimiento de gestión. Tal mandato era desconocido también en el Texto Refundido de 1958, y su primera aparición se produce en la disposición reglamentaria dictada en su desarrollo, según

quedó dicho más arriba, cuya naturaleza y rango son notoriamente insuficientes para conseguir el efecto deseado, tan cómodo para las oficinas gestoras como peligroso para la seguridad jurídica del ciudadano.

Este planteamiento dio pie a que la Sala negara fuerza de obligar a la norma reglamentaria analizada y, no obstante, «refundida» en un cuerpo de superior rango, como se explicaba en la Sentencia de 29 de enero de 1986. Ahora bien, tal situación se ha mantenido hasta nuestros días con los mismos elementos simétricos en contradicción. Efectivamente, la Ley de 2 de junio de 1980, reguladora del Impuesto, continúa sin configurar la representación del sujeto pasivo por el presentador del documento, con el automatismo y el alcance ya conocidos. Y, sin embargo, el Texto Refundido vigente recoge tal legado y lo incluye en su artículo 59, párrafo 2.º, extrayéndolo literalmente del anterior, como también lo hace el Reglamento correspondiente (art. 74, 2), según hemos tenido ocasión de explicar más arriba, hasta cuya entrada en vigor subsistió por cierto el de 1959, eslabón primero de todo este encadenamiento normativo.

Aquí conviene hacer un alto en el camino y reflexionar acerca de la naturaleza y valor de la legislación delegada y en especial de su modalidad más frecuente, los textos refundidos. Estos proceden del Poder ejecutivo, y por ello se contienen formalmente en disposiciones de rango reglamentario elaboradas en cumplimiento de un encargo de las Cortes Generales al Gobierno (y sólo a él) para reunir en un cuerpo único normas dispersas sobre una misma materia. La Ley de Régimen Jurídico las contemplaba en su artículo 10, párrafo 4.º, como también la Ley General Tributaria (artículo 11), y la Constitución alude a ellos en el artículo 82, en cuyos párrafos 2.º y 5.º los describe y delimita. En definitiva, la delegación legislativa, configurada en la Ley 32/1980, ya mencionada (disposición final 3.ª), al igual que la precedente, mandaba tanto como autorizaba al Gobierno para que elaborase un Texto Refundido, sin encomendarle la tarea de regularizar, aclarar y armonizar las normas que habían de componerlo. Este ámbito estricto fue rebasado ya en su día por el Decreto 1018/1967, y lo ha sido ahora por el Real Decreto legislativo 3050/1980. En el aspecto que ahora nos ocupa, al incorporar el precepto reglamentario objeto de discordia, que conserva así su talante originario sin adquirir un rango normativo superior, según prevé el artículo 11 de la Ley General del ramo para los casos de extralimitación en el desarrollo de las delegaciones legislativas.

En consecuencia, la notificación hecha en la persona de la presentadora del documento ha de considerarse nula y sin ningún valor ni efecto, por contradecir al sistema configurado en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que, a su vez, reflejan las normas simétricas de la tantas veces invocada Ley General. Esta conclusión resulta más convincente aún si se recuerda un hecho plenamente acreditado: la presentadora actuó como mandataria del vendedor, sin que en ningún momento recibiera encargo del comprador (sujeto pasivo del Impuesto), a quien ni siquiera conocía, y el cual, a su vez, ignoraba la presentación del documento. En suma, el interesado fue colocado en una situación de indefensión contraria al haz de derechos y garantías consignados en el artículo 24 de la Constitución, y por ello, las providencias de apremio que están en el origen de este proceso carecen del soporte necesario, como ponen de manifiesto, además, los artículos 127 de aquella Ley y 95 del Reglamento General de Recaudación, respectivamente, donde la falta de notificación reglamentaria

de la liquidación se configura de modo explícito como fundamento de una eventual impugnación y subsiguiente declaración de nulidad del acto con el cual se abre el procedimiento ejecutivo.

C. M. A.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

BENJAMIN, WALTER/SCHOLEM, GERSHOM: *Correspondencia 1933-1940*.
Trad. esp., Ediciones Taurus, Madrid, 1987.

a) *Presentación general del libro y sus autores*

SCHOLEM y BENJAMIN representan dos de las opciones más importantes del pensamiento judío secular moderno. BENJAMIN inspira a ADORNO, la escuela del Frankfurt, mayo de 1968, y parece ser un autor de moda en el tufillo intelectual europeo actual; SCHOLEM, recientemente fallecido (1982), emigrado en 1923 a Palestina, pionero de la Universidad hebrea de Jerusalén —auténtico fermento cristizador de Israel—, dedicó toda su vida al estudio de la mística judía desde una perspectiva filosófica. Por la importancia de ambos no podemos menos de felicitarnos de la publicación de su correspondencia en España, correspondencia que más allá de la expresión formal de sus obras acabadas, desvela efímeramente los ideales profundos de ambos. El libro que hoy comento aparece en España prácticamente a la vez que otro libro anterior de SCHOLEM: *Walter Benjamin, historia de una amistad* (trad. esp., Madrid, 1987), en el cual SCHOLEM relata su amistad con BENJAMIN en el trágico contexto social y político de la Alemania de entre guerras, marcado para ellos por el signo de la persecución judía. Estos dos libros suponen un auténtico testamento ideológico de SCHOLEM, donde se contempla —y contempla el mundo judío en crisis— en el espejo de su amistad y correspondencia con BENJAMIN. Para mí, que siento una fascinación particular por SCHOLEM, es un cierto contrasentido que SCHOLEM vaya a ser conocido en España a través de BENJAMIN y no al revés, pues los libros parecen escritos por SCHOLEM para presentar y «exculpar» a BENJAMIN ante la intelectualidad judía (muy susceptible ante el supuesto antisemitismo y autoritarismo de los regímenes marxistas). En España interesa —relativamente— BENJAMIN como marxista y no como judío, cuando seguramente, como se cuida de subrayar SCHOLEM y como le criticaron BLOCH y BRECHT, el marxismo de BENJAMIN es muy particular y, en cualquier caso, sólo se pueden entender desde la contemplación de su profunda raíz religiosa judía. El impacto de la escuela de Frankfurt en Estados Unidos y la nueva izquierda surgida en Harvard (feudo tradicional de la intelectualidad judía) llena de susceptibilidad a cierto sector de la clase dirigente americana. BENJAMIN es un autor clave en este desarrollo y la fascinación de su figura se agranda día a día.

Tal como nos lo presenta SCHOLEM, el primer acto de la tragedia judía en la historia contemporánea es el drama de la pérdida de la identidad judía. A finales del siglo XIX y comienzos del XX, la élite judía alemana —élite económica, intelectual y social europea— se debatía en grave proceso de crisis religiosa. El impacto de las críticas de SPINOZA a la religión

judía en su tratado teológico político había minado la tradición, la fe y el rito en el judaísmo ortodoxo. La secularización del mundo cristiano había también incidido drásticamente en el mundo judío. El sentimiento predominante en la burguesía judía alemana era sencillamente la integración en el mundo gentil. En esa época, los judíos querían ser pura y simplemente alemanes, e incluso era común en los ambientes judíos, según relata SCHOLEM, celebrar la Navidad como «fiesta popular alemana». Sin embargo, en la Universidad alemana y frente a la indiferencia generalizada, dos movimientos hacían proselitismo entre los jóvenes estudiantes de procedencia judía: el marxismo y el sionismo. Ambas ideologías actualizaban una fe en el protagonismo de lo judío como pueblo sacerdotal, una rebelión frente al conformismo social y político y un reflejo del ontológico mesianismo judío. Pero si levantamos el velo a ambos movimientos y los analizamos desde una perspectiva judía, además de la expresión formal de un contenido mesiánico, no nos será difícil desentrañar un sentido más profundo en el contexto de la crisis de la cultura occidental (la muerte nietzschiana de Dios); los marxistas judíos creían aún en la redención del mundo occidental desde dentro del mundo mediante la edificación de un paraíso comunista, mientras que la voluntad de regreso a Palestina de los sionistas seguramente significaba un profundo escepticismo sobre el destino de la Europa moderna.

Frente al ensueño de la integración judía, BENJAMIN y SCHOLEM sienten la evidencia del apocalipsis anunciado; ambos son pensadores judíos al borde del abismo. El idealismo alemán es una teología camuflada, encontró a Dios muerto en la maleza y quiere que adoremos su cadáver; el Estado prusiano es la Iglesia de la muerte de Dios; la filosofía hegeliana había edificado una Iglesia secular intentando ocultar al pensamiento occidental su tragedia: muerto Dios es inminente el fin del sistema. Pero también hay un segundo punto en la crisis que fascina a BENJAMIN: el carácter objetivo de la conciencia, y sobre él centra su tesis doctoral (*El concepto de crítica del arte en el romanticismo alemán*, trad. esp., Madrid, 1988). Según BENJAMIN, la exposición posthegeliana de los románticos considera que sólo el espíritu tiene conciencia, el arte es la reflexión del espíritu y su manifestación en la historia; por eso en SCHLEGEL el arte es el medio del sistema. Para BENJAMIN, los románticos construyen una religión formal, la religión como médium del arte, en defensa de la tradición y del sistema que se desmorona. La consecuencia está clara, los románticos se ven obligados a abandonar el principio de la conciencia individual que había sustentado el pensamiento cristiano y la filosofía moderna de DESCARTES a KANT.

Aunque nunca resulta afirmado expresamente, resulta evidente que el sistema, vestido con los mil trajes, pasa a ser concebido como el resultado de dos mil años de civilización cristiana. Frente al sistema moribundo, BENJAMIN y SCHOLEM plasman dos modos distintos de despertar la conciencia judía. Ambos coinciden en principios epistemológicos sustanciales, que interpretan como específicamente judíos: el valor determinante de la palabra (BENJAMIN pretende hacer una filosofía del lenguaje, mientras que la pasión kabalista de SCHOLEM se origina por el estudio del lenguaje en la mística judía); ambos proclaman el carácter esencialmente mítico y no racional de la conciencia del hombre (el sistema es, en último término, la racionalidad misma); ambos asumen una fe mesiánica en la redención del mundo, en un sentido colectivo, y la decisiva participación de lo judío

en esa redención, como vanguardia religiosa de la humanidad. Ambos pretenden el estudio filosófico del mito: BENJAMIN en el arte secular y SCHOLEM en la mística judía. Ambos se definen como anarquistas teocráticos; desprecian profundamente la Universidad alemana que les educó (que no es sino la realidad intelectual degenerada del sistema); sin orientación académica, se dejan guiar por su propia estrella, pero asumen un credo radical en prosecución de un objetivo espiritual. La vida de ambos contribuye a la atracción de su pensamiento. La vida profesoral de SCHOLEM es fascinante como fe en el regreso de Israel y como emigración temprana (cuando sólo muy pocos espíritus selectos se habían apercebido del apocalipsis anunciado). BENJAMIN, por su parte, significa su condición de judío errante en el mundo gentil: rechazado de su Universidad de Frankfurt por original (cuenta BENJAMIN que la Universidad de Frankfurt duerme porque se pinchó en una rueda escondida); escapado de Alemania por judío; rechazado por su esposa Dora, por su amada Asia Lacis (una famosa y fascinadora revolucionaria letona que conoció en Creta y que pudriría en las cárceles estalinistas sus sueños mesiánicos comunistas); huido de sí mismo por el suicidio (se suicidó en 1940 cuando iba a ser devuelto a Francia por la policía española, tras cruzar los Pirineos huyendo de las tropas alemanas), y, finalmente, ausente de su propia tumba (los sepultureros, muy españoles, inventaron una tumba de BENJAMIN para enseñarla a los turistas y conseguir propinas, pues el cuerpo fue efectivamente arrojado a una tumba colectiva). A pesar de su vida y obra desordenadas, llega a sentar las bases de una nueva epistemología, que hoy aparece como sumamente renovadora. Como afirma el propio BENJAMIN, ser un desarraigado fuerza a la originalidad; sufrir aísla y se alimenta de su propia soledad (del ensayo, *Sobre la situación que el escritor francés ocupa actualmente*).

b) El mito en BENJAMIN

Abandona BENJAMIN el discurso filosófico ordinario, es decir, el desarrollo lógico de un «sistema», y recurre a la exposición alegórica y poética, de matices imprecisos, que pretende reproducir la textura no dogmática de la conciencia. No es fácil por ello exponer el pensamiento de BENJAMIN, que no sólo no está perfilado sistemáticamente, sino que siempre está en continua elaboración, como auténtica fascinación ante el goce estético. Yo creo que la auténtica renovación antihegeliana de BENJAMIN se muestra en plenitud en dos ensayos de madurez: *La obra de arte en la época de su responsabilidad técnica* (al que BENJAMIN llama el punto de mira de muchos de sus estudios —carta a SCHOLEM de 2 de mayo de 1936—) y sus *Tesis de filosofía de la historia*. En ambos trabajos hace ciertas concesiones al pensamiento sistemático y expone la filosofía del mito. En ambos me voy a basar en este pequeño comentario, aunque con citas dispersas a otros trabajos en cuanto explicitan y desarrollan su pensamiento.

Para BENJAMIN, sólo la religión puede llegar a penetrar efímeramente en el mundo del mito; no hace falta buscar el sentido del mundo, pues éste está predeterminado por el mito (donde seguramente podemos identificar el modo de estar la conciencia objetiva: el yo); pero el mito, que es la conciencia, es inescrutable; el mito no se plasma conscientemente en la conciencia, simplemente es (la conciencia de sí y de las cosas es necesariamente posterior a la conciencia en sí: es el tema de su tesis doctoral). La

inaccesibilidad también es una cualidad esencial del arte, como expresión efímera del mito que no se puede nunca «conocer» en su integridad, sino participar por el goce estético (*del origen de la tragedia alemana*). La experiencia religiosa inicia la expresión artística; el arte es un desvelo efímero del mito; en lo bello se muestra el arte como valor de culto (adoración y admiración); la fuerza del arte está en su capacidad de sugestión por el goce estético. El desvelo del mito es necesariamente su negación efímera (la consciencia destruye la consciencia como sugestión mítica); la destrucción es la gran venganza del mito al que ose desvelarlo (por eso todo artista grita de terror al arrancar un jirón a la vestidura más exterior del mito antes de ser vencido).

El goce estético del arte es tanto más radical y profundo cuanto más participa de lo inescrutable. La experiencia religiosa es el supremo goce estético. Todo culto a la belleza, incluso en sus formas más profanas, participa de una vivencia religiosa; la belleza (el arte) se profana conforme se aleja de la vivencia religiosa. La profanación del arte es propiamente su tránsito del culto a la exhibición, porque, sin duda, su secularización (su formulación objetiva) es siempre a costa de la pérdida de su poder sugestivo; la admiración de una mera apariencia bella sustituye a la adoración: «el objeto idéntico por el que se afana la admiración no se encuentra en la obra» (*En algunos temas sobre Baudelaire*); lo bello es «aquello que sólo veladamente es igual a sí mismo (*De las afinidades electivas de Goethe*)». El valor cultural del arte es inversamente proporcional a su valor exhibitivo. El arte, conforme se aleja del goce estético-religioso y se profana, pierde tanto su capacidad de sugestión como su capacidad de desvelar el mito. La reproductibilidad técnica del arte le hace perder aura (capacidad de sugestión), que se sustituye por su dispersión masiva; el arte y la religión pierden entonces su carácter aristocrático y tradicional y se transforman en una vivencia generalizada de masas.

Hoy en día la reproducción técnica ha multiplicado las posibilidades de exhibición del arte, con lo que éste pierde aura (individualidad) y se convierte en un producto de masa (y, a su vez, produce la masa). La tradición y el culto participaba del aura de una experiencia religiosa, pero hoy el arte reproducible se emancipa de su existencia ritual. La obra de arte reproducida y vulgarizada se recibe por distracción colectiva; su aceptación es pasiva, alejada del recogimiento religioso, y ya apenas es perceptible el goce estético. Por ejemplo, el discurso mítico del cine sustituye la adoración individual por la mera contemplación pasiva, y hasta el discurso reflexivo es sustituido por el devenir predeterminado de las imágenes. El mismo fenómeno puede observarse en otras artes colectivas instrumentales: así, después de BAUDELAIRE (*En algunos temas sobre Baudelaire*) no ha habido ningún éxito masivo de poesía lírica; el placer estético de lo escrito ha sido sustituido por la prensa, que impermeabiliza los acontecimientos de la experiencia personal del lector y la sustituye por una participación colectiva. La conclusión está clara: en el siglo XIX, las formas configurativas se profanan: la arquitectura se transforma en construcción, la reproducción de la vida en fotografía, la fantasía en publicidad, la creación literaria en prensa; sólo residuos del antiguo mundo artístico se dirigen al mercado como mercancía.

El fascismo como exhibicionismo, producto de una burguesía degenerada, es la manifestación profunda de este declinar del arte. El Estado totalitario vive en un esfuerzo permanente de masificación de los ciudadanos,

y tras la manipulación del arte se encuentra la estética de la violencia política. El fascismo controla y exalta las masas para la guerra o cruzada, porque sólo la guerra permite organizar eficazmente a las masas sin tocar las condiciones de propiedad (a mi juicio, es una concesión «estética» a su pretendido materialismo dialéctico; el discurso propiamente benjaminiano sería: la propiedad es una estructura económica fundada en el sistema; sólo la estética de la guerra permite que ambos se conserven). El famoso ensayo sobre la obra de arte en la época de su reproducibilidad técnica pretende ser un alegato contra la estética de la guerra, que BENJAMIN identifica como esencia del fascismo. Su radiografía puede tener dos lecturas: la primera, la más evidente: el fascismo es el resultado del abandono de la religión cultural y su sustitución por una religión exhibitiva de masas; es una interpretación posible, que, sin duda, gustaría a algunos sectores sociales. Pero, a mi juicio, ésa no es la interpretación propiamente benjaminiana; en BENJAMIN se afirma claramente la identidad de contenido en la religión tradicional (aristocracia del culto) y en la religión de masas; pero ahora se puede manifestar más crudamente (puede tener un mucho más alto grado de exhibición) porque el hombre ha perdido recogimiento y no reconoce su identidad manipuladora y esclavizante. Por eso afirma que el arquetipo del recogimiento es estar a solas con Dios; en las grandes épocas la conciencia de Dios ha dado libertad al pensamiento para sacudirse la tutela del sistema religioso; hoy el fascismo hace a la masa, y no a la aristocracia religiosa, sujeto activo de la violencia social y política. La contradicción más profunda del arte fascista es ser puro esteticismo, que contradice teoría y praxis (del ensayo sobre *André Gide*). La única superación creadora es una iluminación profana de inspiración materialista y antropológica (de su ensayo sobre el *surrealismo*).

La conservación de la identidad del sistema más allá de su aparato legitimador cultural o exhibitivo es la clave de su filosofía de la historia. Una conciencia que no es racionalidad (que progresa), sino mito (que permanece), se revive continuamente; por eso la historia es la conciencia presente. El ángel de la historia contempla una catástrofe incesante y quisiera detenerse, pero es arrastrado por el huracán del paraíso prometido (el progreso), que le empuja irremisiblemente hacia un futuro, al cual da la espalda mientras los montones de ruinas crecen. Frente a la historia progreso (HEGEL) sostiene BENJAMIN el principio de la historia detenida. La historia no es una sucesión varia, sino un presente incomprendido; no es un proceso épico (la victoria conseguida), sino una catástrofe no asumida. El fascismo presenta la historia como el triunfo de los vencedores, desconociendo la realidad del ahora (la opresión prepotente, la guerra). El mito quiere también destruir la historia, pues en el pasado necesariamente se ha visto obligado a mostrarse a sí mismo efímeramente frente al héroe que lo negó (por eso la crítica histórica tiene que intentar escrutar un pasado necesitado de redención, en el que los héroes muertos vuelven a ser vencidos cada día; descubrir el presente es reinterpretar la historia). Sólo el aura de la obra de arte y la experiencia religiosa puede llegar a expresar heroicamente un mito apenas desvelado, y limita en cierto sentido la catástrofe. Los momentos verdaderos de la tradición artística constituyen el fundamento de una débil esperanza mesiánica, «la pequeña y absurda esperanza» (de la carta a SCHOLEM de 11 de agosto de 1934). La crítica transforma la belleza en verdad. El materialismo dialéctico es un muñeco de la teología (tesis primera de sus tesis de filosofía de la historia). La

testaruda fe de los políticos en el progreso, la confianza en su «base de masas» y su servil inserción en un aparato incontrolable son tres lados de la misma cosa. El conformismo es el fascismo que persiste cada día; que todo siga igual es la más terrible catástrofe, la historia eterna de la opresión. El conformismo oculta el mundo en el que se vive; es un producto del miedo (*Sobre la situación social que el escritor francés ocupa actualmente*). Frente al conformismo de una religión participada, de un yo sugestionado, defiende BENJAMIN la experiencia de niños, dementes, místicos y artistas, como únicos desveladores del mito, únicos detentadores del débil impulso mesiánico.

París ofrece ocasión en algunos ensayos de BENJAMIN para retratar simbólicamente la historia (por ejemplo, en *El París del segundo imperio en Baudelaire* o en *París capital del siglo XIX*). Su intención era construir una gran obra alegórica: los pasajes. Analiza BENJAMIN la poesía de BAUDELAIRE y el sentido alegórico de la multitud hormigueante: la masa que vive en el encanto de lo atroz, masa abigarrada al azar por lo económico, que, sin embargo, se concibe a sí misma como «raza». La difuminación de las huellas de cada uno en la ciudad. Hasta la noche les ha sido robada, primero bajo la luz temblorosa y agitada de la farola de gas, pero luego de golpe, con un choque brutal, bajo el fulgor de la luz eléctrica (los demonios se despiertan entonces en la noche como si fueran hombres de negocios, los espíritus de los muertos inicuos toman cuerpo en la multitud). La ilusión arrebatada por lo moderno es la fuerza que trabaja en toda época para anclar la vida de la multitud a la historia incesante, pues lo moderno está condenado en breve a estar anticuado; lo moderno es la gran trampa de la catástrofe reiterada para que el héroe queme inútilmente sus fuerzas (por otra parte, dice BENJAMIN, la heroicidad moderna es un drama en el que el papel de protagonista está aún disponible); lo moderno tritura el aura en la vivencia del *schock*, sólo lo que merezca convertirse en antiguo podrá ser tenido como arte. El arte como ornato de la civilización, como débil esperanza mesiánica, aparece en un texto de BAUDELAIRE como el andamio de un monumento de estructura inmutable y tapada, que sólo muestra la aracnidamente bella arquitectura paradójica de un día. Finalmente, en premonición simbólica, anuncia que lo moderno tiene que estar bajo el signo del suicidio: voluntad que no se somete a lo hostil (quizá ve en ello BENJAMIN el estigma de lo judío), y sostiene que lo moderno, para poder llegar a ser antiguo, debe mostrar el mito y desvelarlo efímeramente, pues la ejemplaridad está en la construcción y la modernidad sólo en la inspiración. A la continuidad de la historia le corresponde la identidad y conservación del arte.

c) *El mito en SCHÖLEM*

El pensamiento de SCHÖLEM es tan original como el de BENJAMIN, pero aun asumiendo como principio el estudio filosófico del mito se distancia BENJAMIN en la conciencia exclusivista de la identidad judía y en la necesidad histórica de regreso del pueblo escogido a Eretz Israel, que es lo más esencial de su pensamiento. La obra de SCHÖLEM es más formal y ortodoxa que la de BENJAMIN. Su pretensión fundamental fue la de exponer filosóficamente la teología y mística de la *Kabala*, en la creencia de que la mística es la esencia más profunda de la identidad judía. En

SCHOLEM se pretende librar al misticismo de todo elemento mágico, liberar la *Kabala* de los círculos esotéricos que la acaparaban y mostrar el mito desvelando sus principios filosóficos y teológicos. SCHOLEM asume un sionismo con conciencia histórica y formula una filosofía historicista de la mística, que tiene su plasmación más significativa en el complejísimo mito de la ruptura de los vasos. Voy a intentarlo resumir muy brevemente, aun a riesgo de deformarlo, porque estimo que es decisivo para entender el pensamiento de SCHOLEM. El mito se formula en la *Kabala* de Safed, por un célebre kabalista, ISAAC LURIA, después de la expulsión de España. Según ese mito, el más profundo misterio de la creación es la nada; la nada como exilio de Dios; Dios se manifiesta en la nada y para contener su eterna infinitud construye unos vasos, pero los vasos se rompen (*shevirat hakelim*) y las chispas de la luz divina se esparcen por el *qelipot*; Israel es el espíritu de los pueblos, la misión de Israel es la de reunir las chispas de luz divina diseminadas entre las gentes y así liberar a Dios de su exilio. En el sionismo de SCHOLEM, Palestina asume la función de reunir a los judíos del mundo y restaura el exilio de Dios. Las profusas investigaciones de SCHOLEM se pueden resumir en cuatro puntos fundamentales: 1) La exposición de los valores teológicos y morales de la *Kabala* judeo-española y en especial del *Zohar*. 2) El trauma de la expulsión de España, el exilio del exilio y sus consecuencias para el mundo judío. 3) La crisis de la conciencia mesiánica de carácter religioso, con el fracaso de Sabatai Zvi y su profeta Natán de Gaza (tema al que dedica SCHOLEM su más famosa y extensa monografía), y, posteriormente, la crisis del mesianismo religioso personalista de los *Hassidim* polacos. 4) El mito de la ruptura de los vasos y el sionismo como redescubrimiento de la identidad judía ante la crisis del Occidente cristiano. Los valores de la mística se nos presentan así insertos en un proceso (que me atrevería a llamar hegeliano) de historicidad. La historia judía como realidad del mesianismo kabalista. El mesianismo como auténtica identidad del mito superado: la promesa de Dios tras el diluvio.

SCHOLEM coincide con BENJAMIN en destacar el carácter predominante del lenguaje y el mito, pero discrepa de él en la afirmación pública de su fe religiosa judía, y en su rechazo del arte y el mito del mundo secular gentil. Tampoco SCHOLEM desarrolla un pensamiento sistemático y rara vez compromete su opinión personal; sin embargo, las líneas maestras de sus ideas aparecen evidentes en la lectura de sus libros. Para SCHOLEM, Dios no admite imagen, ni representación, ni identidad; Dios inescrutable se manifiesta sólo por la palabra. Israel es una mujer (la *Schejina*), y también la rosa entre espinas, y también el amor de Dios; por eso el Cantar de los Cantares es el libro más importante del kabalismo, y el *Zohar* se abre con la cita de la rosa en el Cantar de los Cantares. El mal se manifiesta en el exilio de Israel, que es también el exilio de Dios; la ruptura de los vasos es en su origen un proceso interno de Dios, y la creación ha sido confiada al hombre para redimir a Dios. En el protocolo del grupo sionista Haol, círculo de intelectuales y colegas de la Universidad hebrea, manifiesta SCHOLEM la falta de autoridad de los mandatos de la ley judía (*mizvot*), pero su fe en la revelación y en la tradición, que se manifiesta por la vivencia del pueblo judío (diríamos con terminología hegeliana que para SCHOLEM la *Tora* oral —la tradición— no es la tradición rabínica, sino la realidad del pueblo judío).

d) *Los temas de la correspondencia entre BENJAMIN y SCHOLEM*

Conociendo, pues, brevemente la personalidad y obra de los dos pensadores judíos, se hace más fácil exponer los apasionantes temas de su correspondencia. Asistimos, en primer lugar, a las circunstancias de la vida judía en los primeros años del nazismo. En la Palestina de SCHOLEM se incrementa la inmigración judía, en especial de intelectuales alemanes; a partir de 1935 se empieza a desatar el terrorismo árabe, asistimos al primer intento fracasado de la partición de Palestina, la Universidad hebrea aparece controlada por el judaísmo más ortodoxo. En Europa, el aparato nazi se perfecciona rápidamente y actúa cada vez con más decisión en persecución de los judíos; los hermanos de ambos (MICHAEL BENJAMIN y WERNER SCHOLEM) están encarcelados por la Gestapo; los profesores judíos son expulsados de la Universidad; la izquierda judía marxista mantiene una estrecha relación entre sí (BLOCH, BRECHT, ADORNO, FROMM); WALTER BENJAMIN no puede regresar a Alemania y vive en París con ayuda de medios judíos y con frecuentes viajes a España (España representa el ensueño judío en el alma de BENJAMIN).

SCHOLEM critica abiertamente el marxismo de BENJAMIN. Según SCHOLEM, un judío nunca es un marxista auténtico; para los judíos, el marxismo es mesianismo y no materialismo dialéctico; es un instrumento de crítica de la sociedad establecida, pero no de edificación de una nueva sociedad. En la carta de 10 de noviembre de 1937 insiste que el marxismo de BENJAMIN es un marxismo estético, o cultural; para SCHOLEM, el marxismo judío se origina en la amargura de comprender la imposibilidad de realización de lo revelado, intenta cumplir la ley judía desde una perspectiva profana. BENJAMIN se contradice, pues rechaza el sistema, y el comunismo es sistema, que participa activamente en el antisemitismo (SCHOLEM no lo dice, pero del contexto puede quizá deducirse que concibe el stalinismo—actualidad o realidad marxista del momento de la correspondencia—como un producto del comunista cristiano: autoridad y sistema, Stalin es un seminarista cristiano). Dos puntos no aparecen en la correspondencia, pero sobre ellos se manifiesta SCHOLEM en *Historia de una amistad*: El marxismo contiene un elemento amoral en el desprecio por todo lo burgués y carece de escrúpulos (pág. 65); la interpretación marxista de la historia es un destello emanado de una cristología central que se pretende introducir subrepticamente (pág. 98). Las respuestas de BENJAMIN a SCHOLEM son sumamente ilustrativas (en especial, carta de 6 de mayo de 1934). El orden establecido no le da posibilidad de expresarse: el marxismo no es para él un credo, sino un grito de libertad en el silencio; además, según BENJAMIN, el comunismo rectamente entendido no es una ideología (un sistema), sino una praxis, un modo de ser la persona y la sociedad; coinciden en los principios y combaten por la misma cosa. BENJAMIN rechaza el judaísmo como singularidad: el judaísmo es parte esencial del mundo gentil y está indisolublemente unido al mismo, es un sofisma interpretar la historia desde perspectivas religiosas exclusivistas; por otra parte, el sionismo es rigurosamente reaccionario (BENJAMIN no lo dice, pero está claro en el contexto: Israel es una Roma judía, los judíos quieren reedificar la Roma persecutora en provecho propio). Sin embargo, en su libro autobiográfico (*Diario de Moscú*, trad. esp., Madrid, 1988), memorias de su viaje a Moscú por encargo de una revista sionista, BENJAMIN nos muestra su decepción ante la Revolución rusa: el Gobierno soviético trata de des-

politizar la vida de Rusia y de dismantelar el comunismo militante; se apoya en los valores burgueses clásicos: censura severa, patriotismo nacionalista, ejército, trivialización de lo personal, persecución política (la checa), culto divinizado de Lenin (que repugna particularmente a BENJAMIN). La enfermedad mental de su amada Asia Lacis, a la que fue a ver a Moscú, es la enfermedad de los revolucionarios que amaron la libertad y encuentran reedificado en nombre de la revolución el mundo contra el que lucharon (muy pronto Asia sería enviada a Siberia). La preocupación fundamental de BENJAMIN en esos tiempos es la de ingresar o no en el partido comunista. ¿Es un episodio necesario para poder construir un pensamiento de izquierdas? ¿Puede haber pensamiento fuera de una Iglesia o un partido? (al final no llegó a ingresar en el partido). En su libro *Historia de una amistad*, insiste SCHOLEM en que el marxismo de BENJAMIN era «a manera de ensayo», para no enmascarar en lo ancestral aspectos actuales y políticos de su pensamiento (con cita de una carta de 22 de diciembre de 1924); su conversión marxista se produciría sólo después de 1929, por influencia de Asia Lacis, pero aun después nunca fue para él un dogma, lo que dejó abierta la puerta al espíritu creador y a las categorías cognoscitivas judías (insiste también recientemente en este planteamiento HANNAH ARENDT).

BENJAMIN y SCHOLEM coinciden en la importancia y trascendencia de la obra de KAFKA. Quizá KAFKA es el autor más comentado en su correspondencia. Ambos están de acuerdo en el carácter esencialmente judío de la obra de KAFKA y contemplan el Estado o sistema como una organización que no conoce sus propios orígenes y principios, que no tiene alma y que empuja la persona hacia absolutos sin límites. El Estado burocrático, dirigido por instancias desconocidas e inescrutables, destruye también a quienes se le someten (la revolución destruye, sobre todo, a los revolucionarios). Este Estado kafkiano se presenta con mil caras (nazismo, estalinismo, etc.), pero sólo se puede entender en su raíz religiosa profunda (según SCHOLEM, la persecución judía en Alemania no es un suceso aislado, sino que es parte de un proceso universal de naturaleza cósmica, cuya auténtica raíz es religiosa). Ambos están de acuerdo en que el juicio transforma al juzgador en acusado, por eso el juicio final acusa sobre todo a Dios. La persecución judía es el juicio de Dios. Dios es el juzgador juzgado. Para BENJAMIN, KAFKA es un judío sin palabra; la *Tora* y la revelación han fracasado, su mesianismo es la nada, los escolares han perdido el libro santo o no saben leerlo; los planteamientos de KAFKA son los de un fracasado, su fracaso personal significa el fracaso del judaísmo como revelación de la redención; la redención no puede revelarse, sino conquistarse (yo me atrevería a decir que en KAFKA ve BENJAMIN la esencia finalmente plasmada de lo cristiano en la civilización occidental). Para SCHOLEM, por el contrario, aceptando los principios de estas afirmaciones, KAFKA expresa la esencialidad del judaísmo como redención y su fracaso en el Occidente cristiano. Por eso ambos discrepan también en la importancia de PROUST, por el que BENJAMIN siente una particular fascinación. Quizá en SWAN, que desciende al mundo de los Verdurin por el amor de Odette y luego se arrepiente de haberla amado, pueda verse una consideración sobre la crisis profunda del judaísmo occidental después de SPINOZA y el fracaso de la herejía mesiánica de SABATAI ZVI; la propia familia de PROUST es judeoconversa al cristianismo. No es extraño que a SCHOLEM no le guste PROUST. ¿Acaso no veía en el marxismo de BENJAMIN un criptocristianismo?

En función de su religiosidad, SCHOLEM se aparta también discretamente del sionismo militante secular: «Con los sionistas no puedo hablar de mis intereses sionistas». El sionismo —según SCHOLEM— muestra una enorme sagacidad en el diagnóstico de la situación judía, pero no ofrece ninguna terapia. El sionismo, para SCHOLEM, es un camino a Palestina; el silencio, la historia del judaísmo; la misión de esta generación es callar y dejar que se manifieste el espíritu. El espíritu se ha de mostrar, finalmente, en Israel, donde el pueblo judío encuentra su identidad rescatada. Se impone una consideración final: el suicidio de BENJAMIN es algo más que un episodio personal, es el fin del sueño secular del judaísmo ateo en Occidente (sionista o no); quizá el sistema no tiene más religiosidad que la que le legaba el mundo judío; el marxismo no tenía más pensamiento que el mesianismo judío; cuando el sistema no tenga un BENJAMIN a quien destruir, cuando no queden judíos para quemar, el sistema (el proceso kafkiano) dejará de tener sentido. Un nuevo período de la historia judía comienza con el holocausto y la fundación del Estado de Israel: igual que en Toledo, los judíos conservaron y transmitieron la cultura oriental a Occidente; se presta ahora Israel a ser la cabeza de puente de la cultura occidental en crisis a un Oriente joven que despierta, porque el auténtico mesianismo (nos lo dice SCHOLEM en su obra *The messianic idea in judaism*, con cita de MAIMÓNIDES) es el estudio y la vivencia de la *Tora*. La *Tora*, escrita como palabra revelada de Dios, sólo puede conocerse en el futuro mesiánico, mientras tanto ofrece a cada persona y a cada época un destello de su brillo originario. Sólo en Israel se restauran, finalmente, los vasos con la luz divina rescatada en su integridad, lo que ha de hacer posible la comprensión definitiva de la palabra de Dios (la redención).

JOSÉ A. ALVAREZ. CAPERUCHIPI

LAYANA LÁZARO, LUIS: *Conceptos urbanísticos fundamentales sobre el suelo urbano en la jurisprudencia*. Editorial Civitas, Madrid, 1987, un tomo de 662 págs.

Por propia experiencia hemos podido comprobar, y creo que ya lo hemos dicho antes alguna vez, que los profesionales técnicos, no jurídicos, que trabajan en los ámbitos de la ordenación territorial, sea rústica o urbana, llegan a dominar tan perfectamente la normativa aplicable al suelo que muchas veces saben tanto Derecho como los juristas. Conozco Ingenieros Agrónomos y Arquitectos que no sólo conocen las leyes al dedillo, sino que a veces incluso han colaborado de modo importante y hasta decisivo en su redacción.

Naturalmente, esto no sucede por generación espontánea, ni por toques de inspiración sobrenatural, ni mucho menos porque la casualidad haga sonar la flauta. Es que hay técnicos, muchos técnicos afortunadamente, que estudian y analizan, y fichan, leyes o disposiciones administrativas vinculantes, así como sentencias, resoluciones y datos, hasta hacerse con un completo cuerpo de doctrina que resulta básica para el ejercicio de su profesión. Y hasta les sirve para comunicársela a otros, los cuales, a su vez, podrán usar útilmente tales datos, lo que es muy de agradecer.

Tal es el caso del autor de este libro, el Arquitecto LUIS LAYANA LÁZARO,

que ha seleccionado las más importantes sentencias del Tribunal Supremo, clasificándolas y agrupándolas en torno a los conceptos centrales, con lo que se facilita grandemente la consulta a quienes busquen los criterios jurisprudenciales para mejor enfocar problemas jurídicos que se suscitan en la práctica profesional

En el prólogo, el Catedrático de la Universidad de Valencia FERNANDO ROMERO SUÁREZ explica que los Reglamentos de Planeamiento, de Gestión y de Disciplina Urbanística, como complementarios de la Ley del Suelo, a la vez que suponen un instrumental operativo indispensable para los profesionales del urbanismo, suscitan numerosos problemas cuando se trata de su aplicación concreta, dada la compleja trama de peticiones jurídicas, económicas y sociológicas de los titulares de derechos y contrapuestos intereses que juegan en materia tan preciosa como es el suelo urbano.

A los Registros de la Propiedad nos llegan estas cuestiones normalmente plasmadas ya en documentos que contienen actos administrativos firmes y ejecutorios o contratos de voluntades concordes, pero aun así no dejan de vislumbrarse en ellos discusiones, tira y aflojas, afanes, en fin, en los que los interesados defienden, como es lógico, sus casi siempre enfrentadas posturas. Tengo en trámite de despacho varias transmisiones de unidades de aprovechamiento urbanístico derivadas de un planeamiento y he podido captar de cerca y personalmente las inquietudes de los titulares de estas unidades, que se reflejan en el Registro como fincas «especiales». Tan especiales que, pese a las garantías formales y legales, son un tanto fantasmagóricas, ya que se han de reflejar y concretar tan sólo, en un futuro más o menos lejano, sin saber dónde de momento. Alguien me ha dicho que a estos titulares de «UDAS» se les podría considerar algo así como «almas en pena», porque han de vagar por oficinas, gerencias, juntas de compensación y gabinetes técnicos sin descanso, hasta conseguir el definitivo acomodo que desean para sus vaporosas unidades. Sólo se tranquilizarán cuando se plasman en un solar o parcela concretos, en tal sitio, con tantos metros cuadrados, con tales linderos..., ¡y una inscripción dominical firme y segura en los libros registrales! No es para tomarlo a broma, no. Son cuestiones serias, vitales.

Lo cierto es que, al igual que ha ocurrido con la concentración parcelaria en los ambientes rústicos, el urbanismo ha tomado carta de naturaleza en nuestras ciudades y ambas instituciones se han incardinado firmemente en nuestro modo actual de entender la ordenación del territorio. La verdad es que aportan soluciones antes impensables y que ya las vamos viendo como naturales y adecuadas.

En el tratamiento del suelo urbano surgen peculiares problemas derivados de su escasez y creciente valor, por lo que se discute desde su calificación hasta el entramado de derechos y deberes que configuran el estatuto del propietario, así como la delimitación de las unidades de gestión.

El autor nos explica que por necesidades de sus servicios profesionales en la Administración ha tenido que conocer y estudiar la más variada doctrina y jurisprudencia sobre Derecho urbanístico, recopilando las sentencias del Tribunal Supremo dadas en la materia. Aportado su trabajo a un concurso del Colegio Oficial de Arquitectos de Valencia, fue justamente seleccionado y ahora se publica. Con ello se aporta un útil instrumento de trabajo que ha de servir no sólo para los técnicos urbanistas, sino también

para los juristas y todos los demás profesionales de titulación superior dedicados a estos menesteres.

Las sentencias se resumen y agrupan en catorce capítulos, que responden a conceptos fundamentales del urbanismo, y que son:

1. El suelo urbano en municipios sin plan.
2. Proyectos de delimitación de suelo urbano.
3. Qué es suelo urbano en municipios con plan.
4. Cesiones y cargas en el suelo urbano.
5. Condiciones de un terreno para ser solar.
6. Polígonos y unidades de actuación.
7. Proyectos y obras de urbanización.
8. Planes especiales.
9. Zonas verdes y espacios libres.
10. Catálogos.
11. Estudios de detalle.
12. Derecho transitorio de la Ley del Suelo de 1975
13. Real Decreto 16/1981
14. Otros asuntos, donde recoge sentencias varias no encuadrables en los apartados anteriores.

Aunque no se incluyen todas las sentencias que se refieran a cada materia —tarea imposible, dado su número—, se recogen gran número de ellas, las más significativas para mostrar el criterio jurisprudencial. Dentro de cada capítulo se ordenan cronológicamente, por sus fechas.

Cada sentencia se presenta con un resumen de su contenido, con una pequeña introducción y después los considerandos manteniendo su texto íntegro. Por último, se termina con un breve, pero certero comentario.

En resumen, el autor ha recogido y ordenado un importante material jurisprudencial útil y aprovechable, prestando un buen servicio a los profesionales, interesados o estudiosos del urbanismo, en un libro bien presentado.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen, y otros: *Derecho inmobiliario registral* Guías de estudio «LA LEY». Madrid. 1988. un tomo de 345 págs.

En alguna otra ocasión hemos comentado la no abundante atención que hasta ahora solía dedicarse, con honrosas excepciones, al estudio de las materias registrales en nuestras Universidades. Aparte de los cursos monográficos con sede en el Doctorado, el Derecho hipotecario era tan sólo una parte del tercer curso de Derecho civil de la Licenciatura y su estudio no podía calificarse de demasiado profundo. Resultado: Que con lo aprendido en las aulas del *Alma Mater*, un Abogado salía con escaso bagaje para afrontar cualquier actuación profesional relacionada con el Registro de la Propiedad.

Y la realidad nos dice que son ya pocos los negocios jurídicos que no se basen en los asientos registrales o los toquen de algún modo: los actos inmobiliarios, en todo caso. Se quiera o no, el Derecho hipotecario es bási-

co en el tráfico de fincas, aportando una seguridad jurídica irremplazable, y desempeña también un importantísimo papel en las facetas sociales de la propiedad, sea rústica o urbana, así como en la política del suelo y la ordenación del territorio. Todo ello, además, con la garantía de que la Institución está servida por unos profesionales especialistas, que gozan de un prestigio ganado a pulso mediante el estudio y el trabajo diario, con una preparación, independencia y dedicación indiscutida y fuera de toda duda.

Por eso hemos de constatar con satisfacción la atención creciente que ya vienen prestando las Facultades universitarias a la mejor preparación hipotecaria de los futuros Abogados, sea en los cursos de la Licenciatura propiamente dicha, sea en los cursos de práctica jurídica o en los del Doctorado. Todo ello, en definitiva, revertirá en el mejor conocimiento de esta rama jurídica, que no es abstrusa, como ha dicho alguien poco enterado, sino solamente especial.

Sólo requiere, para su dominio y manejo, la atención precisa y la dedicación y estudio suficientes. Así tendremos unos buenos Abogados que conozcan bien el Registro y sus reglas, y quizá también unos buenos opositores que deseen especializarse y lleguen en su día a ser buenísimos Registradores, que reemplacen, por el transcurso generacional, a los que les precedieron, igualando y hasta aumentando el prestigio ganado por éstos.

En este laudable afán de mejora de los estudios hipotecarios en el ámbito de la Licenciatura en Derecho, ya conocemos varios libros y manuales estudiantiles debidos a prestigiosos maestros. Algunos los hemos presentado y comentado en estas páginas y no es cosa de repetirlos ahora y menos conitar sospechas de propaganda interesada en favor de amigos.

Hoy lo hacemos con este nuevo libro, del que son autores varios profesores de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, que aprovechando un esfuerzo común han redactado capítulos distintos, pero resultando un conjunto armónico y bien ensamblado. Así obtienen un apreciable resultado en beneficio no sólo de la prontitud, como modestamente afirman, sino también de la calidad y la eficacia. De este modo ponen, pronto y bien, este buen instrumento de trabajo a disposición de los estudiantes, que son sus destinatarios inmediatos, y de los profesionales en general, a los que también puede aprovechar.

Como se dice en la presentación, el acercamiento del Derecho inmobiliario registral a quienes se interesan por esta materia debe conjugar el manejo de las grandes obras, de las que no se puede abdicar en ningún caso, con unas guías de estudio que sirvan de síntesis de los problemas fundamentales, lo que permitirá después una mayor profundización. Se trata de complementar y abundar los estudios que existen sobre Derecho inmobiliario registral desde una óptica más esquemática y menos rigurosa que combine los necesarios contenidos científicos con los aspectos prácticos. Por ello, cada capítulo va acompañado de una guía bibliográfica que permite al lector buscar conocimientos más depurados cuando los necesite o los desee.

Por nuestra parte, ya hemos dicho que este libro no adolece en modo alguno de falta de unidad, aunque haya sido escrito por varios autores; junto a la maestría de ellos, se nota una adecuada coordinación que mantiene la obra en una clara línea uniforme. Realmente, el Derecho no es un puro dogma, sino que está construido de modo racional y crítico, por lo que las diferentes ópticas asumidas por cada uno de los autores podrá

enriquecer el resultado final, presidido, ya lo hemos dicho, por un hilo conductor claro y preciso.

Los capítulos que comprende son diez y vamos a verlos:

I. *El Derecho inmobiliario y el Registro de la Propiedad*.—Cuyo autor es ARTURO MERINO GUTIÉRREZ, trata del problema de la autonomía de esta rama jurídica respecto al Derecho civil, examina su concepto y contenido y entra en el discutido, aunque no importante, tema de las distintas denominaciones: Derecho hipotecario, registral, del Registro de la Propiedad y Derecho inmobiliario registral, que parece ser el que goza de una mayor aceptación. Tras repasar los caracteres de este Derecho analiza el concepto del Registro de la Propiedad, cuya base es la finca; estudia su concepto y clases y las modificaciones cualitativas y cuantitativas de las fincas.

II. *Actos y derechos inscribibles en el Registro de la Propiedad*.—LUIS GONZÁLEZ MORÁN toca de entrada la también manida cuestión de si el Registro lo es de títulos o de derechos para estudiar cuáles son, según nuestra legislación, los derechos inscribibles y los que no pueden acceder a los libros. Dentro del Derecho en general analiza los datos que resultan amparados por la protección registral y el modo de hacer constar el aplazamiento de pagos y las condiciones suspensivas y resolutorias.

III. *Inmatriculación y procedimientos inmatriculadores*.—CARMEN MORENO-LUQUE CASARIEGO expone el concepto de la inmatriculación como asiento que permite la entrada de una nueva finca en el Registro y analiza después los diversos procedimientos para conseguirlo y que son bien conocidos: el expediente de dominio en sus diversas facetas, el título público amparado por el artículo 205 de la Ley Hipotecaria y las certificaciones del 206. También contempla el procedimiento para inscribir derechos reales cuando no está inscrita la finca sobre que recaen y la doble inmatriculación, fenómeno posible, aunque muy infrecuente.

IV. *El procedimiento registral*.—Lo estudia MARÍA CÁRCABA FERNÁNDEZ, comenzando por la rogación o petición del interesado para que se inscriba el título que presenta, normas de dicha presentación y personas legitimadas para hacerla. Se presentan títulos en sentido formal, cuyos requisitos se analizan, estudiando el Libro Diario y la normativa de los asientos de presentación que en él se practican y lo referente al desistimiento.

V. *Los principios de prioridad, tracto sucesivo y legalidad*.—Son estudiados por la misma autora del apartado anterior, la cual analiza el concepto y alcance de la prioridad, condensados en el lema *Prior tempore potior iure*, con las consecuencias del rango registral. El tracto sucesivo y sus modalidades y el principio de calificación cierran el capítulo. En este último se extiende en la naturaleza e importancia que tiene la calificación del Registrador, de la que depende que el acto ingrese o sea rechazado en el Registro. El Registrador emplea sus conocimientos jurídicos en este acto y no es un autómatas: Es un profesional que, bajo su responsabilidad, ha de calificar la legalidad de las formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos que contengan los títulos presentados. Si observa defectos, no inscribe y su nota sólo puede revocarse mediante los recursos establecidos en la legislación hipotecaria.

VI. *La inscripción en el Registro de la Propiedad*.—El capítulo del que es autor LUIS GONZÁLEZ MORÁN estudia el asiento principal del Registro, que es la inscripción, como manifestación definitiva de la constitución, modificación o transmisión de un derecho real inmobiliario. Analiza cuáles

son constitutivas, obligatorias y las voluntarias, que son el mayor número con carácter general. Estudia la efectividad del artículo 313 de la Ley Hipotecaria, tajante en la letra y casi olvidado en la realidad, y entra después en el principio de legitimación o presunción de exactitud registral en su faceta material del artículo 38 y su faceta procesal del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, conocido por «la penicilina» en los ámbitos curiales.

VII. *La fe pública registral*.—A ARTURO MERINO GUTIÉRREZ ha correspondido estudiar el tema central de la protección omnimoda que presta el Registro al «tercero hipotecario». El artículo 34 de la Ley exige la adquisición de buena fe, de persona titular según el Registro, a título oneroso e inscripción consiguiente; si concurren estos requisitos, la Ley es tajante: será mantenido en su adquisición. Con esta base, el autor explaya el contenido del precepto y las consecuencias jurídicas de la aplicación de la fe pública registral, *sumum* de la protección al tercero. No cabe aplicar el principio a los actos nulos, ni tampoco pueden apoyarse en el Registro quienes no tengan su título inscrito; los artículos 33 y 32 se lo vetan. La prescripción está regulada de modo un tanto confuso y el autor trata de aclarar el galimatías legal.

VIII. *Las anotaciones preventivas*.—MARGARITA FUENTE NORIEGA aborda el estudio de estos asientos provisionales de variado objeto, que nuestra Ley Hipotecaria regula enumerándolos y distinguiendo sus efectos no siempre de modo claro. Son avisos, anticipos, que a veces se convierten en asientos definitivos y otras decaen. Los más frecuentes son los de demanda y, sobre todo, los de embargo para asegurar resultados de juicios ejecutivos.

IX. *Otros asientos registrales*.—A la misma autora del apartado anterior corresponde analizar este cajón de sastre, donde se comprenden las notas marginales, las menciones y el asiento de cancelación. Muy cuidadosamente lo hace, de modo que quedan bien claros los conceptos, clases, características y formalidades de cada uno de ellos, tan necesarios en la práctica registral.

X. *La rectificación registral*.—ALICIA DE LEÓN ARCE arranca del artículo 39 de la Ley Hipotecaria, que considera inexactitud todo desacuerdo entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral. Analiza los supuestos en que tal inexactitud puede darse para pasar a los medios para corregirla, que ya sabemos se contienen en el artículo siguiente, el 40. Estudia las clases de errores, materiales o de concepto, y el procedimiento de su rectificación.

En resumen, un compendio muy bien hecho de nuestra ciencia hipotecaria y un buen eslabón para mejor conocer y apreciar el significado y la importancia del Registro de la Propiedad en España, que será utilísimo a los universitarios como guía de sus estudios y base para ampliarlos en el futuro.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de práctica forense*. Editorial Civitas, 1988.

Reanudo esta colaboración en la sección de bibliografía de la *Revista* después de haberme tomado lo que yo pretendí considerar como un «año sabático», sin darme cuenta que era un «año bisiesto» en su acepción peyo-

rativa, pues si el primero me hubiera servido para meditar sobre ciertas cuestiones fundamentales, el segundo no ha hecho más que poner angustias en todo su transcurso, y si la angustia es, según CERÓN, como cuando alguien se está bañando en un río, quiere salir y le han quitado las dos orillas, el año ha consistido en recuperar orillas.

Para reanudar esta colaboración nada mejor que un libro (¿cuántos ha escrito?) de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, cuyas recensiones parece que acaparo en exclusiva por expresa petición de su autor. Para un lector impenitente, el leer un libro es una satisfacción, pero si el libro versa sobre cuestiones de Derecho supone siempre la gran oportunidad de saber y enterarse de cosas que uno ignora. GONZÁLEZ PALOMINO decía, refiriéndose al campo de los conocimientos para opositar, una frase que puede aplicarse a este caso: «Nunca se está suficientemente preparado, en el sentido de no tener ya nada nuevo que aprender .. ni que olvidar». Y en este caso concreto, GONZÁLEZ PÉREZ nos acerca a un campo amplio y difícil, en el que para una eficaz defensa de los derechos e intereses legítimos frente a la Administración pública es preciso adquirir la técnica adecuada para actuar en los procedimientos administrativos, en los procesos administrativos ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo y en los procesos ante el Tribunal Constitucional.

La situación de privilegio en que se mueve la Administración (semejante al pasaje bíblico de David y Goliat), donde la misma puede dictar actos obligatorios y ejecutivos, donde la misma puede adecuar a Derecho sus propios actos y donde puede ejecutar los mismos contra la voluntad del obligado, hace preciso adquirir una técnica que nos permita movernos en ese entramado de Tribunales y procedimientos para conservar nuestros derechos. En una palabra, hay que saber manejar la honda y tirar la piedra con la violencia necesaria para derribar al gigante. La legislación nos ofrece los recursos —la honda— y el autor de esta publicación el manejo de los mismos con eficacia.

La publicación —presentada con tipografía perfecta, tamaño manejable y bonita encuadernación— se divide en tres grandes partes referidas al procedimiento, al contencioso y al proceso constitucional, estando precedidas de una introducción sobre la aplicación del Derecho y unas normas generales, aparte de unos índices de disposiciones citadas, otro alfabético de materias y unas claves de abreviaturas. Ajustándonos a todo ello vamos a sintetizar su contenido.

A. INTRODUCCIÓN

Resulta sumamente aleccionador el gran consejo que el autor brinda al comenzar esta especie de «preparación» para la actuación frente a la Administración y el que el Derecho que hemos de manejar podrá ser administrativo, procesal administrativo o procesal constitucional, pero la «técnica» será sustancialmente idéntica. Por ese camino nos brinda el autor los mecanismos intelectuales que exigen la aplicación del Derecho: la elección de la norma (búsqueda y hallazgo de la norma), crítica de la norma, fijación de los límites de su eficacia, posible concurso o concurrencia de normas, interpretación de las mismas, opiniones doctrinales, jurisprudencia, actuación de las normas: la técnica y la práctica. Este mosaico

viene ilustrado con referencias a colecciones, bibliografía y otros puntos que sirven de gran orientación.

Siguiendo en ese camino ofrece unas normas generales de actuación que son comunes a todos los campos desarrollados y que se refieren a los sujetos, tanto ante quien se actúa como el actuante, el objeto de la actividad, el lugar donde radican los órganos públicos, el tiempo de la actividad y su influencia en los cómputos, horas y días hábiles, terminando con la forma de los actos (oralidad, idioma, lenguaje y formalidades especiales).

B. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Este campo es para el autor una especie de paseo militar, ya que son numerosas las publicaciones que ha ofrecido sobre la materia. Lo estructura distinguiendo la iniciación del procedimiento, con sus posibles incidencias si no se es «interesado» y si se notificó o no la resolución. Le sigue la parte del desarrollo del procedimiento (ordenación, instrucción, prueba y terminación del procedimiento) y ejecución del acto. Por último, y después de haber tocado el problema del silencio y su teoría (eso que yo he llamado «grosería administrativa»), nos brinda los recursos contra el acto o resolución administrativa: alzada, reposición, revisión

C. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La gran labor didáctica del autor en la exposición de las materias reside fundamentalmente en que el esquema que elige para exponer una de ellas le sirve luego, con gran eficacia, para exponer a los demás, de ahí que al enfocar el contencioso-administrativo siga la misma línea antes apuntada y distinga la iniciación, la tramitación y los recursos, así como la ejecución de la sentencia.

D. PROCESO CONSTITUCIONAL

Creo que es la parte más novedosa del *Manual* y en ella, después de exponer la esencia de la protección de la legalidad administrativa en órdenes jurisdiccionales distintos al administrativo, concretamente ante el Tribunal Constitucional, señala los tres cauces: la declaración de anticonstitucionalidad, el recurso de amparo y el procedimiento para impugnar disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas (art. 161, 2, de la Constitución). Aquí la exposición sistemática de las diferentes materias, convertidas en cauces procesales, sean estudiadas por el autor distinguiendo en todas ellas el concepto, los requisitos y el procedimiento, con sus inevitables variantes e incidencias.

Creo que con este esquema, casi sumarial de la publicación, el lector puede darse cuenta perfecta de la utilidad de este *Manual* para poder utilizar los medios de defensa frente a un derecho conculcado. Es preciso agradecer al autor estas sugerencias y estas facilidades, aunque al mismo tiempo se pida fervientemente para no tenerlas que utilizar, y no porque con ellas no se llegue al triunfo, sino porque al ejercitarlas se siente uno un tanto disminuido. Yo he comparado siempre la «cultura» con el «dere-

cho»: a mayor cultura, el derecho se empequeñece porque se respeta el de los demás, y a menor cultura, se engrandece porque se ignora el que los otros tienen. De ahí la «gran tristeza» que uno siente cuando tiene que acudir al recurso por no haberse reconocido o respetado su derecho.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTA DE REVISTAS



REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 528 (Septiembre 1988)

Dos cuestiones controvertidas en materia de clases pasivas, por JOSÉ LEANDRO MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, pág. 4997.

Algunas consideraciones sobre normativa procesal en vigilancia penitenciaria, por ANTONIO GIBBERT GIBBERT, pág. 5019.

Comentario a un supuesto práctico de auxilio administrativo internacional en aplicación del Convenio Hispano-Francés de Seguridad Social de 1974 como consecuencia de un accidente sufrido por un súbdito francés en España, por JOSÉ MIÑARRO GARCÍA, pág. 5025.

Constitucionalismo español: 1808-1978. Ensayo histórico-jurídico, por EMILIO ATTARD, pág. 5031.

El recurso de casación militar en la doctrina del Tribunal Constitucional, por DIEGO RAMOS GANCEDO, pág. 5191.

La excepción militar a la abolición de la pena de muerte, por JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ AREAL, pág. 5219.

Breves consideraciones acerca de la actual regulación legal de la cancelación de notas desfavorables obrantes en la documentación personal administrativa de los militares, por EDUARDO MONTULL LAVILLA, pág. 5231.

Evolución actual de la justicia militar y el Derecho penal militar en la República Argentina, por JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, página 5233.

La normativa sobre el transporte por carretera en Holanda, por JUSTIN E. J. HEMMES, pág. 5305.

Reforma de la legislación aduanera como consecuencia de la integración española en el Mercado Común, por FRANCISCO JOSÉ SÁNCHEZ ORTIZ, página 5311.

Convención sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, por FRANCISCO MIGUEL SÁNCHEZ GAMBORINO, pág. 5317.

Investigación genética y Derecho penal, por ENRIQUE RUIZ VADILLO, página 5791.

El comienzo de la vida humana, por MARÍA DOLORES VILA CORO BARRACHINA, pág. 5795.

Números 529-530 (Octubre-noviembre 1988)

En torno a la «joint venture», por JOSÉ F. AGUILÓ, pág. 5813.

El llamado procedimiento del tirón y su calificación penal según la doctrina del Tribunal Supremo, por VICENTE S. PALAU MAS, pág. 5849.

El derecho de asociación política, por ANA M.^a JUAN LOZANO, pág. 5857.

Los derechos humanos desde y hacia lo metarracional. Observaciones criminológicas sobre Beccaria, por ANTONIO BERISTAIN, pág. 6065.

Los plazos en la tramitación escrita para la obtención de adhesiones al convenio en los expedientes de suspensión de pagos, por JOSÉ M.^a SEGRERA TIZÓN, pág. 6087.

La incidencia del concurso en las relaciones jurídicas preexistentes, por M. CASALS COLLDECARRERA, pág. 6091.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Octubre 1988)

La reforma del Derecho Internacional Privado en la República Federal Alemana, por FRANCISCA HERNANZ SÁNCHEZ, págs. 867 a 893.

Un enfrentamiento de culturas: la influencia española en el Derecho de aguas de los Estados Unidos de América, por DONALD J. PISANI, páginas 894 a 910.

(Noviembre 1988)

El llamado testamento en lengua extranjera, por JOSÉ MANUEL LOIS PUENTE, págs. 971 a 988.

Los testamentos biológicos, por ESTHER PAMBLANCO LILLO, págs. 989 a 1002.

(Diciembre 1988)

Aspectos jurídico-privados de la llamada cuota lechera, por JOSÉ M.^a DE LA CUESTÁ, págs. 1067 a 1080.

El nombre civil como aportación social, por MANUEL IGNACIO FELIU REY, páginas 1081 a 1094.

BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

Número 5 (Septiembre-octubre 1988)

La nueva versión de la adopción, por J. GUTIÉRREZ RUBIO, pág. 7.

Inconstitucionalidad de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por N. ALONSO DÁVILA, pág. 13.

Los contratos de franquicia, por M. A. BOTIJA BELTRÁN, pág. 17.

Naturaleza jurídica del juicio de equidad, por L. MUÑOZ GONZÁLEZ, pág. 25.

La administración de justicia, por J. M. REYES MONTERREAL, pág. 33.

El último párrafo del artículo 501 del Código Penal, por F. CORSTINO, pág. 45.

Reflexiones sobre el estado de la administración de justicia, por M. NAVARRO HERNÁN, pág. 49.

I Centenario del Código Penal de la Marina de Guerra, por N. GONZÁLEZ DELEITO, pág. 55.

DOCUMENTACION JURIDICA

Monográfico dedicado a la reforma de la Ley de Procedimiento Laboral
Número 52 (Octubre-diciembre 1986)

Panorama de la reforma, por EDUARDO CARRIÓN MOYANO, pág. 925.

Procesos especiales en materia de libertad sindical, por EDUARDO CARRIÓN MOYANO, pág. 955.

Comentarios a los títulos I y II del libro primero del anteproyecto del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, por VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS, pág. 991

El proceso ordinario en el anteproyecto de textos refundidos de la Ley de Procedimiento Laboral, por MIGUEL TORRES ANDRÉS, pág. 1053.

El despido radicalmente nulo, por MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ, página 1069.

La ejecución provisional en materia laboral, por JESÚS GONZÁLEZ VELASCO, página 1091.

El recurso de casación en el anteproyecto de la Ley Procesal Laboral, por FÉLIX DE LAS CUEVAS GONZÁLEZ, pág. 1161.

Recurso de suplicación, por MANUEL AVILA ROMERO, pág. 1199.

Algunas consideraciones sobre el proceso, la casación y la revisión en el orden jurisdiccional social, por ENRIQUE RUIZ VADILLO, pág. 1223.

El proceso de impugnación de convenios colectivos, por RAFAEL MARTÍNEZ EMPERADOR, pág. 1251.

La reclamación administrativa previa ante el Estado y el proceso laboral, por EMILIO JIMÉNEZ APARICIO, pág. 1295.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 144 (Abril-junio 1988)

Orígenes y evolución de la política pesquera común, por MARK WISE, pág. 9.

La evolución común de la pesca: Evolución y perspectivas, por RAYMOND SIMONNET, pág. 37.

La incidencia en España de la política comunitaria de estructuras pesqueras, por RAFAEL JAÉN VERGARA, pág. 57.

La incidencia en España de la política comunitaria de recursos pesqueros, por PILAR GARCÍA DOÑORO, pág. 71.

Valoración crítica y alternativas a la política comunitaria de gestión de recursos pesqueros, por ALVARO FERNÁNDEZ GARCÍA, pág. 89.

Impacto de la adhesión comunitaria para el sector pesquero andaluz, por J. L. OSUNA LLANEZA y MARTA MACÍAS DORISSA, pág. 109.

El comercio agroalimentario andaluz con la CEE: Previsibles efectos de nuestra integración económica, por CRISTINA BLASCO VIZCAÍNO y FRANCISCO GONZÁLEZ FAJARDO, pág. 121.

Determinación de primas de seguros agrarios: Una aplicación de los cereales de invierno en España, por ARTURO SERRANO BERMEJO, pág. 151.

Orientaciones técnico-económicas de las explotaciones agrarias, por LUIS RUIZ MAYA, pág. 165

La agricultura contractual: El sector lácteo asturiano, por ROSA SORIA GUTIÉRREZ, MANUEL RODRÍGUEZ ZÚÑIGA y ALICIA LANGREO NAVARRO, página 221.

Sobre la eficiencia de la reforma agraria en Andalucía. Una réplica, por LUIS VICENTE BARCELÓ VILA, pág. 225.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 4 de 1988

Ámbito de poder de representación de los administradores de Sociedades Anónimas y Sociedades de Responsabilidad Limitada en el proyecto de Ley de Reforma, por EDUARDO POLO, pág. 847.

La Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987. Estudio crítico (I.ª part.), por ADRIÁN GUAL DE SOJO, pág. 877.

Algunas notas sobre las autoliquidaciones municipales y su impugnación, por RAFAEL DE OLAÑETA, pág. 899.

Los mecanismos de protección contractual contra el riesgo de cambio en las transacciones internacionales, por JOSÉ M.ª MIN ROS, pág. 915.

Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal, por EDUARDO FONT SERRA, pág. 939.

Introducción a las formas de gestión directa de servicios y actividades económicas locales, por FRANCISCO LLISSET BORRELL, pág. 951.

Una discutible interpretación extensiva del delito de apropiación indebida, por HERNÁN HORMAZÁBAL MALAREE, pág. 959.

La situación actual del exequatur en España, por CARLOS PRAT, pág. 981.

El derecho de reunión, por JUAN LUIS PÉREZ FRANCESCH, pág. 1013.

Validez de la Junta General de la Sociedad Anónima con convocatoria irregular y falta de quórum, por JAVIER AÑOVEROS TRÍAS DE BES, pág. 1035.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 5 (Enero-junio 1988)

Crónica jurídica de la reforma agraria andaluza, por JAVIER PÉREZ ROYO, página 11.

La planificación conjunta en el federalismo cooperativo, por ENOCH ALBERTI ROVIRA, pág. 37.

La vecindad civil: en torno a un proyecto de reforma, por M.ª ANGELES PARRA LUCÁN, pág. 53.

La coordinación de las Diputaciones por la Comunidad Autónoma. El caso valenciano, por REMEDIOS SÁNCHEZ FERRIZ, pág. 81.

El mapa municipal ante la reforma del régimen local de Navarra, por DIEMETRIO LOPERENA ROTA, pág. 107.

Anotaciones sobre la Ley Foral de Ordenación del Territorio, por FRANCISCO JAVIER ENERIZ OLAECHEA y otros, pág. 121.

Aplicación de la Ley General Tributaria en Navarra, por JOSÉ MANUEL YUDEGO ORTIZ, pág. 137.

Notas sobre la serventía (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1985), por M.ª ELVIRA ALFONSO RODRÍGUEZ, pág. 149.

Sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas contra la Administración pública. La Sentencia del Tribunal Constitucional 167/1987, de 27 de octubre, por MOISÉS BERMEJO GARDE, pág. 167.

REVISTA DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL SEÑORIO DE VIZCAYA

Número 40 (Enero-junio 1988)

El Reglamento Penal Vizcaino, por JOSÉ LUIS SAGARDUY MENÉNDEZ, pág. 13.
Luces y sombras del jurado, por JOSÉ RICARDO PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, página 37.

Responsabilidad de los bienes gananciales por avales y fianzas, por EUGENIO M.^a GOMEZA ELEIZALDE, pág. 53.

Sociedades Anónimas Patrimoniales, por IGNACIO ARCOCHA BASTERRA, página 83.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Número 1 (Enero-junio 1988)

El derecho de las represalias en tiempo de paz, límites y condiciones del ejercicio, por JORGE PUEYO LOSA, pág. 9.

La pretensión de justificar el uso de la fuerza armada con base en consideraciones humanitarias. Análisis de la práctica internacional contemporánea, por CASTOR M. DÍAZ BARRADO, pág. 41.

Una perspectiva funcional del método de atribución, por PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, pág. 79.

REVISTA NOTARIAL ARGENTINA

Número 894 (Septiembre-octubre 1987)

Inserción del Notario en la sociedad actual y en la futura, por LA REDACCIÓN, pág. 679.

Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido (Palma de Mallorca, España, 17 a 20 de junio de 1987), Coordinadora Nacional M.^a TERESA ACQUARONE, pág. 683.

La transmisión voluntaria del dominio. La tradición, por CRISTINA NOEMÍ ARMELLA y otros, pág. 767.

Tiempo compartido, por MARCELA H. TRANCHINI DE DI MARCO, pág. 825.

Introducción a la informática jurídica, por FERNANDO ALBERTO MORA, página 831.

Consideraciones sobre algunos aspectos del Derecho registral a partir del planeamiento urbano, por PATRICIA D. SARUBO y OSCAR E. SARUBO, página 883.

Sociedades comerciales y registración mercantil: I. Generalidades. II. Administración y representación. III. Intervención judicial. IV. Derechos del accionista. V. Fiscalización estatal, por EDUARDO M. FAVIER DUBIOS (h), pág. 889.

Proyecto de escritura de contrato de arrendamiento rural, por EDUARDO VÍCTOR CURSACK, pág. 903.

REVISTA DE DIREITO IMOBILIARIO DO BRASIL

Número 21 (Enero-junio 1988)

Os Cemitérios e o Registro de Imóveis, por GILBERTO VALENTE DA SILVA e ISABEL CRISTINA ORTEGA, pág. 7.

Da Obrigatoriedade do Registro da Incorporação do Condomínio, por ELVINO SILVA FILHO, pág. 15.

Certidoes Integrais do Registro Imobiliário: da Prevalencia do Meio Re-prográfico, por RICARDO HENRY MARQUES DIP, pág. 37.

O Direito Real de Usufruto, por ADEMAR FIORANELI, pág. 44.

A promessa de Venda de Imóvel e o Registro, por AFRANIO DE CARVALHO, página 78.

Conclusoes do VII Congresso Internacional de Direito Registral, pág. 82.

NOTICIAS CEE

Número 46 (Noviembre 1988)

El monopolio español de petróleos: Reglamentación de precios y Derecho comunitario, por RENÉ CHRISTIAN BERAUD, pág. 11.

La aplicación del Derecho comunitario de la competencia al sector seguros, por Pío CABANILLAS ALONSO, pág. 17.

Las ayudas públicas a empresas y la política de defensa de la competencia, por EMILIO J. MATA GALÁN, pág. 33.

La política comunitaria de la PYME, por CARLOS MOLINA DEL POZO, pág. 39.

Intercambio de información tributaria y derecho de información (notas sobre la incorporación al Derecho interno de las directivas comunitarias en materia de intercambio de información), por ANTONIA AGULLÓ AGÜERO, página 47.

Necesidad de un mercado único: coste de la no Europa; realizaciones llevadas a cabo, por MERCEDES PUELLES REDONDO y NATALIA AZCUE BREA, pág. 55.

Puntos de vista de los agentes socio-políticos ante el Mercado único, por MERCEDES PUELLES REDONDO y NATALIA AZCUE BREA, pág. 63.

Cambios estructurales que se prevén en la industria de la CEE como consecuencia del Mercado único europeo. Posición de Japón, Estados Unidos y EFTA al respecto, por MERCEDES PUELLES REDONDO y NATALIA AZCUE BREA, pág. 73.

¿Incrementará el Mercado único las diferencias entre la Europa del Norte y del Sur?, por MERCEDES PUELLES REDONDO y NATALIA AZCUE BREA, pág. 87.

Crónica de los contratos públicos en la CEE (enero-diciembre de 1987), por JUAN CLIMENT BARBERÁ, pág. 101.

Número 47 (Diciembre 1988)

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la transposición de las directivas al Derecho nacional, por YVES GAIMOT y JEAN-CLAUDE BONICHOT.

Las Comunidades Europeas y Estados Unidos: Dos modelos agrarios de control de precios y rentas, por DONATO FERNÁNDEZ NAVARRETE.

Crónica de la actividad de la Comunidad Económica Europea en materia de competencia comercial durante el año 1987, por JOSÉ M. PELÁEZ MARÓN.

El cuarto programa de acción de la CEE en materia de medio ambiente para el periodo 1987-1992, por FERNANDO FUENTES BODELÓN.

Introducción al mercado hipotecario español, por FERNANDO CANALS BRAGE.

Propuesta de directiva sobre crédito hipotecario, por MANUEL CASERO MEJÍAS.

Sistemas hipotecarios en la Comunidad Económica Europea: su posible unificación, por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ.

Crónica tributaria de la CEE (III). Agosto-diciembre de 1987, por DOMINGO CARBAJO VASCO.

Decisiones del Consejo sobre simplificación y armonización de regímenes aduaneros, por FERNANDO LEÓN PEÑA.

La renta equivalente a la importación de productos petrolíferos de la CEE, por ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE.

El seguro de protección jurídica. Directiva comunitaria de 22 de junio de 1987, por FELIPE MASSÉ.

Libre circulación de capitales. Acta de Adhesión de la República Helénica, por JOSEFINA ARRILLAGA.

Imposibilidad de efecto directo, en perjuicio de un particular, de una Directiva no ejecutada en el tiempo prescrito, por ANTONIO EMBID IRUJO.

Consideraciones acerca del procedimiento especial de suspensión con motivo de la Resolución de 15 de junio de 1987 en el asunto 142/1987, por LUIS M. SELVA SÁNCHEZ.

Sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia durante 1987 en materia de competencia, por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA.

El sistema de la carta verde. Su naturaleza de Derecho privado entre Asociaciones de Aseguradores, por FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ.

