

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXIV ◦ Marzo-Abril 1988 ◦ Núm. 585

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

- D. Carlos M. Hernández Crespo.
- D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
- D. Pío Cabanillas Gallas.
- D. Antonio de Leyva y Andía.
- D. José Luis Lacruz Berdejo.
- D. Juan Vallet de Goytisoló.
- D. Aurelio Menéndez Menéndez.
- D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
- D. Manuel Amorós Guardiola.
- D. José Antonio Nortes Triviño.
- D. José María Chico Ortiz.
- D. Fernando Muñoz Cariñanos.
- D. José Manuel García García.
- D. Juan Manuel Rey Portolés.
- D. Antonio Pau Pedrón.

COMISIÓN EJECUTIVA:

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

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

I. S. B. N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- «Ilegalidad e inconstitucionalidad en el pago de los impuestos», por
EDUARDO VÁZQUEZ BOTE 287
- «Algunos problemas de la preterición no intencional de los hijos o des-
cendientes», por CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA 357
- «Consideraciones generales sobre inversiones extranjeras», por José
ANTONIO MIQUEL CALATAYUD 389

DICTAMENES Y NOTAS:

- «Los requisitos del pacto de sobrevivencia en Cataluña», por MANUEL
BALLESTEROS ALONSO 453

ACTUALIDAD JURIDICA:

- Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN 467

JURISPRUDENCIA:

- I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL
DUEÑAS 485
- II. Resoluciones de la Dirección General, por CÉSAR GARCÍA ARAN-
GO Y DÍAZ SAAVEDRA y JUAN PABLO RUANO BORRELLA 497
- III. Sentencias del Tribunal Supremo:
1. Derecho civil:
- b) Obligaciones y contratos, por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ. 565
- c) Arrendamientos rústicos y urbanos, por CATALINO RAMÍ-
 REZ RAMÍREZ 613
- d) Derecho de familia, por JOSÉ CERDÁ GIMENO 619
2. Derecho procesal, por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ 651

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«Formularium diversorum instrumentorum», por MARIANO PESET	703
«Crédito y propiedad de la tierra en el País Valenciano», de FERNANDO ANDRÉS ROBRES, por MARIANO PESET	705
«Les Corts Valencianes», de S. REMEU, por MARIANO PESET	707
«La reforma del Derecho Español de Sociedades de Capital», de AL- BERTO ALONSO UREBA y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ..	710
«Arrendamientos rústicos y legislación agraria básica», de JOSÉ MARÍA GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	713
REVISTA DE REVISTAS , por LA REDACCIÓN	719

ESTUDIOS

Ilegalidad e inconstitucionalidad en el pago de los impuestos

EL IMPUESTO Y SU SIGNIFICADO

El tributo o impuesto puede concebirse de diversas maneras, siendo quizá enfoques extremos los dos siguientes: *a)* considerarle como un ingreso por exacción del poder político organizado, en cuyo caso la justificación del mismo queda circunscrita a la mera facticidad; *b)* estimar el impuesto como obligación ciudadana de contribuir al gasto público, en cuanto éste resulta de interés común; interés común que fundamenta el propio sistema fiscal.

Bajo aquel primer aspecto, la autolegitimación del poder se convierte en plena, siendo rechazada cualquier posición dirigida a obtener o poner en duda, cuestionar tan siquiera, la exacción en sí. El impuesto, en cuanto recurso del poder, se consigue de cualquier modo y bajo cualesquiera formas. Y esta noción del impuesto, que ha mantenido una constante histórica digna de mejores fines e intereses, solamente inicia el camino de su crisis con la *Carta Magna*.

Bajo su segunda consideración, el tributo se concibe como una aportación del ciudadano a las cargas comunes de la organización política, que responde por ello al interés general. Aunque regularmente no sea el impuesto sino expresión estatal de la transferencia de recursos en beneficio de sectores que controla el Estado mismo (en la moda actual, «agujeros», «crisis empresariales», «incentivos» siempre, etc.) y desde aquellos otros que deben soportarlo. Pero lo cierto es que el tributo se justifica en la representación reconocida al poder con respecto de los ciudadanos.

Reclama por ello ser aceptado en y por los *Estados generales*, adquiriendo legitimidad cuando las Cámaras, representación de la ciudadanía,

lo crean, precisamente en función de dicho interés general. Lo que condiciona la posibilidad de eludir aquellos tributos que, con un fin de interés menos amplio, evaden el general, porque las reglas políticas del juego aceptan señalar ciertos intereses como relativos a algunos, pero no a todos, los ciudadanos.

De ambas fórmulas es claro que el Estado surgido de la Revolución francesa ha adoptado la segunda, no siendo excepción nuestra Constitución, que formula una noción del impuesto perfilado como obligación y como derecho, y que responde a aquel carácter participativo (1): «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad, que en ningún caso tendrá carácter confiscatorio», señala el artículo 31.1 de la Constitución. Por ello, «sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley» (art. 31.3 de la Constitución). Y es ese mismo sentido el que explica la abstención contributiva de objeción de conciencia (art. 16 de la Constitución), así como que se haga reserva de Ley en el ámbito fiscal, ya para la creación de tributos como para el establecimiento de prestaciones —cargas— de carácter personal, fijación de beneficios fiscales, etc. Incluso se previene el *efecto sorpresa* de la Ley de Presupuestos, al prohibirla como instrumento para crear tributos y sí sólo para modificarlos cuando una Ley sustantiva así lo prevea. Es decir, en buena técnica, que cuando la Ley que crea el tributo lo autorice (2).

Pero no es sólo la normativa indicada la que fija el carácter del impuesto en nuestro Derecho, sino que la obligación y el derecho de contribuir al gasto público (3) —de modo igual y progresivo— guardan ínti-

(1) O como dice la Exposición de Motivos de la Ley General Tributaria, «desde que el tributo dejó de ser un poder *de facto* para integrar una verdadera relación jurídica...». Dice el artículo 4 de dicha Ley: «Los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, han de servir como instrumentos de la política económica general, atender a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurar una mejor distribución de la renta nacional». Bien entendido que en estas páginas se asimilan obligación y deber. Para su distinción, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, II, 1984, págs. 112-113.

(2) Artículo 134.7 de la Constitución, dando plasmación a la expresión de la Exposición de Motivos de la Ley General Tributaria, de que los principios tributarios «de carácter dogmático tendrían quizá más apropiada promulgación en una Ley fundamental».

(3) Como principio de organización social, «que supone la colaboración del vismo claro al tiempo que una incompetencia manifiesta de la organización tributaria», hecha abstracción de un mal entendido profesionalismo que incluso —y por supuesto— en la Ley General Tributaria encerraba y evidenciaba un corporativismo claro al tiempo que una incompetencia manifiesta de la organización tributaria del Estado. Pero hecha la salvedad, tiene sentido el destaque de la Exposición de Motivos de la Ley General Tributaria de esa colaboración entre Administración

mas relaciones con un cololario de derechos y obligaciones de naturaleza constitucional, recogidos en preceptos cuales: artículos 9.2; 10.1; 14; 16; 18; 19.1; 20; 27; 31, citado; 40; 43; 44; 47; 49; 50, etc., todos de la Constitución.

Por consiguiente, la obligación y el derecho de contribuir al gasto público, como cualquier otra obligación, vienen enmarcados dentro de unos límites claros, de doble orden: sustantivos y formales.

Desde el punto de vista sustantivo, la obligación de contribuir se configura como una que sólo nace en virtud de Ley —nunca presupuestaria—; Ley que, además, debe respetar los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, así como los principios y valores que la Constitución encarna. Lo que significa, por ejemplo, que no es gravable cualquier actividad y, además, que, cuando lo fuere, la Ley fiscal debe respetar otros límites, v.gr.: no recortar derechos fundamentales.

Desde el plano formal, también queda reservado a la Ley el modo de realizar el impuesto, ya que sólo por Ley pueden establecerse prestaciones personales, y esa prestación (dar, hacer, no hacer, según el art. 1.088 del Código Civil) (4) debe concebirse de manera tal que respete asimismo los derechos de cualquier clase que la Constitución o las leyes orgánicas sancionen.

De lo dicho puede colegirse que la obligación de contribuir sólo es constitucional cuando el hecho imponible se determina mediante Ley que respete aquellos derechos, valores y principios constitucionales, pero también cuando es la Ley la norma que fija la *forma* de llevar a cabo la contribución; forma que queda sujeta a igual exigencia de respeto (5).

Pero es que, además, el contribuir es un derecho, por lo que el im-

y particular, a veces enfrentados en el caso concreto, compañeros de viaje en el sistema; sentido que debe verse en el capítulo II, título III y artículo 103 de la Ley General Tributaria.

(4) No es el caso entrar aquí a delimitar la distinción entre obligación y prestación, referidas al tenor de este artículo 1.088 del Código Civil, siendo suficiente con señalar que la mejor doctrina acepta en aquella descripción una directa referencia a la prestación. Cfr. artículos 1, 3 y 4 del Código Civil; artículo 23 de la Ley General Tributaria.

(5) La Constitución va más allá, pues, que la Ley General, como es lógico, la cual en su origen se conforma con admitir la discrecionalidad del legislador para «la determinación del hecho imponible». Porque, sin perjuicio de la libertad del Congreso, éste queda sujeto a la Constitución. Punto importante, porque, en aplicación de la Constitución misma, los Tribunales tienen facultad para analizar la Ley fiscal y contrastar si la misma responde, *verbigracia*, a los principios de igualdad y progresividad, etc., rechazando las pretensiones de un legislador que olvide su carácter de representante» y pretenda asumir la soberanía popular que se plasma en la Norma Máxima. No obstante, el artículo 10, *k*

puesto tiene entre sus límites todos los que derivan de la legitimación para su ejercicio. Por ejemplo, el artículo 1.158 del Código Civil recoge esta faceta al legitimar a cualquiera para realizar el pago, si no inciden las particularidades del artículo 1.161 del Código Civil (6).

Y, naturalmente, tanto la obligación como el derecho de contribuir deben efectuarse en términos tales que no perturben otros derechos y obligaciones de igual rango, a fuer de insistente.

Pero no obstante esa dualidad de facetas inherentes al tributo (obligación, derecho), interesa aquí la obligación de tributar, cómo debe surgir, cómo debe exigirse, cómo debe realizarse, sin perjuicio de que, incidentalmente, haga referencia a su faceta de *ius* o *facultas*.

LA OBLIGACION DE CONTRIBUIR

La obligación de contribuir es la prestación o carga que la Ley atribuye al sujeto pasivo del impuesto, sea o no contribuyente (7), quien puede actuar como tal o como sustituto de éste (8).

Esta carga es de doble índole: *material* o derivada del hecho imponible, y *formal* o nacida de las prestaciones que satisfacen la carga tributaria misma. Imposiciones material y formal sólo exigibles por Ley. Y es clara tal razón de ser. Obligación principal del sujeto pasivo es el pago de la deuda tributaria (art. 35.1 de la Ley General Tributaria), esto es, atender el impuesto. Pero como la realización del mismo puede depender de una particular formalidad, que puede recaer sobre diversas personas (contribuyente, sustituto, tercero), sólo la Ley puede fijar tal prestación.

Porque, en unos casos, el sujeto pasivo es contribuyente, y la Ley creadora del tributo podría estimarse como creadora *per se* de la *forma* de realizarle; pero allí donde tal coincidencia no se dé, sería absurdo que la Ley creadora del tributo provocase insita la obligación para el sujeto pasivo no contribuyente. Nada se diga para la hipótesis de pagar el impuesto un tercero.

(6) Artículo 1.158 del Código Civil: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe o ya lo ignore el deudor...».

Artículo 1.161 del Código Civil: «En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación», lo que no abunda fiscalmente.

(7) Como dice la Exposición de Motivos de la Ley General Tributaria, la Ley «llama contribuyente a quien según la norma jurídica debe soportar el tributo por ser titular de la respectiva capacidad tributaria, y sujeto pasivo a quien según la norma jurídica debe cumplir las obligaciones legales dimanantes de las exacciones de los tributos».

(8) Artículos 30, 31, 32, etc., de la Ley General Tributaria.

Este «cruce de sujetos» lo explica la Exposición de Motivos de la Ley General Tributaria, al indicar que: «El objeto del tributo se encuentra, naturalmente, vinculado a una persona. Esta persona, por tanto, no está determinada por la norma, sino por la simple relación que el supuesto de hecho establece sin alteración de ninguna clase. En su virtud, se trata del contribuyente, ya que es llamado a soportar el tributo por ser el titular de la respectiva capacidad económica.

»Ahora bien, así como la norma describe con mayor o menor amplitud o literalidad el objeto del tributo y crea el hecho imponible como concepto jurídico, puede o no aceptar que el titulado contribuyente sea el sujeto de la relación jurídica que se establezca al producirse aquél. Es evidente que en esta aceptación o mutación del contribuyente, como elemento personal de las relaciones tributarias ya disciplinadas por la norma, interviene de modo decisivo la llamada técnica tributaria, puesta al servicio de los principios de comodidad en el pago y economía de la percepción, y especialmente del de generalidad. He aquí cómo surge el sujeto pasivo en el campo de las relaciones jurídicas, que la Ley ha de contemplar y regular como eje de su propio contenido.

»La Ley ha salvado la duplicación de elementos personales que puede darse en determinadas relaciones tributarias, dando absoluta primacía a quien, desde ángulo jurídico, resulta inmediatamente vinculado u obligado ante la Hacienda Pública. Para la Ley esta persona, y sólo ella, es el sujeto pasivo, sea o no concurrentemente contribuyente. Es inconcuso que ni el Derecho es puro esquema formal o de artificio ni debe limitarse a facilitar meras técnicas de articulación jurídica. Pero también es evidente que la Ley ha de atender preferentemente a quien por su propia configuración resulta deudor de las respectivas obligaciones materiales o formales.

»Ante la necesidad de distinguir los dos supuestos extremos (sujeto pasivo-contribuyente y contribuyente-no sujeto pasivo) tenía la Ley que pronunciarse por la terminología de significación más correcta, siquiera no fuera la más usual o vulgar actualmente. Por ello llama contribuyente a quien según la norma jurídica debe soportar el tributo por ser titular de la respectiva capacidad tributaria, y sujeto pasivo a quien según la norma jurídica debe cumplir las obligaciones legales dimanantes de las exacciones de los tributos».

Resulta, pues, que todo tributo supone, o puede suponer, dos tipos de obligaciones: *a)* la principal o de pago; *b)* la accesoria o instrumentación de aquél. Siendo todo contribuyente sujeto pasivo, crear la obligación principal supondría satisfacer las accesorias mismas. Pero si el sujeto pasivo es sustituto, al no serle referida la obligación principal, no le impondrían las accesorias. Por ello la exigencia de que ambos tipos de

obligaciones queden sujetos al principio de reserva de Ley, única manera de exigir responsabilidad por infracción (art. 1.090 del Código Civil).

Y entonces es indiferente que en el caso coincidan en un mismo ente las cualidades de sujeto pasivo y contribuyente o no, para que así la obligación principal, como las accesorias, deban fijarse por Ley formal. De ahí el cuidado de la Ley General Tributaria (9) en referirse a la *Ley* y no a la *ley* cuando se trata de todo tipo de obligaciones, materiales y formales. Lo que no hace tan siquiera la Constitución, que no salva en su grafía ambos conceptos, en buena medida porque en su texto la *ley* es la *Ley*.

Naturalmente, como el pago y su realización deben responder a la realidad normativa tributaria, inherente a esa dualidad de obligaciones es el derecho de la Administración al contraste o investigación, recogido en el artículo 111 de la Ley General Tributaria, según el cual se establece el deber de colaboración tributaria (10).

(9) Cfr. *Leyes tributarias. Legislación básica*, 2.ª ed., Publicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1982.

(10) En su redacción anterior decía el artículo 111 de la Ley General Tributaria: «1. Toda persona natural o jurídica, privada o pública, por simple deber de colaboración con la Administración, estará obligada, a requerimiento de ésta, a proporcionar toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria y deducidos de sus relaciones económicas con terceras personas. ».

La Ley 10/1985, de 26 de abril (BOE del 27), modificó el texto de este artículo 111, quedando redactado en los siguientes términos:

«1. Toda persona natural o jurídica, pública o privada, estará obligada a proporcionar a la Administración Tributaria toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas.

»De acuerdo con lo previsto en el párrafo anterior, en particular:

»a) Los retenedores estarán obligados a presentar relaciones de las cantidades satisfechas a otras personas en concepto de rendimientos del trabajo, del capital mobiliario y de actividades profesionales, artísticas o deportivas.

»b) Las sociedades, asociaciones, colegios profesionales u otras Entidades que, entre sus funciones, realicen la de cobro, por cuenta de sus socios, asociados o colegiados, de honorarios profesionales o de otros derivados de la propiedad intelectual o industrial o de los de autor, vendrán obligados a tomar nota de estos rendimientos y a ponerlos en conocimiento de la Administración Tributaria.

»A la misma obligación quedan sujetas aquellas personas o Entidades, incluidas las bancarias, crediticias o de mediación financiera en general, que legal, estatutaria o habitualmente realicen la gestión o intervención en el cobro de honorarios profesionales o en el de comisiones, por las actividades de captación, colocación, cesión o mediación en el mercado de capitales.

»2. Las obligaciones a las que se refiere el apartado anterior deberán cumplirse, bien con carácter general, bien a requerimiento individualizado de los órganos competentes de la Administración Tributaria, en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen.

»3. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo no podrá ampararse en el secreto bancario.

Concretamente, ante un impuesto, el individuo —persona física o jurídica— que ve su actividad gravada está obligado al pago, a efectuar en su caso el o los comportamientos que la Ley imponga para realizar aquél y, en fin, colaborar con la Administración fiscal para asegurar el fiel cumplimiento de la norma impositiva. Y en cuanto obligaciones, solamente pueden fijarse por Ley formal, que es lo que dicen la Constitución, la Ley General Tributaria y las leyes de los diversos impuestos que asumen en su texto la creación de las obligaciones exigibles.

»Los requerimientos relativos a los movimientos de cuentas corrientes, depósitos de ahorro y a plazos, cuentas de préstamos y crédito y demás operaciones activas y pasivas de los Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio, se efectuarán previa autorización del Director general o, en su caso, del Delegado de Hacienda competente y deberán precisar las operaciones objeto de investigación, los sujetos pasivos afectados y el alcance de la misma en cuanto al período de tiempo a que se refieren.

»4. Los funcionarios públicos, incluidos los profesionales oficiales, están obligados a colaborar con la Administración de la Hacienda Pública para suministrar toda clase de información con trascendencia tributaria de que dispongan, salvo que sea aplicable:

»a) El secreto del contenido de la correspondencia.

»b) El secreto de los datos que se hayan suministrado a la Administración para una finalidad exclusivamente estadística.

»El secreto del protocolo notarial abarca los instrumentos públicos a que se refieren los artículos 34 y 35 de la Ley de 28 de mayo de 1862 y los relativos a cuestiones matrimoniales, con excepción de los referentes al régimen económico de la sociedad conyugal.

»5. La obligación de los demás profesionales de facilitar información con trascendencia tributaria a la Administración de la Hacienda Pública no alcanzará a los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad, cuya revelación atente al honor o a la intimidad personal y familiar de las personas. Tampoco alcanzará a aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa.

»Los profesionales no podrán invocar el secreto profesional a efectos de impedir la comprobación de su propia situación tributaria.

»A efectos del artículo 8.º, apartado 1, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se considerará autoridad competente al Ministerio de Economía y Hacienda, a los titulares de órganos y centros directivos de la Secretaría de Estado de Hacienda y a los Delegados de Hacienda.

»6. Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración Tributaria, en virtud de lo dispuesto en este artículo, sólo podrán utilizarse para los fines tributarios encomendados al Ministerio de Economía y Hacienda y, en su caso, para la denuncia de hechos que puedan ser constitutivos de delitos monetarios, de contrabando, contra la Hacienda Pública y, en general, de cualesquiera delitos públicos.

»Cuantas autoridades y funcionarios tengan conocimientos de estos datos, informes o antecedentes estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos, salvo en los casos de los delitos citados, en los que se limitarán a deducir el tanto de culpa o a remitir al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito, sin perjuicio de que la Hacienda Pública pueda iniciar directamente el procedimiento mediante querrela, en su caso. Con independencia de las responsabilidades penales o civiles que pudieran corres-

Interesa resaltar la coherencia y fidelidad entre Constitución y Ley General Tributaria, configurando el impuesto como obligación y derecho, afirmando la reserva de Ley, y asimismo, la coherencia entre las obligaciones principales y accesorias: cumplir la carga fiscal sin más.

Ahora bien, si el contribuyente se ofrece como fiel cumplidor en tanto en cuanto satisface sus obligaciones fiscales sustantivas y formales, principales y accesorias, parece consecuente que por parte de la Administración se manifieste la deseada correspondencia con la noción del impuesto como derecho, facilitando aquel cumplimiento. Lo que, además, es carga (*onera*) de todo acreedor (11). Dicho en otros términos, parece

ponder, la infracción de este particular deber de sigilo se considerará siempre falta disciplinaria muy grave.»

Por consiguiente, surge ahora la obligación de colaborar como alternativa, por requerimiento o con carácter general, y en un caso como en el otro la obligación tiene un fin concreto: hacer factible el impuesto.

Quizá la Hacienda venga abusando de esta genérica facultad fijada por el actual artículo 111.2 de la Ley General Tributaria, en trámite de *desarrollo*. Es cómodo que por Decreto, cuando no por simple Orden ministerial, se añadan obligaciones accesorias en cadena, síntoma indudable de un sistema de inspección embrionario, que sustituye, además, la obligación constitucional de un sistema fiscal progresivo por una avalancha de obligaciones accesorias, que pretenden luchar contra el fraude fiscal —se dice—. Lo cierto es que la reacción puede ser contraria: insatisfacción del contribuyente, asfixiado por sus obligaciones accesorias; alegría del defraudador, que se ahorra, además, esas obligaciones. Y, no nos engañemos, hay un «fraude» importante, avalado por las desgravaciones legislativas y alentado por el propio Estado —los famosos bonos del Tesoro, entre otros—, que sirve para trasvasar recursos cuyo mérito estriba en que no hay obligaciones que cumplir.

La lucha contra la evasión fiscal debe verse con simpatía, sobre todo en un país como el nuestro, sin conciencia fiscal alguna y egoísta como pocos, en el que incluso la propia estructura jurídica del sistema, lento cuando no anquilosado, impide la «sentencia ejemplar», tan eficaz en el Derecho anglosajón. Pero la multiplicidad de obligaciones puede esconder pasos de ciego, que den la impresión de que se lucha contra el fraude, cuando la realidad ha de resultar muy diferente.

Aparte, si esa carga de obligaciones accesorias se crea por normas de rango inferior a Ley, serán siempre rechazables en el ámbito jurídico, sobre todo si se pretende excusarlas con un «desarrollo legislativo» que no aguanta un elemental análisis.

(11) Como ha escrito Díez-PICAZO (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, págs. 375 y sigs., 2.ª ed., 1983): «Es posible hablar de una carga del acreedor a la colaboración con el deudor para la realización de la prestación. Parece manifiesto que el acreedor ha de colaborar con el deudor en aquellos casos en que esta colaboración sea necesaria, y en la medida en que sea necesaria a fin de que la prestación pueda ser rectamente cumplida. El acreedor de una prestación de hacer tiene que poner, cuando ello sea necesario, a su deudor en condiciones de cumplir, es decir, en unas condiciones tales que pueda desplegar su actividad de prestación en forma provechosa... El acreedor tiene, además, la carga de un total y diligente examen de la prestación realizada. El ejercicio por el acreedor de su facultad de rehusar el cumplimiento por considerarlo defectuoso o incompleto no es lícito si no se funda en una justa causa y se realiza tempestivamente.

»(...).

»Por último, se puede hablar de una carga del acreedor de facilitar la liberación del deudor. El acreedor ha de realizar todo aquello que en su mano esté

ser la regla subyacente: «cumple bien con la obligación de pago, que la Administración cumplirá con su carga de facilitarlo».

Lo indicado hasta ahora viene prácticamente recogido en la Exposición de Motivos del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Decreto 3154/1968, de 14 de noviembre (*BOE* de 28, 30 y 31 de diciembre), según la cual: «El tributo sólo puede establecerse por Ley votada en Cortes y son, por tanto, normas de rango legal las que regulan todo el ciclo de la obligación tributaria. Fiel a este principio, la Ley General contiene las normas básicas de índole sustantiva sobre el pago y los restantes modos de extinción, y en análogo sentido se pronuncian los textos refundidos ordenadores de cada una de las figuras que integran nuestro sistema tributario. Pero junto a esta regulación jurídico-material, el ordenamiento ha de señalar, con parejo rigor, los cauces o procedimientos a través de los que ha de desenvolverse, en sus diferentes aspectos, la función administrativa de exacción tributaria. En esta zona procedimental, la potestad reglamentaria de la Administración encuentra un ancho campo de despliegue, sin más límites que los establecidos por las normas legales. Todo esto explica dos cosas: de un lado, que el presente Reglamento tenga por objeto específico la regulación de las formas a través de las cuales producen su eficacia liberatoria el pago y los restantes modos de extinción de la obligación tributaria; de otro, que las referencias que en él se hacen a los aspectos sustantivos del tributo y, de modo particular, al pago constituyen meros desarrollos de las reglas generales y se producen en el estricto designio de hacer posible, en condiciones de seguridad y eficacia, los procedimientos de cobranza. Respetada, pues, en todos sus aspectos la configuración que del vínculo jurídico-tributario brinda la Ley, este Reglamento la completa con el señalamiento de las vías procedimentales que transforman en ingreso público las prestaciones que los obligados efectúan en período voluntario, o las sumas que coactivamente obtienen los órganos recaudatorios cuando aquellas prestaciones no son realizadas por los deudores».

Quizá, y en su optimismo, esas palabras de la indicada Exposición de Motivos olvidan el dicho atribuido, entre otros, a ROMANONES («que ellos hagan las leyes mientras yo pueda hacer los reglamentos»), porque en algún punto concreto de lo que aquí interesa, el Reglamento reduce

a fin de que el deudor pueda no sólo cumplir, sino también liberarse de la deuda...» (*passim*, págs. 376-378).

Estas expresiones son válidas para el Estado en cuanto acreedor, porque no sería legítimo que creando obligaciones fiscales, dificultase el pago mediante un sistema de obligaciones accesorias que hiciesen para aquél más gravoso el cumplimiento.

Nada digamos si las dificultades se imponen al deudor por simple comodidad del acreedor o de terceros.

descaradamente el ámbito de posibilidades que la Ley ofrece, por ejemplo, en el pago (cfr. arts. 59.1 de la Ley General y 23.1 del Reglamento General). Pero sobre ello volveré oportunamente.

De lo dicho hasta ahora puede recapitularse:

1.º La Constitución concibe el impuesto como una obligación y un derecho de los particulares (obviando en estas páginas esta última consideración).

2.º El impuesto, sustantiva y formalmente, queda sujeto a reserva de Ley.

3.º Ambos aspectos estaban ya recogidos en la Ley General Tributaria.

Ahora bien, es obvio que antes de proclamarse la Constitución ya estaban en vigor algunas leyes fiscales, incluida la propia Ley General. Sin Norma Máxima es claro que las leyes fiscales podían establecer otra cosa, por cuanto los principios promulgados por la citada Ley General podían ser ignorados por otras disposiciones de igual rango (art. 2.2 del Código Civil) (12).

Por ello conviene analizar el régimen de las leyes anteriores a la Constitución para comprobar el cumplimiento en las mismas del principio de reserva de Ley, para, en caso contrario, considerarlas incursas en la disposición derogatoria constitucional. Y conviene, asimismo, analizar las normas posteriores al 29 de diciembre de 1978, fecha de la inserción del texto constitucional en el *Boletín Oficial del Estado*, para contrastar la constitucionalidad de las mismas.

Parece oportuno iniciar el análisis con el sistema general fijado en y por la Ley General Tributaria, el recogido por el Reglamento General de Recaudación que la desarrolla, así como por el de la Instrucción General de Recaudación, de igual fin.

El análisis debe comprender dos vertientes: el esquema en sí de la obligación fiscal para el particular (obligación contentiva de lo sustantivo y de lo formal, como haz de obligaciones y deberes), pero también el posible *deslizamiento normativo*, esto es, el régimen de delegación. Porque en el Estado actual es cómodo y frecuente —aunque no siempre legal ni legítimo— que la reserva de Ley se vea frustrada por deslegalizaciones, por remisión de la Ley al Reglamento y de éste, mediante la norma que lo aprueba, a una Orden ministerial, que, dicho jocosamente, puede

(12) De ahí la precisión ya indicada, de la Exposición de Motivos de la Ley General Tributaria, de la más apropiada promulgación en una Ley fundamental de los principios dogmático tributarios.

convertir a un ordenanza en custodia de la legalidad. La propia Constitución —aunque incide en el vicio— es consciente del riesgo al sujetar la potestad reglamentaria al control judicial (art. 106 de la Constitución) (13), riesgo frecuentemente convertido en siniestro. En fin, se analiza luego la legislación especial de los principales impuestos.

LA OBLIGACION DE CONTRIBUIR EN LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

Ya quedó apuntado que la Ley General Tributaria considera el tributo como una obligación y como un derecho que sólo puede crearse por Ley formal y, además, especial —con exclusión de la presupuestaria—, según dispone su artículo 9. Y como, por mandato del artículo 134.7 de la Constitución (14), debe considerarse derogado el artículo 12 de aquella Ley General (15), el principio de reserva de Ley es pleno.

Dicho principio de reserva de Ley es tajantemente afirmado en el artículo 10 de la Ley General, así para el ámbito sustantivo del impuesto [apartados a)-j)] como en sus manifestaciones formales [apartado k)] y en la inspección [apartado j)] (16).

(13) La misma Ley General Tributaria, en su artículo 7, fija igual cautela al indicar que «el ejercicio de la potestad reglamentaria y los actos de gestión en materia tributaria constituyen actividad reglada y son imputables en la vía administrativa y jurisdiccional en los términos establecidos en las leyes».

(14) Artículo 134.7 de la Constitución: «La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una Ley tributaria sustantiva así lo prevea».

(15) Artículo 12 de la Ley General Tributaria: «1. El Gobierno, con carácter general y dentro de los límites o condiciones señalados en cada caso por la Ley, podrá aumentar o disminuir los tipos impositivos o suprimir incluso el gravamen:

»a) Cuando recaigan sobre importaciones o exportaciones, mercancías o bienes en general.

»b) Cuando graven los actos de tráfico de bienes.

»2. En ambos casos, el Ministerio de Hacienda deberá instruir un expediente administrativo con los estudios e informaciones previos que justifiquen el buen uso de la expresada facultad».

(16) Artículo 10 de la Ley General Tributaria: Se regularán, en todo caso, por Ley:

a) La determinación del hecho imponible, del sujeto pasivo, de la base, del tipo de gravamen, del devengo y de todos los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, salvo lo establecido en el artículo 58.

b) El establecimiento, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones y demás bonificaciones tributarias.

c) La modificación del régimen de sanciones establecidas por Ley.

d) Los plazos de prescripción o caducidad y su modificación.

e) Las consecuencias que el incumplimiento de las obligaciones tributarias puedan significar respecto a la eficacia de los actos o negocios jurídicos.

La obligación sustantiva de pago —y sus prolegómenos: actos supuestos previos— es clara. Y también lo es la regulación de las obligaciones accesorias o formales. Así lo establece el artículo 35, elevando la iniciativa particular a primera modalidad de gestión tributaria (art. 101 de la Ley General, corrigiendo su referencia al art. 36 —sin sentido aquí—, como alusión al art. 35.1) (17). Obligación de pago como principal; obligaciones de declarar, constatar, de colaborar con la inspección. He aquí el abanico de obligaciones del sujeto pasivo.

No deja de llamar la atención el artículo 78 de la Ley General (con nueva redacción por virtud de la Ley 10/1985, de 26 de abril, *BOE* del día 27), según el cual:

«1. Constituyen infracciones simples el incumplimiento de obligaciones o deberes tributarios exigidos a cualquier persona, sea o no sujeto pasivo, por razón de la gestión de los tributos y cuando constituyan infracciones graves.

»2. Dentro de los límites establecidos por la Ley, las normas reglamentarias de los tributos podrán especificar supuestos de infracciones sim-

- f) La concesión de perdones, condonaciones, rebajas, amnistías o moratorias.
- g) La fijación de los supuestos de hecho que determinen la competencia de los Jurados tributarios.
- h) El establecimiento y la fijación de las condiciones esenciales de los monopolios fiscales.
- i) Las prohibiciones de localización en ciertas zonas del territorio nacional, por motivos fiscales, de determinadas actividades o explotaciones económicas.
- j) La implantación de inspecciones o intervenciones tributarias con carácter permanente en ciertas ramas o clases de actividades o explotaciones económicas.
- k) La obligación a cargo de los particulares de practicar operaciones de liquidación tributaria.

(17) Artículo 35 de la Ley General Tributaria: «1. La obligación principal de todo sujeto pasivo consiste en el pago de la deuda tributaria. Asimismo queda obligado a formular cuantas declaraciones y comunicaciones se exijan para cada tributo.

»2. Están igualmente obligados a llevar y conservar los libros de contabilidad, registros y demás documentos que en cada caso se establezca; a facilitar la práctica de la inspección y comprobaciones, y a proporcionar a la Administración los datos, informes, antecedentes y justificantes que tengan relación con el hecho imponible.

»3. Las obligaciones a que se refiere el número anterior, en cuanto tengan el carácter de accesorias, no podrán exigirse una vez expirado el plazo de prescripción de la acción administrativa para hacer efectiva la obligación principal».

Artículo 101, a), de la Ley General Tributaria: «La gestión de los tributos se iniciará:

»a) Por declaración o iniciativa del sujeto pasivo, conforme a lo previsto en el artículo 36 de esta Ley...».

La corrección de la referencia la hizo la disposición adicional 18 de la Ley de Presupuestos de 1986 (*BOE* de 24 de diciembre), que da nueva redacción a los artículos 101 y 103 de la Ley General, quedando el artículo 101 en los siguientes términos:

«La gestión de los tributos se iniciará: a) Por declaración o iniciativa del sujeto pasivo o retenedor, conforme a lo previsto en el artículo 35 de esta Ley.»

ples, de acuerdo con la naturaleza y características de la gestión de cada uno de ellos.»

Porque parece imponer obligaciones, cuyo incumplimiento genera una infracción simple, a quien no es sujeto pasivo del impuesto, obligaciones que no le son propias. Porque en toda la Ley el único obligado «por razón de la gestión de los tributos» lo es el sujeto pasivo. Aunque en trámites de comprobación e investigación cualquiera viene obligado (artículo 111 de la Ley General), y por ello cualquiera puede infringir.

No debe olvidarse que la Ley General Tributaria es una Ley altamente técnica, como indica la propia Exposición de Motivos, que reclama para sí un sentido inicial jurídico —o económico—, técnico o usual, por este orden (art. 23.2 de la Ley General), sin perjuicio de otros criterios hermenéuticos *a posteriori* (art. 23.1 de la Ley General) (18).

No hay reparo inicial en considerar que estas obligaciones puedan descomponerse en una variedad de comportamientos diversos, no empece las dudas que puedan surgir (19). Pero lo que importa ahora es que *las obligaciones señaladas lo son todas con respecto de la Hacienda, impuestas al sujeto pasivo y dirigidas a la realidad de la obligación principal: el pago*. Y son obligaciones a cumplirse por requerimiento o disposición general (luego de la Ley 10/1985); pero siempre para la comprobación del fiel cumplimiento de la obligación de contribuir (art. 111 y la propia sección segunda, capítulo III, título III, de la Ley General).

Estas son, pues, las obligaciones del sujeto pasivo, obligaciones establecidas por Ley y coherentes con la razón de ser de los tributos y su satisfacción. El juicio de constitucionalidad —no afectación por la cláusula derogatoria de la Constitución— de la Ley General Tributaria es, pues, concluyente.

La obligación de pagar queda referida a dos formas o medios de pago: *a)* el efecto timbrado; *b)* el efectivo (art. 59 de la Ley General). Y no son pago, pero sí extinguen la deuda tributaria, la compensación (artículo 68 de la Ley General) y la condonación conforme con la Ley (art. 69 de la Ley General).

La noción original de pago en efectivo tenía en la Ley General un amplio sentido, contentivo de la moneda de curso legal, el giro, el cheque,

(18) Artículo 23 de la Ley General Tributaria: «1. Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los criterios admitidos en Derecho.

»3. En tanto no se definan por el ordenamiento tributario los términos empleados en sus normas, se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda».

Dice la Exposición de Motivos: «En atención a que el hecho imponible puede consistir en un fenómeno de naturaleza jurídica o económica, su calificación habrá de producirse mediante la adecuación de criterios que consideren adecuadamente esa doble hipótesis».

(19) Ver, al respecto, la obligación de emitir factura, de la disposición adicional 7.ª de la Ley núm. 10/1985, citada. Al respecto, PALAO TABOADA: «La exigencia de factura para justificar gastos y deducciones y su dudosa constitucionalidad», *Gaceta Fiscal*, núm. 32, abril 1986, págs. 151 y sigs.

la transferencia, el talón de cuenta corriente bancaria o de Caja de Ahorros y otros documentos mercantiles determinables reglamentariamente (20), pendiente el efecto liberatorio de la realización del medio de pago elegido por el particular. Criterio bajo el cual el contribuyente o pagador podían cumplir su deber eligiendo entre la amplia relación de medios.

LA REFORMA DE LA LEY 10/1985

Sin embargo, de lo dicho, la Ley 10/1985, de 25 de abril (21), cambió la redacción del artículo 60.1 de aquella Ley General, que quedó redactado en los siguientes términos: «El pago en efectivo de la deuda tributaria podrá realizarse por los medios y en la forma determinados reglamentariamente».

La fórmula empleada es importante. ¿Puede considerarse satisfecha la reserva de Ley constitucionalmente requerida recurriendo a la fórmula de que la Ley dé *licencia general* para que las obligaciones se especifiquen y concreten mediante normas de rango inferior? No parece ser tal hipótesis, y el propio artículo 78.2, asimismo nuevamente redactado por la Ley 10/1985, parece indicar lo contrario, cuando solamente remite al reglamento la especificación de infracciones.

La reserva de Ley tiene una finalidad: que sean los ciudadanos, por medio de los llamados sus representantes, quienes consientan las obligaciones tributarias de todo orden.

Ciertamente, no puede estimarse válida una delegación legislativa que transfiera a la Administración la posibilidad de reglamentar un ámbito acerca de los medios y formas de pago del impuesto, que la Ley misma no determina, por las siguientes razones:

a) Si la Constitución reserva a la Ley la creación de obligaciones tributarias y la regulación de esos medios y formas de pago implica obligaciones, éstas, todas y cada una, deben crearse por Ley misma. Y no hay reserva legislativa si la delegación implica la propia creación de obligaciones. Sería una delegación de plenos poderes —aunque vaya referida a un espacio concreto, pero con un corolario amplísimo—, que, no empujando, es susceptible de hacer proliferar las cargas tributarias.

b): Si la Constitución previene detalladamente fórmulas de delegación legislativa (leyes de bases, leyes delegantes, decretos legislativos, decretos-leyes) de naturaleza excepcional, no parece adecuado ampliar

(20) Artículo 60 de la Ley General Tributaria en su anterior redacción.

(21) BOE, núm. 101, del 27.

tales fórmulas ni tampoco el sentido restringido de cada una de ellas. Y parece sensato concluir que si el Congreso desea que el Gobierno legisle, tal deseo se canalice por la vía delegante adecuada, muy destacadamente si dicha legislación no va a ir referida tan siquiera al Gobierno, sino a un simple Ministerio.

c) La fórmula de deslegalización, porque no otra cosa esconde la previsión del artículo 60.1 de la Ley General, como queda redactado por la Ley 10/1985. ha sido enjuiciada, precisamente en el ámbito fiscal (para una legalidad no constitucional de una conformación política a la que siempre se le ha negado la calificación de Estado de Derecho), por GARCÍA DE ENTERRÍA, quien ha considerado la deslegalización como una «manipulación de los rangos para abrir la posibilidad a los reglamentos de entrar en una materia hasta entonces regulada por Ley», y aplaudía los artículos 10 y 11 de la Ley General, que vinieron a «corregir felizmente la práctica quizá más común en los años inmediatamente anteriores, que ofreció la aplicación más sistemática de la técnica deslegalizadora, precisamente en la materia fiscal. Con el criterio que esta Ley ofrece puede concluirse que la deslegalización como técnica abstracta y general no es compatible con el principio de las materias reservadas. El artículo 11 obliga (...) a una determinación por Ley...» (22). Y en ese artículo 11 se sitúan las obligaciones liquidatorias que, en cuanto personales o reflejo de otras patrimoniales de que son accesorias, quedan amparadas por el artículo 51.3 de la Constitución.

«Por ello —se ha dicho—, el campo por excelencia de las deslegalizaciones es el organizativo, donde la interposición previa de la Ley no viene exigida por la naturaleza intrínseca de las relaciones, sino por un simple principio de orden formal; la deslegalización viene a devolver para esta vía, podría decirse, el contenido de que se trata a la potestad organizativa de la Administración» (23).

¿Tendría sentido aceptar en un constantemente airado Estado de Derecho y democrático, que la Administración pueda hacer lo que en una Dictadura se excluía en buena técnica jurídica? No parece coherente, porque frente al solo reparo doctrinal de los principios hallamos hoy el

(22) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso*, I, 1978, *passim*, págs. 157-186, cita precisa, pág. 187.

(23) «Esta tesis, según la cual la deslegalización no puede suplir la reserva constitucional de Ley, aun siendo obvia, ha venido a ser corroborada por una paradigmática norma deslegalizadora, el Decreto-ley de 7 de abril de 1975 sobre medidas de política económica y social. En su artículo 5 dispone: 'El Gobierno podrá modificar por Decreto, en cuanto se refiera a los regímenes generales de ordenación y procedimiento en materia de precios y disciplina de mercado, lo dispuesto en este Decreto-ley..., salvo en lo que corresponda a la competencia exclusiva de las Cortes'. Es un reconocimiento de los límites de la técnica deslegalizadora» (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, I, ed. 1984, pág. 276, énfasis del autor).

tajante valor normativo de la Constitución, que afirma la reserva de Ley, al tiempo que proclama la proyección y garantía de la jerarquía normativa.

Es cierto que el artículo 60.1 de la Ley General, en su actual redacción por la Ley 10/1985 —bien pensada y calcada la fórmula, casi *jesuítica*—, parece admisible: no deslegaliza en bloque, parece referirse a aspectos de organización, etc. Sin embargo, las modificaciones realizadas por reales decretos, cuando no por órdenes ministeriales, publicados al amparo de dicho artículo 60.1, demuestran que el campo de actuación para el que se pensó la reforma por la Administración fiscal iba mucho más allá de la simple organización administrativa.

Muy por el contrario, y como se comprobará, ha consistido en una desorganización administrativa y en una atención de intereses particulares, o si se quiere, en frase de moda, para *privatizar las cajas fiscales*.

Por ello, parece sensato que sea aquí de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional, reflejada en la Sentencia de 11 de noviembre de 1981, en la que, ante la pretensión de crearse una tasa, se dijo: «La fijación de dicho canon, el establecimiento de su importe y *forma de devengo*» (énfasis añadido), determinables por Reglamento, prescindiendo de algunas imperfecciones técnicas de detalle, «sí es evidente en todo caso que la Ley se limita a otorgar una habilitación al Gobierno vasco para que éste determine todos los elementos de una tasa... (...).

»Esta habilitación constituye una deslegalización, una simple transferencia al Gobierno vasco de la atribución del Parlamento vasco para crear tributos (y entre ellos tasas) de acuerdo con la Constitución y con las leyes. Que la Comunidad Autónoma vasca posee competencia para la creación de tasas... es cuestión que ofrece pocas dudas... La competencia debe ser ejercida, sin embargo, conforme a la Constitución y las leyes (artículos 31.3 y 133.2); exige que el establecimiento de tributos se haga precisamente por Ley, lo que implica la necesidad de que sea el propio Parlamento vasco el que determine los elementos esenciales del tributo... La Ley impugnada, que se limita a hacer una remisión en blanco al correspondiente Reglamento..., no respeta ciertamente esta reserva constitucional. No puede aducirse para justificar la técnica utilizada el argumento de que el modo de fijación del importe y *modo de devengo del canon*» (énfasis añadido), «cuya propuesta ha de hacerse por órganos colegiados..., asegure la justicia del mismo».

El juicio negativo de deslegalización va referido en la sentencia, tanto a la remisión reglamentaria para crear el tributo como respecto del modo de pago, evidentemente, porque la creación del tributo como prestación patrimonial y el modo de devengo, como posible prestación per-

sonal (cuando no con más alcance, como veremos), están sujetos a reserva de Ley.

En efecto, la forma de pago del tributo puede afectar, qué duda cabe, a la libertad personal, sobre todo en aquellas situaciones en que el particular es impedido o es compelido respecto de concretos comportamientos. Así, y por ejemplo, la imperatividad de usar un concreto impreso —por cuya adquisición se paga, además, una tasa—, en cuanto obligación de emplear ese medio y no otro, es prestación (dar, hacer, no hacer); y si se requiere una tasa o pago por el servicio que el impreso supone, se da una obligación que debe crearse por Ley. Así, en la misma serie de ejemplos, si la Administración obliga al particular a *ir a pagar en concreto sitio*, restringe la libertad, igual que si esa Administración impide pagar desde concreto sitio, etc. Y la libertad es materia que la Constitución somete a reserva de Ley.

Con este artículo 60.1, nuevamente redactado por la Ley 10/1985, y como ha de quedar acreditado, en tema de pago de impuestos, las normas administrativas han iniciado de manera progresiva y en breve lapso de tiempo un *iter* que atenta a dos principios fundamentales: el de *proporcionalidad* y el «*pro libertate*» (cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, II, 1984, págs. 104-105).

Porque la Ley 10/1985, como se verá, sólo tiene una intención clara: dejar en manos del Ministerio de Economía y Hacienda la potestad legislativa que, vía «gestión del tributo», puede parecer cuestión interna administrativa, pero que, no obstante, afecta constantemente al particular, con quien regularmente aquélla se pone en relación, sobre todo cuando dicho Ministerio no parece tener empacho en ir acumulando obligación tras obligación en las espaldas del particular; y no buscando que el contribuyente pague, lo que siempre es de aplaudir en nuestra vergonzosa conciencia fiscal, sino para trasvasar recursos aprovechables por terceros, pero nunca para gestionar la Administración el impuesto; en todo caso, para que se lo gestionen.

Conviene, pues, insistir en la llamada de atención sobre la expresión literal del reformado artículo 60.1 de la Ley General Tributaria, que, de otro lado, tampoco parece permitir lo que las normas que la «desarrollan» pretenden, al indicar la *posibilidad* de pagar por los medios y formas que se fijen reglamentariamente, lo cual no excluye, naturalmente, los medios y formas previstos en otras leyes.

Hasta donde estoy informado, la Ley 10/1985 no ha sido enjuiciada por los Tribunales directamente. Pero la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1986 ha tenido la oportunidad de valorar el Real Decreto 361/1984, precisamente en tema de forma y medios de pago,

recogidos en la Instrucción General de Recaudación, declarándole nulo en este punto, por pretender restringir los derechos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo. Pero va más allá, reconociendo que el artículo 103 de la Constitución, al recoger los principios de economía, celeridad y desconcentración, avala el mejor talante de la Ley de Procedimiento Administrativo y el sentido original de aquella Instrucción General, que el derivado del Real Decreto 361/1984. Si ese Tribunal tiene oportunidad de manifestarse respecto de la Ley 10/1985 y los reales decretos y órdenes ministeriales que pretenden ampararse en la misma, puede asegurarse una cadena de nulidades respecto del contenido parcial de dichas normas, que, en esencia, han venido a privatizar el cobro de los tributos y que responden al mismo espíritu restrictivo del pago del impuesto que el Real Decreto 361/1984.

No obstante lo dicho, el contraste del nuevo artículo 60.1 de la Ley General Tributaria con el Reglamento General de Recaudación permite llegar —por ahora— a iguales conclusiones que respecto de la redacción original de aquélla. Subsiste la discrepancia original de que la Ley *permite* pagar, mientras que el Reglamento *obliga* a pagar (arts. 23, 24, 25, etcétera, del Reglamento General). Como el Reglamento tiene rango normativo de Decreto, de nada sirve que pretenda convertir un derecho o facultad en carga u obligación; derecho, además, reconocido en otras leyes.

El carácter potencialmente retroactivo que se inicia a partir de la Ley 10/1985 (y no tanto de ésta, sino de cómo ha sido entendida por la Administración tributaria), frustrado, tiene un significado realmente extraño.

Hasta ese momento, todos los medios y formas de pago previstos en la Ley General Tributaria están en el Reglamento General de Recaudación recogidos, salvo el *giro*, que pasa, en el Reglamento General, a convertirse en *giro tributario* (modalidad interministerial que Interior y Hacienda podrán organizar como deseen, pero que, en cuanto instrumento de obligado uso, tiene que imponerse por Ley de Procedimiento Administrativo, por poner un ejemplo).

Hay, por consiguiente, que esperar a las normas posteriores a la Ley 10/1985 para captar su alcance. Hay uno muy claro, sin embargo, cual puede ser el de *legalizar* el Real Decreto 338/1985, que, en el tema que aquí interesa, surge como «chorro de obligaciones» tributarias, al parecer con olvido de que el Congreso no está situado en la calle de Alcalá.

Cabe siempre un interrogante: *¿Por qué pretende Hacienda monopolizar las formas y medios de pago? Destacadamente cuando Hacienda va a iniciar una tendencia a dificultar el pago del impuesto.*

Y, en todo caso, parece claro que el Reglamento General de Recau-

dación, en tanto en cuanto convierte en obligación lo que en la Ley es potestad, infringe totalmente el artículo 31.3 de la Constitución, y con él, el artículo 9 de la Norma Máxima, entre otros. Lo cual supone, para los particulares, prescindir tranquilamente de la norma nula por inconstitucional y atentatoria de la jerarquía de las normas (arts. 23 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) (24).

Naturalmente, lo dicho no es óbice para concluir que la Ley General Tributaria, antes como luego de la Ley 10/1985, tolera perfectamente su carácter de constitucional.

LA OBLIGACION DE CONTRIBUIR EN EL REGLAMENTO GENERAL DE RECAUDACION

La Ley General Tributaria, como es conocida por todos, tiene su desarrollo en el Reglamento General de Recaudación, cuyo rango normativo es el de Decreto (25).

También el Reglamento General, como es lógico, centra en el pago la obligación principal del sujeto pasivo, en consecuencia, con el fin propio e inherente al Reglamento mismo, que es la percepción del tributo (artículos 1 y relacionados del Reglamento General). Se explica así que el título I, luego de dedicar sus capítulos I y II a enmarcar la actividad recaudatoria, inicie su capítulo III con la referencia «De los obligados al pago». Y, naturalmente, no se hace alusión a las obligaciones accesorias, en tanto en cuanto las mismas, referidas en la Ley General, son propias de la liquidación, objeto de otro Reglamento anunciado en la misma Exposición de Motivos de la Ley General.

Al igual que dicha Ley General, el Reglamento de Recaudación concibe el pago como un medio de extinción de la deuda, que puede realizarse por cualquiera (26). En cambio, se aparta el Reglamento de lo admitido por la Ley General, al fijar aquél en su artículo 19 una obliga-

(24) Como ha escrito GARCÍA DE ENTERRÍA: «El establecimiento de medidas administrativas limitativas de los derechos privados por meros reglamentos supuestamente independientes de la Ley no es válido. Y mucho menos aún si esos derechos cuya limitación se pretende encuentran en la Ley —como es lo normal— su configuración y atribución. Así lo ha proclamado rotundamente la Sentencia de 14 de febrero de 1975 resolviendo estimatoriamente un recurso directo contra un Reglamento que había creado *ex novo* una intervención administrativa en derechos privados» (*Curso*, cit., ed. 1978, pág. 103).

(25) Decreto 3154/1968, de 14 de noviembre (*BOE*, núms. 312, 313 y 314, de 28, 30 y 31 de diciembre).

(26) Artículo 17 del Reglamento General de Recaudación.

ción de pagar en concreto lugar (27), obligación que, no contemplada en la Ley, presupone —si una Ley no afirma lo contrario para el tributo que regule— una remisión al artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo (28), que un simple Decreto no puede derogar.

Lo mismo ocurre con el artículo 22, en tema de requisitos formales del pago, al pretender el Reglamento una restricción que se enfrenta a la Ley General, como antes se apuntó. Porque no es lo mismo disponer que «el pago de las deudas *sólo podrá realizarse* por alguno de los medios autorizados en el artículo siguiente» (29), que afirmar que «el pago podrá hacerse» (arts. 59 y 60 de la Ley General Tributaria), con lo que un criterio facultativo en la Ley se convierte en el Reglamento General en un deber estricto. En la Ley General, la exigencia se limita al empleo de medios liberatorios, en efectivo o timbre; y en la remisión que la Ley General hace al Reglamento (art. 60 de la Ley General Tributaria), el abanico de alternativas de qué es efectivo pasa a convertirse en unas alternativas sensiblemente restringidas (30), que, como se apuntó, en cuanto deberes introducidos por Real Decreto, que se enfrenta a unas amplias posibilidades fijadas por Ley, es nulo de pleno Derecho y por ello inconstitucional.

Ciertamente, peor serán las cosas con la modificación posterior de

(27) Artículo 19 del Reglamento General de Recaudación: «Lugar de pago: 1. El pago de las deudas habrá de realizarse precisamente en la oficina del órgano competente para su admisión...».

(28) Artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo: «1. Los Gobiernos Civiles recibirán toda instancia o escrito relacionado con el procedimiento administrativo dirigido a cualquier órgano de la Administración civil del Estado que radique en la propia o en distinta provincia y, dentro de las veinticuatro horas, lo cursarán directamente al órgano a que corresponda.

»2. Las mismas funciones incumben a los órganos delegados de los distintos Ministerios respecto de la documentación que se les presente con destino a otros órganos de su propio Departamento.

»3. Las Oficinas de Correos recibirán también las instancias o escritos dirigidos a los Centros o dependencias administrativas, siempre que se presenten en sobre abierto, para ser fechados y sellados por el funcionario de Correos antes de ser certificados.

»4. Las instancias suscritas por los españoles en el extranjero podrán cursarse ante las representaciones diplomáticas o consulares españolas correspondientes, quienes las remitirán seguidamente al organismo competente.

»5. Se entenderá que los escritos han tenido entrada en el órgano administrativo competente en la fecha en que fueron entregados en cualquiera de las dependencias a que se refieren los párrafos anteriores.

»Podrán hacerse efectivas mediante giro postal o telegráfico dirigido a la oficina pública correspondiente, cualesquiera tasas que haya que satisfacer en el momento de la presentación de instancias u otros escritos a la Administración.»

(29) Énfasis añadido.

(30) Así, los cheques, transferencias y giros pasan de medio ordinario a medio que requerirá expresa autorización del Ministerio de Hacienda, etc.

algunos preceptos del Reglamento General y de otros especiales, como se verá.

LA OBLIGACION DE CONTRIBUIR EN LA INSTRUCCION GENERAL DE RECAUDACION Y CONTABILIDAD

Ya en la Exposición de Motivos del Reglamento General se anunciaba la futura, para entonces, Instrucción General de Recaudación y Contabilidad, aprobada por Decreto 2260/1969, de 24 de julio (*BOE* de 7, 8 y 9 de octubre). Como continuidad del Reglamento General y como desarrollo de la Ley General Tributaria, la Instrucción dice seguir los pasos, no ya de ésta, sino de aquél, «que es el texto fundamental en la materia» (Exposición de Motivos de la Instrucción General), lo que es cierto con sujeción a las leyes. Pero también es cierto que la Instrucción General se aparta del Reglamento General y de la propia Ley General Tributaria, lo que es más grave (31).

Como instrucción recaudatoria, centra también en el pago del tributo la obligación esencial del sujeto pasivo del impuesto (regla 3.^a), si bien, incidentalmente, alude a obligaciones accesorias, por repercusión en su texto de otras normas legales, cual ocurre, por ejemplo, con las declaraciones-liquidaciones (reglas 15, 16, etc.).

No obstante, comienzan a columbrarse ciertas «obligaciones», que salvan su legalidad al ofrecerse como alternativa al particular. Así ocurre con la obligación de adquirir impresos determinados para concretas formas de pago, lo que no parece conforme ni con la Ley General Tributaria ni con la de Procedimiento Administrativo, ni con el Código Civil, o, por otro ejemplo, el etiquetado fiscal como obligación accesoria nacida por Real Decreto 338/1985, ya citado (regla 45).

Pero, no empece lo dicho, la Instrucción General no se preocupa de las obligaciones accesorias, pudiendo afirmarse que *en su redacción* original se ajustaba bastante bien a las posibilidades otorgadas por la Ley General, pasando el juicio de legalidad.

A otra conclusión se llega, sin embargo, al analizarse la reforma provocada por el Real Decreto 338/1985, que veremos en su momento.

Aparte queda el problema del valor de la Instrucción para el público, en cuanto norma dirigida a y para el funcionario y no citada en el artículo 9.1 de la Ley General Tributaria.

(31) En honor a la verdad, tal dislate se produce como consecuencia de las modificaciones introducidas por el Real Decreto 338/1985, de 15 de marzo (*BOE* del 18), como tendremos ocasión de contrastar.

LA OBLIGACION DE CONTRIBUIR EN LOS IMPUESTOS MAS RELEVANTES

A) LA OBLIGACIÓN DE CONTRIBUIR EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

La Ley 44/1978, de 8 de septiembre (BOE del 11), perfila en sus artículos 1, 2 y 3 la obligación tributaria derivada de la renta (*sic*) de las personas físicas, y el artículo 34 fija la obligación formal de realizar la declaración de renta. Lo que, junto con la complementaria de practicar la liquidación a cuenta e «ingreso de su importe en el Tesoro en el mismo acto de su presentación», integran el haz de obligaciones.

Por su parte, el Reglamento de la Ley, aprobado por Real Decreto 2384/1981, de 3 de agosto (BOE de 24, 26 y 27 de octubre), reitera, casi literalmente, las normas de la Ley referentes a la obligación de pago (artículos 1, 3, 5, 14, 32 y 132), así como respecto de las accesorias de declarar (art. 138), también ajustándose al texto legal (32).

(32) Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas:

Artículo 1. *Naturaleza*.—El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es un tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava la renta de los sujetos pasivos en función de su cuantía y de las circunstancias personales y familiares que concurren en éstos.

Art. 3. *Ambito territorial*:

1. El impuesto se exigirá en todo el territorio español.
2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de los regímenes tributarios especiales por razón del territorio y de los tratados o convenios internacionales.

Art. 5. *Hecho imponible*.—Constituye el hecho imponible del impuesto la obtención de la renta por el sujeto pasivo.

En el supuesto de régimen de transparencia fiscal, se entenderá obtenida la renta por la imputación del rendimiento al sujeto pasivo.

3. Cuando se trate de elementos patrimoniales que sólo parcialmente sirvan al objeto de la explotación económica o de la actividad profesional o artística, la afectación se entenderá limitada a aquella parte que realmente se utilice en la actividad de que se trate.

4. La afectación o desafectación de elementos patrimoniales se efectuará, en todo caso, sin alterar el valor que corresponda a los mismos, según las disposiciones reguladoras del Impuesto sobre el Patrimonio.

Art. 14. *Obligación real de contribuir*.—Son sujetos pasivos del impuesto por obligación real cualesquiera otras personas físicas, no comprendidas en el artículo anterior, que obtengan rendimientos o cuyo patrimonio experimente incrementos o disminuciones patrimoniales que se hayan producido en territorio español, que resulten gravados por este impuesto o que hayan sido satisfechos por una persona o Entidad, tanto pública como privada, residente en dicho territorio, salvo cuando, en este último caso, los rendimientos se abonen a personas no residentes en España por establecimientos permanentes situados en el extranjero, con cargo a los mismos, y los trabajos, servicios o demás prestaciones por los que se abonen los rendimientos estén directamente vinculados con la actividad del establecimiento en el extranjero.

No obstante, se produce una desviación respecto del texto legal en el artículo 142 del Reglamento, con referencia a la obligación de presentar la declaración «al órgano competente de la Administración tributaria en cuya demarcación territorial tenga su domicilio o residencia habitual», en la Delegación de Hacienda de la demarcación territorial o en la correspondiente a la residencia, según hipótesis.

Porque parece evidente que la obligación de «ingresar su importe en el Tesoro en el mismo acto de su presentación» es obligación muy distinta a la reglamentaria, ya que en ésta se restringe enormemente la libertad que la Ley otorga para presentar la declaración-liquidación y pago. El particular cumple con la Ley declarando, autoliquidando e ingresando en el Tesoro, mientras que para satisfacer al Reglamento, dicho particular tiene la obligación de *presentar en cierto y determinado sitio*, obligación no fijada por la Ley ni por Ley, lo que, de suyo, es ilegal y puede ser, además, expresión de inconstitucionalidad.

Es claro el carácter ilegal del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en este punto, al canalizar la flexible obligación de pago, autoliquidación e ingreso en el Tesoro y convertirla en obligación de presentación e ingreso ante un órgano concreto y determinado; delimitación que no sólo infringe el criterio de la Ley especial del impuesto, sino que también se enfrenta a la Ley General Tributaria (artículos 59.2 y 63) y al propio Código Civil (art. 1.158), y, en fin —aunque no haya ilegalidad por ser normas de igual rango, pero sí algún desconcierto—, al artículo 17.3 del Reglamento General de Recaudación. Porque cualquiera puede pagar los impuestos ajenos y las disposiciones del Reglamento del IRPF se refieren al obligado sujeto pasivo, con lo que resulta ridículo que un tercero viniese en observar, por consecuencia del pago, obligaciones —supuesta su legalidad— que afectan sólo al sujeto

Art. 132. *Obligación de pago.*—Los sujetos pasivos del impuesto quedan obligados al pago de la deuda tributaria.

Art. 134. *Rendimientos imputables a cada miembro de la unidad familiar*— A cada miembro de la unidad familiar se imputarán los rendimientos, incrementos y disminuciones de patrimonio que les correspondan de acuerdo con las normas que establezca el régimen económico del matrimonio y los preceptos de la legislación civil aplicable en cada caso a las relaciones patrimoniales entre los miembros de la referida unidad familiar.

Art. 138. *Obligación de declarar:*

1. Estarán obligados a presentar declaración los sujetos pasivos que obtengan rendimientos o incrementos patrimoniales sometidos al impuesto.

2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, no estarán obligados a declarar los sujetos pasivos que tengan ingresos íntegros inferiores a 300.000 pesetas anuales, computándose, en su caso, a efectos de este límite, todos los ingresos de la unidad familiar.

A estos efectos, cuando los ingresos procedan de actividades empresariales, profesionales o artísticas se computarán sólo los rendimientos netos.

pasivo del impuesto, en concreto, al declarante autoliquidador, y que ninguna relación guardan con el preciso efecto liberatorio del pago.

Pero, además, la libertad de pagar e ingresar en el Tesoro, en defecto de norma de rango legal que disponga lo contrario, está sujeta al procedimiento administrativo, que autoriza a usar cualquier punto de la geografía española, cualquier oficina pública, para esa puesta en contacto con la Administración, como bien ha resaltado la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1986, al aplicar el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo a los hechos allí debatidos. Porque, además, pudiera tener visos de inconstitucionalidad cualquier pretensión de restringir —o de hacerlo sin la norma de rango jerárquico adecuado— la libertad de circulación de los individuos, unido a la pretensión de que cada acto administrativo tenga que efectuarse en concreto sitio. Porque esta obligación de «ir» y venir» va más allá de la sola restricción, al imponer al particular un concreto comportamiento. Todo lo cual supone agravar las condiciones legales y, por ello, la ilegalidad del Reglamento (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1972, 30 de noviembre de 1961, 4 de julio y 27 de septiembre de 1962, 15 de junio de 1963 y la tajante de 1 de junio de 1973, etc.).

En todo caso, conviene no olvidar la vigencia en nuestro Derecho de los principios de proporcionalidad y de *favor liberatis* (33), generosamente reconocidos por la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1972, 21 de noviembre de 1974, 14 de febrero de 1977, etc.).

Y, nuevamente, cabe preguntar por qué en 1985 la Administración tributaria tiene interés en restringir —infringiendo su deber— el pago del impuesto, dificultando la liberación del deudor tributario mediante el sistema de *arrinconar* los medios y formas de pago (34).

B) LA OBLIGACIÓN DE CONTRIBUIR EN EL IMPUESTO EXTRAORDINARIO SOBRE EL PATRIMONIO

El artículo 11 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal (*BOE* del 16), fija las obligaciones —luego

(33) GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, II, págs. 104 y sigs.

(34) Lo mismo cabe decir de la Orden ministerial de 14 de enero de 1978, que pretendiendo desarrollar la Ley 50/1977, de Reforma Tributaria, declara que: «... los contribuyentes por este impuesto vendrán obligados, en su caso, a presentar los nuevos modelos de declaración que se publicarán por la Dirección General de Tributos, adaptándose a las normas de la presente Orden» (I, 7.º). La pretensión, aquí descartada, de establecer la obligación de emplear determinados impresos es irracional en cuanto exigencia que no aparece ni en la Ley del Impuesto ni en la de Reforma 50/1977, ni en el artículo 69 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

de dedicar sus artículos 1 y siguientes a crear el tributo y su determinación— de índole accesoria: declaración, autoliquidación y presentación, y, en su caso, ingreso del tributo, aunque no se establece vinculación alguna para que la presentación de la declaración-autoliquidación y el pago se efectúen en lugar particular alguno.

Por su parte, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 14 de enero de 1978 (BOE del 17 de enero y 7 de febrero) ha desarrollado la Ley en el tema que aquí se trata en los términos siguientes.

A la obligación del sujeto pasivo dedica la Orden sus artículos 18, 19, 20 y 21, con gran abundancia de obligaciones accesorias, yendo bastante más allá de lo que la Ley 50/1977 autoriza y permite.

La primera obligación es la de presentar la declaración (art. 18.1), a la que se une la elemental de colaboración tributaria para «aclarar dudas, subsanar los defectos que la Administración advierta y prestar la información suplementaria que ésta requiera dentro de las limitaciones y condiciones establecidas por las Leyes» (art. 18.3).

La segunda obligación es la de presentar la declaración, ajustada a un modelo oficial y que se presentará en lugar determinado (35).

Es manifiesto que esta obligación surge con la propia Orden ministerial, porque la disposición final primera (36) carece de energía bastante para marginar la reserva de Ley, y, de otro lado, la Orden va más allá de la mera ejecución o desarrollo, multiplicando las obligaciones y olvidando su rango jerárquico, que no le autoriza a ser fuente de tales obligaciones y, por consiguiente, en nada vincula. Porque aparte de oponerse a otras normas que indican lo contrario (Ley General Tributaria, Ley de Procedimiento Administrativo, Código Civil y, en fin, la propia Constitución), por vía de tal pretendida obligación se estaría cercenando un correspondiente derecho ciudadano: presentar sus escritos ante cualquier organismo público (art. 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo). Y más aún es así cuando ponemos en contacto esta obligación con la de practicar la autoliquidación e ingreso en el mismo acto de la presenta-

(35) «La declaración se presentará en la Delegación de Hacienda del territorio en que se encuentre el domicilio fiscal del sujeto pasivo obligado a formularla...» (artículo 19.2). «En el caso de funcionario de carrera diplomática y demás personas al servicio del Estado español, con domicilio legal en el extranjero por razón de cargo o empleo oficial, declararán en la Delegación de Hacienda de Madrid» (artículo 19.3), y, ¡ahí es nada! si interpretamos el precepto con carácter literal: hacer venir a Madrid a todo el personal para que declaren *en* la indicada Delegación. «En caso de obligación real de contribuir, la declaración se presentará en el mismo lugar en que venga obligado a presentar la declaración del Impuesto general sobre la Renta de las Personas Físicas» (art. 19.4).

(36) «Se autoriza al Ministerio de Hacienda para dictar las disposiciones y adoptar las medidas necesarias para la ejecución y desarrollo de la presente Ley...»

ción (37), con olvido de una doctrina —y regulación por Ley— bien establecida, según la cual estas cargas que se imponen al particular sólo pueden ser establecidas por Ley y no por simple Orden ministerial, aunque sea un Ministerio tan importante como el de Economía y Hacienda.

La tercera obligación que establece esta desdichada Orden ministerial es la de que se pague de cierta forma y en cierto sitio (38), con olvido, igualmente, de que al establecerse el derecho del ciudadano a usar cualquier órgano de la Administración del Estado, en cualquier parte del territorio, para sus relaciones con esa Administración (art. 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo), no cabe —hay que reiterarlo insistentemente— que una simple Orden ministerial indique otra cosa, dando, además, la impresión de olvidarse el Ministerio de Economía y Hacienda que la Administración es *una* (art. 1, LRJAE), que no cabe sublimarla en dicho Ministerio; olvidando, igualmente, lo que para el momento determinaba el Reglamento General, norma con rango de Decreto, que autorizaba variadas formas de pago del tributo y todos los sitios para efectuarlo. Por consiguiente, nos encontramos ante obligaciones ilegales, y por ello nulas (arts. 32.1 y 23.2, 26, 28, LRJAE), que pretende imponer la citada Orden de 14 de enero de 1978.

C) LA OBLIGACIÓN DE CONTRIBUIR EN EL IMPUESTO DE SOCIEDADES

La Ley 61/1978, de 27 de diciembre (*BOE* del 30), al igual que otras indicadas, dedica sus primeros preceptos (arts. 1, 2, 3, etc.) a crear el tributo, y en el artículo 30 establece la obligación de declarar y presentar la declaración (39) «en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen», fórmula de delegación aparentemente irreprochable, naturalmente siempre que por Reglamento no se pretenda crear alguna obligación, lo que atenta contra el principio constitucional de reserva de Ley.

Por su parte, el artículo 31 crea la obligación de autoliquidar e ingresar en el Tesoro en el mismo acto de la presentación.

El Reglamento del impuesto, aprobado por Real Decreto 2631/1982,

(37) «Los sujetos pasivos vendrán obligados, al tiempo de presentar su declaración, a practicar una liquidación a cuenta, de acuerdo con las disposiciones de esta Orden, así como a ingresar su importe en el Tesoro en el mismo acto de su presentación» (art. 20 de la Orden de 14 de enero de 1978).

(38) El pago del impuesto se efectuará en el momento de presentar la declaración en la Caja de la Delegación de Hacienda correspondiente, directamente o por medio de transferencia bancaria, giro postal tributario, cheque o talón de cuenta corriente o a través de Bancos o Cajas de Ahorro» (art. 21 de la Orden de 14 de enero de 1978).

(39) Con la previa del acta de actividades mediante remisión de copia de la escritura de constitución y estatutos sociales (art. 28).

de 15 de octubre (*BOE* de 21-27 y 4 de noviembre), reitera la obligación de incorporación al índice de actividades (art. 270), la de declarar (artículo 288) (40), la de presentación (art. 289) y, en fin, la de autoliquidación —coetánea con la presentación— e ingreso del importe en el Tesoro en el mismo acto de la presentación (art. 292.1).

Cabe, pues, aceptar una perfecta armonía entre el texto de la Ley y el del Reglamento respecto del tema que nos ocupa (41).

D) LA OBLIGACIÓN DE CONTRIBUIR EN EL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES

El Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre (*BOE* de 3 de febrero de 1981), que aprobó el texto refundido que regula este impuesto, recoge en su artículo 54 la obligación formal de presentación de documentos comprensivos del hecho imponible y, en su caso, de declarar; la obligación de pago (art. 59), y la de autoliquidación previa (disposición final segunda).

En desarrollo de aquel texto, el Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre (*BOE* de 11 de febrero de 1982), aprueba el Reglamento del impuesto, cuyos artículos 67 y siguientes regulan la obligación de presentación, fijando criterios de competencia (art. 69) que, por sí mismos, pasan el juicio de legalidad, ya que no hay pretensión de que la presentación y demás obligaciones *tengan* que efectuarse en determinada oficina (42).

E) EL CRITERIO UNIFICADOR DEL REAL DECRETO 361/1984, DE 8 DE FEBRERO

El Real Decreto 361/1984, de 8 de febrero (*BOE* del 25), introduce una serie de modificaciones en los Reglamentos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y Extraordinario sobre el Patrimonio, así

(40) También parece que los artículos 281 y siguientes se exceden de las posibilidades que ofrece una norma con rango inferior al de Ley formal, al pretender fijar como obligación el modo de llevar los registros auxiliares, que va mucho más allá de los legítimos poderes de comprobación e inspección, que recoge la disposición adicional cuarta de la Ley del Impuesto; pero cabe también buscar un sentido de *sensatez mercantil* —más que obligación— al tenor de dicho artículo, disolviéndose su pretensión mandatoria.

(41) Es impertinente analizar ahora las obligaciones especiales respecto de los regímenes de igual carácter (arts. 300 y sigs. del Reglamento), que, además, responden a la misma situación de coherencia (cfr. arts. 321, 326, 332, 345, 355, 375, etcétera, del Reglamento).

(42) A diferencia del indicado Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

como respecto de algunas reglas de la Instrucción General de Recaudación.

Las modificaciones que afectan a los Impuestos sobre la Renta y Patrimonio son exactamente iguales (43), consistiendo las mismas —en punto a lo que aquí interesa— en sustentar el dislate del artículo 142 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de presentar la declaración ante determinado órgano (aspecto éste no reformado), añadiendo la obligación de presentar «los documentos y justificantes que determine el Ministerio de Hacienda» (art. 2 del Real Decreto, dando redacción al art. 138 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta) (44); obligación de presentar justificantes que no puede discutirse por ser consecuencia derivada e imperativa de la de declarar y acreditar, pero seriamente enfrenable respecto de los «documentos», porque el término es omnicompreensivo.

Más grave es, no obstante, la ilegítima y pretendida obligación que fija la nueva redacción del artículo 142 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tal como se establece en el artículo 2 del citado Real Decreto. Dicho artículo 142.1, párrafo segundo, determina que «cuando el ingreso del impuesto se realice en Bancos u otras Entidades colaboradoras, la declaración y los documentos a que se refiere el apartado 3 del artículo 138 de este Reglamento se entrega-

(43) Artículo 3 del Real Decreto, según el cual: «La declaración, liquidación e ingreso del Impuesto sobre el Patrimonio se efectuarán en la misma forma y plazo que el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...». Los artículos del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas afectados son el 138, 142, 145 y 159.

(44) Frente a su redacción original: «*Obligación de declarar:*

»1. Estarán obligados a presentar declaración los sujetos pasivos que obtengan rendimientos o incrementos patrimoniales sometidos al impuesto.

»2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, no estarán obligados a declarar los sujetos pasivos que tengan ingresos íntegros inferiores a 300.000 pesetas anuales, computándose, en su caso, a efectos de este límite, todos los ingresos de la unidad familiar.

»A estos efectos, cuando los ingresos procedan de actividades empresariales, profesionales o artísticas se computarán sólo los rendimientos netos.»

El artículo 138 queda redactado así: «*Obligación de declarar:*

»1. Estarán obligados a presentar declaración los sujetos pasivos que obtengan rendimientos o incrementos patrimoniales sometidos al impuesto.

»2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, no estarán obligados a declarar los sujetos pasivos que tengan ingresos inferiores a 300.000 pesetas anuales, computándose, en su caso, a efectos de este límite, todos los ingresos de la unidad familiar.

»A estos efectos, cuando los ingresos procedan de actividades empresariales, profesionales o artísticas se computarán sólo los rendimientos netos.

»3. «A la declaración anual se acompañarán los documentos y justificantes que determine el Ministerio de Economía y Hacienda.»

rán en los mismos» (45). Los «documentos y justificantes», que forman parte de la declaración del sujeto pasivo, son parte de la intimidad de éste, respecto de la cual, es obvio, Hacienda tiene muy legítima injerencia. Pero ¿quiénes son los «Bancos u otras Entidades colaboradoras» para recibir tales documentos (naturalmente, como obligación impuesta al particular)? Y, destacadamente, ¿quién es Hacienda para fijar tales obligaciones por simple Real Decreto?

El fiasco de este Real Decreto ya se ha puesto de manifiesto ante su artículo 4, modificando algunas reglas de la Instrucción General (46),

(45) Artículo 142, redacción anterior: *«Lugar de presentación de la declaración:*

»1. Los sujetos pasivos sometidos a la obligación personal de contribuir deberán presentar la declaración al órgano competente de la Administración tributaria en cuya demarcación territorial tengan su domicilio o residencia habitual.

»2. Los sometidos a la obligación real de contribuir, la presentarán en la Delegación de Hacienda en cuya demarcación territorial radique la parte principal de los bienes o actividades.

»En el caso de no poderse determinar dónde radica la parte principal de los bienes, la declaración se presentará en la Delegación de Hacienda en cuya demarcación tenga el domicilio el representante.

»3. Los sujetos pasivos a que se refiere el artículo 24 de este Reglamento presentarán la declaración en la Delegación de Hacienda en cuya demarcación tuvieron su residencia habitual antes de ocupar el cargo o empleo por el que residen en el extranjero. A dicha declaración se acompañará, cuando proceda, la correspondiente al Impuesto sobre el Patrimonio.»

Artículo 142, redacción dada por el Real Decreto número 361/1984: *«Lugar de presentación de la declaración:*

»1. Los sujetos pasivos sometidos a la obligación personal de contribuir deberán presentar la declaración al órgano competente de la Administración tributaria en cuya demarcación territorial tengan su domicilio o residencia habitual.

»Cuando el ingreso del impuesto se realice en Bancos u otras Entidades colaboradoras, la declaración y los documentos a que se refiere el apartado 3 del artículo 138 de este Reglamento se entregarán en las mismas.

»2. Los sometidos a la obligación real de contribuir, la presentarán en la Delegación de Hacienda en cuya demarcación territorial radique la parte principal de los bienes o actividades.

»En el caso de no poderse determinar dónde radica la parte principal de los bienes, la declaración se presentará en la Delegación de Hacienda en cuya demarcación tenga el domicilio el representante.

»3. Los sujetos pasivos a que se refiere el artículo 24 de este Reglamento presentarán la declaración en la Delegación de Hacienda en cuya demarcación tuvieron su residencia habitual antes de ocupar el cargo o empleo por el que residen en el extranjero. A dicha declaración se acompañará, cuando proceda, la correspondiente al Impuesto sobre el Patrimonio.»

(46) Redacción original: *«Regla 14.—1. Los cheques podrán ser recibidos:*

»a) Directamente de los contribuyentes en ventanilla.

»b) Mediante envío por correo juntamente con la declaración-liquidación o notificación a que el ingreso se refiera, teniendo en cuenta que han de estar librados contra Entidad bancaria o Caja de Ahorros de la localidad donde ha de efectuarse el pago.

por cuanto el Tribunal Supremo, en la Sentencia ya reiterada de 15 de

»2. El registro contable de los ingresos realizados mediante cheque se efectuará conforme a las normas establecidas para los ingresos en dinero de curso legal, utilizando los mismos 'instrumentos de cobro'.

»Los cheques recibidos por correo se sentarán en un libro de control, detallando la fecha de recepción, Entidad librada, número del cheque, fecha del mismo, nombre del librado, concepto e importe.

»3. Los Gestores administrativos podrán efectuar ingresos en nombre de sus clientes mediante cheque contra su propia cuenta en el Banco de España, acompañado de una relación por duplicado de las deudas que intentan satisfacer, uno de cuyos ejemplares se devolverá al Gestor para constancia. En este caso, la entrega de las cartas de pago correspondientes se efectuará una vez que el Banco de España comunique la aceptación del cheque.

»Los mismos Gestores podrán efectuar tales ingresos mediante cheque librado contra cuenta en otra cualquiera Entidad, siempre y cuando el cheque esté certificado por ésta, y entonces la entrega de las cartas de pago será simultánea al ingreso.

»4. Cuando algún cheque no pueda hacerse efectivo, cualquiera que sea la causa, el Banco de España lo comunicará por escrito, en el mismo día, a la Caja receptora, expresando los motivos alegados por el librado y acompañando el cheque. La Caja acusará recibo y procederá como disponen los números siguientes y la regla 116.

»5. En el mismo día en que se niegue el pago de un cheque por la Entidad librada, o a lo sumo antes de las veinte horas del día hábil inmediato siguiente, se constatará el impago del efecto por medio de diligencia que autorizará el funcionario de la Administración designado por el Director general del Tesoro y Presupuestos o por el Delegado de Hacienda, según proceda, para tal cometido, cuyo nombramiento y el de quien debe sustituirle se hará público en el *Boletín Oficial de la Provincia* correspondiente.

»La diligencia se entenderá con el Director de la Entidad librada o empleado de la misma con poder bastante, consignándose en ella:

»a) Los nombres del funcionario y de la persona que represente a la Entidad librada.

»b) Copia literal del cheque con todas las indicaciones que contenga.

»c) Requerimiento a la Entidad para que pague el efecto.

»d) Contestación del requerido.

»e) Conminación de ser los gastos y perjuicios de cuenta del responsable del impago.

»f) Firmas de los intervinientes y fecha de la diligencia.

»La diligencia se extenderá en ejemplar triplicado, quedando uno de ellos en poder de la Entidad librada.

»6. Los otros dos ejemplares de dicha diligencia se entregarán en la Tesorería, la cual, en el acto, cursará a la Intervención uno de ellos para que proceda a la expedición de certificación de descubierto por el concepto de 'Operaciones del Tesoro', 'Deudores', 'Cheques y talones impagados'.

»El otro ejemplar, con el cheque o talón impagado, se pasará a la Abogacía del Estado a efectos de que se exija la responsabilidad criminal que proceda conforme a las prescripciones del Código Penal, considerándose que la diligencia surte los mismos efectos que el protesto mercantil.

»7. No obstante lo antes dispuesto, cuando antes de expedirse la certificación de descubierto por el importe del cheque impagado se presentare el librador en disposición de ingresar en dinero de curso legal su importe, podrá disponerse su

diciembre de 1986, destaca que un Real Decreto no es norma con rango

admisión y la suspensión y archivo de las actuaciones, sin perjuicio de exigir el recurso de prórroga que fuere procedente.

»8. Las Intervenciones de Hacienda llevarán un libro-registro de cheques impagados en el que anotarán, por columnas, los siguientes datos: fecha de expedición, librador, Entidad librada, deudor, número de los talones de cargo que produjo, concepto e importe de los mismos, fecha de la diligencia de constancia del impago, fecha de la certificación de descubierto y observaciones.

»De las diligencias que terminen con el impago del efecto se tomará nota en el correspondiente asiento del registro de entrada de caudales de la Intervención.

»9. En los expedientes de devolución de ingresos verificados mediante cheque o talón de cuenta corriente deberá constar, además de la restante justificación exigida por las disposiciones vigentes, la referente a que se ha comprobado la efectividad del ingreso de que se trate, por remisión expresa al registro especial de cheques impagados y al libro de entrada de caudales.

»10. Cuando los ingresos por cheque se hagan para constituir depósitos, no se entregará el resguardo de éstos hasta que el Jefe de la Sección de Caja tenga conocimiento oficial de que aquéllos han sido realizados, salvo que los cheques o talones estén certificados por la Entidad librada. Si el interesado lo pidiera, dicho funcionario le facilitará nota simple expresiva de la entrega del cheque o talón autorizada con el sello de la oficina.

»A igual régimen se someterán los ingresos que se efectúen como consecuencia de fallos condenatorios de los Tribunales de Contrabando.

»11. De resultar incobrada alguna de las certificaciones libradas como consecuencia de cheques o talones impagados, se procederá a cancelar su importe en este concepto mediante la oportuna minoración de ingresos en formalización con cargo al concepto originario del débito produciendo el expediente de insolvencia baja justificada en la cuenta de Rentas Públicas.

»12. El pago de las deudas que haya de efectuarse en zonas de recaudación podrá realizarse mediante cheque, a condición de que esté certificado por la Entidad librada y que además de reunir los requisitos exigidos por el Código de Comercio y los señalados en los apartados *b)*, *c)* y *e)* del número 2 del artículo 26 sea nominativo a favor de 'Tesoro Público. Delegación de Hacienda de .. Recaudación de Tributos del Estado de la Zona de...'.»

«Regla 116.—Según el medio de pago, se observará la tramitación siguiente:

»1. (...).

»2. Ingresos por cheque:

»A) Aplicación: Los ingresos tendrán aplicación diaria a la cuenta del Tesoro en el Banco de España, juntamente con el dinero recaudado y en virtud del mismo mandamiento de ingreso

»B) Cuando el deudor entregue el cheque en ventanilla, la Sección de Caja procederá a sentarlo en nota especial, cuya suma será llevada, como última partida, a la de ingresos en dinero de curso legal.

»C) La Sección de Caja formará dos relaciones: una de cheques contra el Banco de España y otra de cheques contra las restantes Entidades. Ambas relaciones se entregarán en el Banco de España con los cheques y el mandamiento de ingreso diario, cuyo importe total se anotará en la columna de 'metálico y billetes' de la cuenta del Tesoro Público en el Banco de España.

»D) El Banco de España, en cuanto reciba los cheques, examinará los librados contra él, y si observare que alguno de ellos tiene defectos o que no existe suficiente provisión de fondos, lo comunicará inmediatamente por nota escrita a la Delegación de Hacienda. Esta nota, acompañada del cheque o cheques correspondientes, se entregará al mismo funcionario destacado para efectuar el ingreso, y recibida, la Delegación de Hacienda anulará inmediatamente el mandamiento de

para crear obligaciones (47). E igual sanción le cabe a la obligación de presentar «los documentos» que Hacienda, sin más, exija (por ejemplo, un impreso determinado), si tales documentos no pueden entenderse corolario de la declaración misma.

¡Nada digamos de la obligación de presentar dichos documentos en los «Bancos u otras Entidades colaboradoras»!, porque al afectar el derecho a la intimidad (art. 18 de la Constitución), la reserva de Ley se convierte en reserva de Ley Orgánica, como ha de verse. Y un simple

ingreso expedido y extenderá uno nuevo, cuyo importe irá reducido en la parte correspondiente al cheque o cheques no aceptados.

»Cuando los cheques estén expedidos por un deudor para con la Hacienda se constatará un impago según las normas establecidas en la regla 14, y el mandamiento de pago a que se refiere el apartado G) de la presente regla se expedirá en formalización, compensándose con otro de ingreso de igual carácter, aplicado a 'Operaciones del Tesoro. Acreedores. Entregas entre las Cajas para su debida aplicación'.

»Cuando el cheque está librado por Gestor administrativo, además de observarse lo prevenido en el párrafo primero del presente apartado, se minorará el mandamiento de pago expedido con cargo a 'Entregas entre las Cajas para su debida aplicación' y se procederá a la anulación de las operaciones contables practicadas.

»E) En cuanto a los cheques librados contra otras Entidades, el Banco de España procederá a su cobro por compensación en la primera fecha hábil siguiente, y una vez efectuado lo comunicará a la Tesorería de Hacienda, siendo suficiente, cuando no existan cheques impagados, una simple nota sellada en la que se haga referencia a la cifra total ingresada por cheques en el día a que la misma se refiere.

»F) El mismo procedimiento establecido en los apartados anteriores se seguirá respecto de los cheques enviados por correo, debiendo además datarse éstos en el libro de control existente en la Sección de Caja, y seguidamente se remitirá al interesado la carta de pago acreditativa del ingreso.

»G) Por el importe de los cheques que no puedan hacerse efectivos, la Caja que los remitió al Banco de España procederá a abonar al mismo el importe de los no realizados, mediante la expedición de un mandamiento de pago a su favor aplicado a 'Operaciones del Tesoro. Deudores. Cheques y talones impagados' (...).

Dice el artículo 4 del Real Decreto 361/1984: «*Instrucción General de Recaudación:*

»La Instrucción General de Recaudación y Contabilidad, aprobada por Decreto 2260/1969, de 24 de julio, queda modificada en los siguientes términos:

»1. Los números 1 y 2 de la regla 14 quedan redactados así:

1. El ingreso mediante cheque sólo podrá realizarse directamente por los contribuyentes en la Caja de la Delegación o Administración de Hacienda.

2. El registro contable de los ingresos realizados mediante cheque se efectuará conforme a las normas establecidas para los ingresos en dinero de curso legal, utilizando los mismos 'instrumentos de cobro'.

»2. Se suprime el párrafo 2, F), de la regla 116.»

(47) «En definitiva, la nueva redacción contenida en el artículo 4.º de la disposición reglamentaria impugnada contradice frontalmente otras normas de rango legal (...) y, por tanto, la alcanza la prohibición establecida en el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico, con la nulidad plena inherente al incumplimiento de tal límite, según el artículo 28 de la misma, como reflejo concreto de la jerarquía

Real Decreto, aunque sea del importantísimo Ministerio de Economía y Hacienda, sigue sujeto al principio de legalidad y jerarquía normativas, garantizados por el artículo 9.3 de la Constitución.

Pero nuevamente cabe inquirir: ¿A qué ese interés en cargar a los «Bancos u otras Entidades colaboradoras» con trámites propios de la misma Hacienda sujetos al procedimiento administrativo?

F) EL REAL DECRETO 338/1985

El Real Decreto 338/1985, de 15 de marzo (*BOE* del 18), concebido en su título —«Normas de gestión tributaria, recaudatoria y contable»— como normativa de orden interno del propio Ministerio, rompe quizá todos los troqueles al lanzarse a tumba abierta creando obligaciones tributarias de todo orden. Muchas de dichas obligaciones son reiteración de otras ya fijadas, igualmente con olímpico desprecio de la reserva de Ley, por disposiciones anteriores. Otras son plenamente originales. Y siempre se emplea como excusa instrumental la reforma de los reglamentos de los impuestos correspondientes.

El Real Decreto reforma el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el de Sociedades, el de Recaudación y la Instrucción General.

Con respecto del Reglamento del Impuesto sobre la Renta, el Real Decreto modifica los artículos 142, 145, 152, 153, 154, 155, 158 y 159 (48), algunos de los cuales habían sido afectados por la reforma del Real Decreto 361/1984. Aquí analizo solamente los pertinentes.

normativa garantizada por la Constitución en su artículo 9, párrafo 3.º) (considerando 4.º).

(48) «Artículo 142.—Lugar de presentación de la declaración:

»1. Los sujetos pasivos sometidos a la obligación personal de contribuir deberán presentar la declaración al órgano competente de la Administración tributaria en cuya demarcación territorial tenga su domicilio fiscal.

»Cuando el ingreso del impuesto se realice en Bancos u otras Entidades colaboradoras, el justificante del mismo se introducirá en el sobre que contenga la declaración y los documentos a que se refiere el apartado 3 del artículo 138 de este Reglamento. El sobre, una vez cerrado, se entregará en la Entidad colaboradora para su remisión a la correspondiente Delegación o Administración de Hacienda.

»2. Los sometidos a la obligación real de contribuir la presentarán en la Delegación de Hacienda en cuya demarcación territorial radique la parte principal de los bienes o actividades.

»En el caso de no poderse determinar dónde radica la parte principal de los bienes, la declaración se presentará en la Delegación de Hacienda en cuya demarcación tenga el domicilio el representante.

»3. Los sujetos pasivos a que se refiere el artículo 24 de este Reglamento presentarán la declaración en la Delegación de Hacienda en cuya demarcación

El artículo 142, reformado, sigue insistiendo en la obligación de presentación de la declaración-autoliquidación ante el órgano competente de la Administración tributaria, siendo su valor tan nulo como ya lo era en la normativa precedente. Pero en esta ocasión se va bastante más allá, al crear la obligación de introducir el justificante de pago cuando éste se efectúa mediante Entidades colaboradoras, obligación asimismo nula en cuanto tal obligación, y que manifiesta, además, una obsesión reglamentarista o la reducción al absurdo, porque nadie más interesado que el particular en acreditar el pago del impuesto. Y la conveniente

tuvieron su residencia habitual antes de ocupar el cargo o empleo por el que residen en el extranjero. A dicha declaración se acompañará, cuando proceda, la correspondiente al Impuesto sobre el Patrimonio.»

«Artículo 145.—Plazo de presentación de declaraciones:

»El plazo de presentación de las declaraciones por este impuesto será el que media entre el 1 de mayo y el 20 de junio de cada año. Por excepción, las declaraciones con derecho a devolución podrán presentarse hasta el 30 de junio.

»El Ministro de Economía y Hacienda podrá anticipar o prorrogar los plazos para una parte determinada de los contribuyentes o para aquellas zonas territoriales que señale, por razones fundadas, para cada ejercicio.»

«Artículo 152.—Obligaciones tributarias del retenedor.

»1. El sujeto obligado a retener deberá presentar en los primeros veinte días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero, ante la Delegación de Hacienda o, en su caso, Administración de Hacienda correspondiente al domicilio fiscal del retenedor, cualquiera que sea el domicilio del perceptor, declaración de las cantidades retenidas en el trimestre natural inmediato anterior e ingresar su importe en el Tesoro Público, en la forma y condiciones que determine el Ministerio de Economía y Hacienda.

»No obstante, cuando los sujetos retenedores estén sometidos al sistema simplificado de estimación objetiva singular para la determinación de los rendimientos derivados de las actividades empresariales con ocasión de las cuales deban practicar las retenciones, la declaración e ingreso a que se refiere el párrafo anterior se efectuarán en los veinte primeros días naturales de los meses de julio y enero, en relación con las cantidades retenidas en el semestre natural inmediato anterior.

»Los obligados a retener presentarán declaración negativa cuando no se hubiesen producido retenciones en un trimestre o semestre, según los casos

»2. Las personas físicas y jurídicas obligadas a retener el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por los rendimientos del trabajo personal satisfechos, deberán presentar en el plazo de la última declaración de retenciones de cada año, un resumen anual de las mismas. En este resumen, además de los datos de identificación del retenedor, se hará constar una relación nominativa de los perceptores, con indicación de las cantidades íntegras y retenciones a ellos imputables.

»En el caso de que la relación se presente por soporte directamente legible por ordenador, el plazo para la presentación de dicha relación será el comprendido entre el 1 de enero y el 20 de febrero del año siguiente al en que se realizaron las retenciones.

»3. Las personas físicas y jurídicas, sean o no residentes en España, obligadas a retener por razón de rendimientos del capital mobiliario, deberán presentar en el plazo de la última declaración de retenciones de cada año un resumen anual de las mismas. En este resumen, además de los datos de identificación del retenedor, se

constancia del mismo pudo introducirse de forma indirecta (aparte de estar recogida en el Código Civil), omitiendo la connotación de carga u obligación, sin pretender quien no es competente —y me temo que no sólo en sentido jurídico— la creación de ilícitas obligaciones.

El artículo 153 remacha la obligación del sujeto pasivo de presentar la declaración ante la Delegación o Administración de Hacienda del domicilio fiscal, no obstante ratificar el artículo 158 el carácter de auto-

hará constar una relación nominativa de los perceptores, con indicación de las cantidades íntegras y retenciones a ellos imputables.

»En el caso de que la relación se presente en soporte directamente legible por ordenador, el plazo para la presentación de dicha relación será el comprendido entre el 1 de enero y el 20 de febrero.

»A la misma obligación reseñada en el párrafo primero de este número están sujetas todas las personas físicas o Entidades domiciliadas, residentes o representadas en España que paguen por cuenta ajena rendimientos procedentes del capital mobiliario o sean depositarias o gestionen el cobro de los rendimientos de títulos-valores.

»Las personas físicas con residencia habitual en España y las jurídicas españolas o extranjeras con establecimiento permanente en España que sean depositarias de valores extranjeros propiedad de residentes en territorio español o que tengan a su cargo la gestión de cobro de las rentas de dichos valores, vendrán obligadas a presentar la declaración a que se refiere el párrafo primero de este número.»

«*Artículo 153.*—Obligados al pago fraccionado:

»Los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que ejerzan actividades empresariales, profesionales o artísticas estarán obligados a ingresar en el Tesoro la cantidad que resulte de acuerdo con lo establecido en los artículos siguientes de este Reglamento, referidos, respectivamente, al distinto sistema de estimación de los rendimientos, ya sea directa u objetiva singular.

»Los sujetos pasivos presentarán las declaraciones ante la Delegación de Hacienda o, en su caso, Administración de Hacienda en cuya demarcación territorial tengan su domicilio fiscal.»

«*Artículo 154.*—Plazo de fraccionamiento de pago:

»1. Los sujetos pasivos a que se refiere el artículo anterior estarán obligados a ingresar trimestralmente en el Tesoro Público el importe de las cantidades que se determinan en el artículo siguiente en los plazos comprendidos entre el día 1 de los meses de abril, julio, octubre y enero y el día 5 del mes siguiente a los anteriores.

»Cuando de la aplicación de lo dispuesto en el artículo siguiente no resultasen cantidades a ingresar, los sujetos pasivos presentarán una declaración negativa.

»2. El Ministerio de Economía y Hacienda podrá prorrogar los plazos a que hace referencia este artículo, así como establecer el ingreso semestral en los casos de estimación objetiva singular que se consideren convenientes.»

«*Artículo 155.*—Importe del fraccionamiento:

»1. Los sujetos pasivos ingresarán, en cada uno de los plazos establecidos en el artículo anterior, las cantidades siguientes:

»a) Si están en régimen de estimación directa, el 10 por 100 de la diferencia entre los ingresos computables y los gastos deducibles. Tanto los ingresos como los gastos serán los producidos en el período transcurrido desde el primer día del año hasta el último día del trimestre a que se refiere el pago fraccionado.

liquidación con obligación simultánea de ingreso en el Tesoro, esto es, encontrado directamente con la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1986.

Por su parte, el artículo 159, para el caso de elegir el particular la presentación y el pago por medio de Entidades colaboradoras, fija un procedimiento, aceptable a la fecha del Real Decreto, pero pronto convertido en atentatorio de la intimidad. Aceptable para entonces, por ser

»b) Si hubieran optado por el régimen de estimación objetiva singular, el 10 por 100 de los rendimientos netos resultantes de la aplicación de dicho régimen. Estos rendimientos serán los obtenidos desde el día 1 del año hasta el último día del trimestre a que se refiere el pago fraccionado.

»c) Si hubieran optado por el procedimiento simplificado de estimación objetiva singular, el importe del pago fraccionado vendrá determinado por:

»1) Hasta el volumen de ventas o ingresos de dos millones de pesetas, el 2 por 100 de los rendimientos netos, determinados de acuerdo con esta modalidad.

»2) Cuando el volumen de ventas o ingresos exceda de dos millones de pesetas, se aplicará, además, el 5 por 100 a los rendimientos netos correspondientes a dicho exceso.

»2. De la cantidad resultante por la aplicación de lo dispuesto en las letras a), b) y c) del apartado anterior, se deducirán los pagos fraccionados ingresados y, en su caso, las retenciones que les hubieren sido practicadas, correspondientes a los trimestres anteriores del mismo año.

»3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, los sujetos pasivos podrán aplicar en cada uno de los pagos fraccionados un porcentaje superior a los indicados en los mismos.»

«Artículo 158.—Autoliquidación del impuesto:

»1. Los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas vendrán obligados, al tiempo de presentar su declaración, a practicar una liquidación a cuenta y a ingresar su importe en el Tesoro.

»2. No obstante, los contribuyentes que lo deseen podrán distribuir el pago de la cuota en dos partes: la primera, del 60 por 100 de su importe, en el momento de presentar la declaración, y la segunda, del 40 por 100 restante, hasta el 5 de noviembre de cada año.

»Para disfrutar de este beneficio será necesario que la declaración se presente dentro del plazo reglamentario y que ambos pagos se efectúen a través de Bancos o Cajas de Ahorro.»

«Artículo 159.—Devoluciones de oficio:

»1. Cuando la suma de las cantidades retenidas en la fuente y los ingresos a cuenta en virtud de pagos fraccionados supere el importe de la cuota resultante de la liquidación provisional a ingresar antes de practicar la deducción de estos ingresos a cuenta, la Administración procederá a devolver de oficio, en el plazo de treinta días, el exceso ingresado sobre la indicada cuota.

»A tal efecto, el Jefe de la dependencia de Relaciones con los Contribuyentes de la Delegación de Hacienda correspondiente al domicilio fiscal del sujeto pasivo o, en su caso, el Administrador de Hacienda de su respectiva demarcación territorial, vendrá obligado a practicar liquidación provisional de las declaraciones del impuesto de las que el sujeto pasivo o, en su caso, sujetos pasivos integrados en la unidad familiar deduzcan su derecho a la devolución dentro de los seis meses siguientes al término del plazo para la presentación de la declaración.

el pago mediante Entidades colaboradoras una alternativa, que luego se convierte en único medio.

La modificación del Reglamento del Impuesto de Sociedades sigue igual derrotero al fijar la obligación de presentación ante la Delegación o Administración de Hacienda.

Y, en fin, vía disposiciones adicionales, se exige el etiquetado para pagar en las Entidades colaboradoras las retenciones a cuenta del Im-

»Si la liquidación provisional no se hubiera practicado en aquel plazo de seis meses, la Administración procederá a devolver de oficio, dentro de los treinta días siguientes, el exceso ingresado sobre la mencionada cuota.

»Lo establecido en este apartado se entenderá sin perjuicio de la posterior comprobación de la declaración del impuesto y de las circunstancias a que se refieren los artículos 109 y siguientes de la Ley General Tributaria (R. 1963, 2490, y N. Dicc. 15243).

»2. Practicada la liquidación provisional o transcurrido el plazo de seis meses a que se refiere el apartado anterior, el Jefe de la dependencia de Relaciones con los Contribuyentes o el Administrador de Hacienda, según proceda, una vez realizadas las comprobaciones que reglamentariamente se establezcan, propondrá al Delegado el reconocimiento total o parcial del derecho a la devolución o su denegación.

»En todo caso, quedará a salvo el derecho del sujeto pasivo a la interposición de los recursos pertinentes.

»La Intervención procederá a la fiscalización del acto de reconocimiento o denegación del derecho a la devolución y expedirá, en su caso, certificación sólo de los ingresos a cuenta fraccionados, sin que proceda certificar la realización o no de los ingresos en el Tesoro por retenciones.

»El Delegado de Hacienda expedirá el mandamiento de pago por devolución al sujeto pasivo, que se justificará con duplicado del acuerdo de devolución y certificación de los ingresos a cuenta fraccionados.

»Expedido el mandamiento de pago, se procederá a su señalamiento para abono al interesado en la forma elegida por el mismo.

»Todos los trámites y actos a los que se hace referencia en este apartado podrán realizarse a través de expedientes colectivos de devolución, en la forma y con las condiciones que determine el Ministerio de Economía y Hacienda.

»3. Transcurrido el plazo legal para efectuar la devolución sin haber tenido lugar ésta, el sujeto pasivo podrá solicitar por escrito que le sean abonados los intereses de demora en la forma dispuesta en el artículo 45 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 (R. 48).

»Las cantidades que por intereses de demora puedan ser reconocidas a favor de los sujetos pasivos se harán efectivas como devolución, con cargo a la recaudación del impuesto.

»4. Las devoluciones de oficio a que se refiere este artículo, se realizarán bien por transferencia bancaria, bien por talón cruzado al Banco de España contra la cuenta corriente del Tesoro Público en dicho Banco, según elección expresa del sujeto pasivo.

»Si el medio elegido fuese la transferencia bancaria, el contribuyente rellenará el documento de devolución que acompaña a la declaración y la presentará en la Entidad colaboradora de su demarcación tributaria en donde se desee recibir el importe de la devolución.

»La Entidad comprobará los datos consignados en la hoja de transferencia, y si fueran correctos sellará las copias de la misma y se las entregará al interesado, que unirá el ejemplar correspondiente a la Administración a su declaración, que, en sobre cerrado, entregará en la propia Entidad colaboradora para su remisión a la correspondiente Delegación o Administración de Hacienda.»

puesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de Sociedades, los pagos fraccionados de aquel primero citado, las declaraciones-liquidaciones del Impuesto de Lujo y del de Tráfico de Empresas, aparte de autorizarse el Ministerio de Hacienda a sí mismo para aprobar los modelos correspondientes.

Del Reglamento General de Recaudación, se modifican los artículos 20, 27, 28, 52, 59, 79, 80, 91, 92, 97 y 199 (49), de los cuales interesa

(49) «Artículo 20.—Tiempo de pago en período voluntario:

»1. Los obligados al pago harán efectivas sus deudas, en período voluntario, dentro de los plazos fijados en este artículo.

»2. Salvo disposición en contrario de Ley, las deudas tributarias resultantes de liquidaciones practicadas por la Administración deberán pagarse:

»a) Las notificadas entre los días 1 y 15 de cada mes, desde la fecha de notificación hasta el día 5 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior.

»b) Las notificadas entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de notificación hasta el día 20 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior.

»c) Las liquidadas por Renta de Aduanas o cuya liquidación esté encomendada a las Aduanas, en los plazos establecidos en las normas que las regulan.

»d) Las que se recauden mediante recibo, en los plazos señalados en el artículo 79.

»e) Las no tributarias, en los plazos que determinen las normas con arreglo a las cuales tales deudas se exijan.

»3. Las deudas tributarias que deban satisfacerse mediante efectos timbrados se pagarán en el momento de la realización del hecho imponible.

»4. Las deudas liquidadas por el propio sujeto pasivo deberán satisfacerse en las fechas o plazos que señalan las normas reguladoras de cada tributo.

»5. Las deudas no satisfechas en período voluntario, se harán efectivas en vía de apremio, salvo lo previsto en los artículos 91 y 92 de este Reglamento.

»6. Si se hubiese concedido aplazamiento de pago, se estará a lo dispuesto en el capítulo VII de este título.»

«Artículo 27.—Transferencia bancaria o de Caja de Ahorros:

»1. Los pagos en efectivo que deban realizarse en las Cajas de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, de las Delegaciones y Administraciones de Hacienda, podrán efectuarse mediante transferencia bancaria o de Caja de Ahorros, con sujeción a lo dispuesto por el Ministerio de Economía y Hacienda.

»2. Los mandatos de transferencia podrán darse a través de Banco o banquero inscrito en el Registro oficial de éstos o de Caja de Ahorros, para abono de su importe en la cuenta del Tesoro Público abierta en la oficina del Banco de España de la localidad donde haya de tener lugar el ingreso.

»3. El mandato de transferencia, por cantidad igual al importe de la deuda, habrá de expresar el concepto tributario concreto a que el ingreso corresponda y contener el pertinente detalle cuando el ingreso se refiera y haya de aplicarse a varios conceptos.

»4. Simultáneamente al mandato de transferencia, los contribuyentes cursarán al órgano recaudador las declaraciones a que el mismo corresponda o las cédulas de notificación, expresando en unos u otros documentos la fecha de la transferencia, su importe y el Banco o Caja de Ahorros utilizado para la operación.

»5. Los ingresos realizados mediante transferencia bancaria se entenderán efectuados en la fecha en que tengan entrada en el Banco de España.»

aquí solamente el del giro como medio de pago, respecto del cual Hacienda vuelve a convertir en obligación lo que es comportamiento elemental, pero que siendo admisible en cuanto éste, es nulo en cuanto aquélla. La referencia lo es, en concreto, al artículo 28.2 en su nueva redacción.

Del artículo 89 (pago mediante Entidades colaboradoras) cabe decir exactamente lo mismo que respecto de lo apuntado en relación al artículo

«Artículo 28.—Giro postal tributario:

»1. Los pagos en efectivo que deban realizarse en las Cajas de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, de las Delegaciones y Administraciones de Hacienda, podrán efectuarse mediante giro postal tributario con sujeción a lo dispuesto por el Ministerio de Economía y Hacienda

»2. Los contribuyentes, al tiempo de imponer el giro, cursarán el ejemplar de la declaración o notificación, según los casos, a la Intervención de Hacienda correspondiente, tras consignar en dicho ejemplar la oficina de Correos o estafeta en que se haya impuesto el giro, fecha de imposición y número que aquélla le haya asignado.

»3. Los ingresos por este medio se entenderán, a todos los efectos, realizados en el día en que el giro se haya impuesto.»

«Artículo 52.—Facultad de la Administración:

»1. Liquidada que sea la deuda, la Administración podrá graciable y discrecionalmente aplazar o fraccionar el pago de la misma, previa petición de los obligados.

»2. El fraccionamiento de pago, como simple modalidad del aplazamiento, se regirá por las normas aplicables a éste.

»3. Las cantidades cuyo pago se aplaze devengarán, en todos los casos, por demora, el interés legal del dinero.

»4. Cuando, con carácter general, la Administración acuerde el fraccionamiento de deudas tributarias, la falta de ingreso a su vencimiento de las cantidades aplazadas determinará su inmediata exigibilidad en vía de apremio, tal como determinan los apartados 1 y 2 del artículo 60.»

«Artículo 59.—Liquidación de intereses.

»1. Cuando se otorgue aplazamiento, se practicará liquidación de intereses de demora por el tiempo que medie entre el vencimiento del plazo de ingreso en período voluntario y el del aplazamiento concedido.

»Asimismo, en los casos de denegación de aplazamiento o fraccionamiento, se liquidarán intereses de demora por el período transcurrido desde la terminación del plazo de ingreso en período voluntario hasta la fecha de la resolución denegatoria.

»2. La Tesorería trasladará los acuerdos de concesión o denegación de aplazamiento a la Intervención de Hacienda, a los debidos efectos, una vez notificados a los interesados.»

«Artículo 79.—Plazos de ingreso:

»1. El plazo de ingreso en período voluntario de deudas por recibo será del 16 de septiembre al 15 de noviembre o inmediato hábil posterior.

»2. En circunstancias excepcionales, el Director general del Tesoro y Política Financiera, a propuesta del Delegado de Hacienda respectivo, podrá modificar los plazos señalados en el número anterior.»

lo 159 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que es inicialmente admisible en cuanto medio alternativo, luego elegido por el interesado, pero que deviene en totalmente nulo si se convierte en modalidad única.

«Artículo 89.—Tramitación:

»1. Los obligados al pago que se sirvan del procedimiento regulado en este capítulo presentarán o remitirán el documento que contenga la liquidación a cualquier Entidad colaboradora autorizada.

»2. Al documento aludido en el número anterior se acompañará el medio de pago elegido.

»3. La Entidad colaboradora deberá exigir, en todo caso, la consignación del número del documento nacional de identidad, para las personas físicas, y del código de identificación, para las personas jurídicas, en el documento correspondiente, comprobando la exactitud del indicado número mediante el examen del documento nacional de identidad o del código de identificación del contribuyente, que deberá ser exhibido por quien presente el documento liquidatorio.

»4. Efectuadas las comprobaciones pertinentes y aceptado el medio de pago, la Entidad colaboradora expedirá y entregará al interesado el oportuno justificante de pago, haciendo constar en éste y en la documentación que remitirá a la Delegación de Hacienda el número de identificación, la fecha de ingreso y el número que a éste corresponda.

»5. Las comprobaciones previstas en el apartado tres de este artículo no serán necesarias en relación con aquellas declaraciones-liquidaciones y documentos de ingreso, respecto de los cuales el Ministerio de Economía y Hacienda haya establecido que deben presentarse en las Entidades colaboradoras con una etiqueta adherida en la que consten los datos de identificación de los obligados al pago.»

«Artículo 91.—Supuestos de aplicación:

»Los obligados al pago de las deudas a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 20, que no las hubieran satisfecho en los plazos señalados en el mismo, podrán, no obstante, pagarlas sin apremio dentro de los plazos y con sujeción al recargo que señala el artículo siguiente.»

«Artículo 92.—Plazos y recargo de prórroga:

»1. Los plazos de prórroga de las deudas a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 20, se contarán desde la finalización de los plazos de ingreso en voluntaria hasta la fecha de su ingreso.

»No obstante, si la Administración conoce o puede liquidar el importe de tales deudas, no será aplicable el plazo de prórroga y se exigirán en vía de apremio, una vez transcurrido el período de ingreso en voluntaria.

»2. El recargo de prórroga, que será del 10 por 100 del importe de la deuda, será liquidado por la Administración y notificado al sujeto pasivo.

»3. El recargo de prórroga es incompatible con el de apremio, sobre la misma deuda. En todo caso, corresponde íntegramente al Tesoro.»

«Artículo 97.—Iniciación del procedimiento:

»El procedimiento de apremio se inicia cuando vencidos los plazos de ingreso a que se refiere el número 2 del artículo 20, no se hubiese satisfecho la deuda, o cuando en el supuesto previsto en el artículo 92.1, párrafo segundo, se expida, en consecuencia, el título que lleva aparejada ejecución.»

De la Instrucción General de Recaudación se modifican una serie de reglas: 15, 16, 28, 29, 43, 45, 48, 53, 57, 120, 145, 149, 150, 157 y 172 (50), destacando el carácter restrictivo del giro *tributario* y ratifi-

«*Artículo 199.*—Entidades colaboradoras:

»1. Las Entidades colaboradoras ingresarán en la Delegación de Hacienda correspondiente, dentro de los siete días hábiles siguientes a los días 5 y 20 de cada mes. Dicho plazo afectará tanto a las cantidades recaudadas por declaración-liquidación, como a las correspondientes a liquidaciones previamente notificadas. Al citado ingreso se acompañará la documentación correspondiente y el cheque por el total ingresado.

»2. Si el ingreso no se efectuase en el plazo señalado en el número anterior, se liquidarán intereses de demora al tipo legal, sin perjuicio de que pueda cancelarse o suspenderse la autorización concedida para actuar como Entidad colaboradora.»

(50) «*Regla 15.*—Apartado uno:

»1. La transferencia bancaria o de Caja de Ahorros, como medio de pago en efectivo de las deudas a realizar en las Cajas de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, de las Delegaciones y Administraciones de Hacienda, será utilizable cuando se trate de declaraciones-liquidaciones o de otras deudas, para las que así lo disponga el Ministerio de Economía y Hacienda, al aprobar los modelos de documentos de ingreso.»

«*Regla 16.*—Apartado uno:

»1. El giro postal tributario sólo será utilizable en los casos de extravío de recibos a que se refiere la regla 39 y cuando se trate de declaraciones-liquidaciones o de otras deudas, para las que así lo disponga el Ministerio de Economía y Hacienda, al aprobar los modelos de documentos de ingreso.

»Para la realización de los ingresos mediante giro postal tributario, los contribuyentes utilizarán los impresos establecidos a este fin por el Ministerio de Economía y Hacienda de acuerdo con el de Transportes y Comunicaciones.»

«*Regla 26:*

»Salvo los casos previstos en la regla 48, una vez transcurrido el plazo de pago de las deudas tributarias en período voluntario, el pago de tales deudas sólo podrá realizarse en la Recaudación de zona o en la Tesorería a la que se cargue el oportuno título ejecutivo, debiendo abstenerse los demás órganos recaudadores de admitir tal pago.»

«*Regla 28:*

»Cuando se otorguen aplazamientos o fraccionamientos de pago por cualquiera de las autoridades que expresa el artículo 53, el vencimiento del plazo o plazos concedidos llevarán siempre fecha del 5 ó 20 del mes a que se refieran.»

«Se añade un apartado 5 a la regla 29, con la siguiente redacción:

»Cinco. En los casos de denegación del aplazamiento o fraccionamiento, se procederá por la Tesorería a practicar liquidación de intereses de demora siguiendo el procedimiento previsto en el apartado 1 de esta regla. El ingreso de dicha liquidación se efectuará en los plazos fijados en el artículo 20, apartado 2, letras a) o b) del Reglamento General de Recaudación.»

«*Regla 43.*—Apartado 10:

»10. No podrán admitirse por las Entidades colaboradoras las siguientes operaciones:

cando la obligación de usar un particular modelo; obligación que, por ser cuestión de orden interno ministerial, no afecta —no debe afectar— al contribuyente en lo más mínimo (regla 16), así como la del etiquetado de y para los pagos mediante Entidades colaboradoras (regla 43).

»a) Los ingresos que tengan que surtir efectos en una Delegación de Hacienda de otra demarcación.

»b) La presentación de documentos correspondientes a declaraciones que no den lugar a ingreso.

»c) Los ingresos correspondientes a declaraciones-liquidaciones y documentos de ingreso, respecto de los cuales el Ministerio de Economía y Hacienda haya establecido que deben presentarse en las Entidades colaboradoras *con una etiqueta adherida* en la que consten los datos de identificación de los obligados al pago, que no cumplan este requisito.»

«Regla 45.—Apartado dos:

»Dos. Cuando se trate de declaraciones-liquidaciones, el sujeto pasivo presentará o remitirá a la Entidad colaboradora el juego de impresos completo en que se contengan aquéllas, a los que se adherirán, en su caso, las etiquetas de identificación establecidas por el Ministerio de Economía y Hacienda.»

«Regla 48:

»1. Por el carácter especial que entrañan las deudas liquidadas por el propio sujeto pasivo comprendidas en el número 4 del artículo 20, salvo que sean susceptibles de apremio, el plazo de prórroga se extenderá desde la fecha de vencimiento del período señalado en las normas reguladoras de cada tributo para la presentación de declaraciones hasta la fecha de su ingreso.

»2. En los casos en que sea aplicable el recargo de prórroga por ingreso en tal período, la Administración practicará liquidación por dicho recargo y lo notificará al interesado.»

«Regla 53:

»1. Vencido el plazo de pago en período voluntario, los contribuyentes habrán de hacer efectivos sus débitos, con el recargo de apremio correspondiente, precisamente en las oficinas recaudatorias de zona a las que se hayan cargado los documentos ejecutivos providenciados de apremio.

»2. Se tendrán por vencidas en la misma fecha de la declaración de quiebra o concurso las deudas tributarias pendientes del quebrado o concursado, aunque no hayan transcurrido los plazos de pago en período voluntario.»

«Regla 57:

»1. En las certificaciones de descubierto o en documento independiente y complementario de las mismas podrán consignarse todos los datos que permitan identificar la finca, industria, vehículo, actividad o profesión que dio origen a la liquidación del débito para facilitar así la tramitación del procedimiento de apremio.

»2. Las expresadas certificaciones serán expedidas tan pronto transcurra el período voluntario de pago, y se remitirán inmediatamente a la Tesorería para que proceda como disponen los artículos 95 y 155.

»3. Dichas certificaciones serán expedidas por el Jefe de Contabilidad de la Intervención de Hacienda y visadas por el Interventor. Si por constar el impago de la deuda en otra dependencia hubiere de expedirse la certificación por funcionario distinto del expresado, se tramitará a la Tesorería por conducto de la Intervención para control de ésta.

En resumen, y en mi opinión, el Real Decreto 338/1985 se enfrenta directamente con la Ley de Procedimiento Administrativo, no siendo su-

»4. Solamente podrá anularse una certificación de descubierto en los siguientes casos:

»a) Cuando el interesado efectuó el pago de una liquidación apremiada, por medio de Entidad colaboradora, antes de la fecha en que debe expedirse la certificación de descubierto y por importe de la deuda exigible en el momento en que efectuó el pago.

»b) Por baja o anulación de la liquidación apremiada por acuerdo de la oficina gestora o de autorización o de Tribunal competente.

»c) Por error en la expedición del título ejecutivo.

»5. Las certificaciones de descubierto por deudas cuya cobranza en procedimiento de apremio ha de hacerse por la Tesorería se tramitarán de acuerdo con lo que dispone el título IV del libro tercero.»

«Regla 120:

»1. Ingreso en el Tesoro y aplicación a presupuesto de las cantidades recaudadas por declaración-liquidación.

»Las Entidades colaboradoras centralizarán necesariamente la operación de ingreso en el Tesoro y el envío a la Delegación de Hacienda competente de la documentación relativa a los ingresos realizados en todas las oficinas de la Entidad, en la oficina principal o en la sucursal que al efecto señalen, debiendo encontrarse esta última en el territorio a que se extienda la demarcación de la referida Delegación de Hacienda.

»El Ministerio de Economía y Hacienda determinará, en atención al volumen de documentos a tratar, las Entidades colaboradoras que han de presentar soporte magnético que comprenda las operaciones realizadas en cada período, y aquellas otras Entidades que clasificarán y presentarán la documentación por el sistema que se establece en el apartado 1.2.

»Dentro de los soportes magnéticos presentados por una Entidad, podrá incluirse información referida a las operaciones de otra u otras.

»1.1. Entidades que han de presentar la información en soporte magnético:

»A) Operaciones a realizar por las Entidades colaboradoras:

»Tales Entidades grabarán en soporte magnético por cada período quincenal, para su envío a la Delegación de Hacienda, la totalidad de los ingresos por declaración-liquidación realizados en ellas.

»El Ministerio de Economía y Hacienda determinará en cada caso *la información que las Entidades colaboradoras habrán de grabar*.

»Una copia de los documentos justificativos de los ingresos realizados por los sujetos pasivos en las Entidades permanecerán en éstas a los fines de realización de los controles que se determinen.

»Dentro de los siete días hábiles siguientes a los días 5 y 20 de cada mes, las Entidades colaboradoras ingresarán en la Delegación de Hacienda el importe recaudado en la quincena correspondiente mediante cheque nominativo a favor del Tesoro Público, con cargo a la propia cuenta de la Entidad colaboradora cruzado al Banco de España, aplicándole el ingreso a 'Operaciones del Tesoro, acreedores. Ingresos a través de Entidades colaboradoras, declaraciones-liquidaciones'.

»Dentro de los catorce días hábiles siguientes a los referidos 5 y 20 de cada mes, las Entidades colaboradoras entregarán en los Servicios de Informática de la Delegación de Hacienda correspondiente el citado soporte magnético.

»B) Operaciones a realizar por las Delegaciones de Hacienda:

»Del tratamiento de los soportes magnéticos presentados por las Entidades

ficiente cobertura la Ley 10/1985, de Reforma de la General Tributaria, porque la Constitución proclama expresa reserva de Ley para constituir obligaciones fiscales, incluso formales.

colaboradoras, los Servicios de Informática antes citados obtendrán y remitirán a la Intervención Territorial resúmenes contables por Entidades, con totales por conceptos tributarios y listados de ingresos por conceptos tributarios.

»A partir de la mencionada información, la Intervención Territorial practicará las oportunas operaciones contables de aplicación a presupuesto de los ingresos realizados.

»1.2. Entidades que no presenten soporte magnético:

»A) Operaciones a realizar por las Entidades:

»Las Entidades clasificarán los impresos de los ingresos en ellas realizados por cada uno de los modelos normalizados. En tanto existan modelos por normalizar, la ordenación se hará por clases de tributos.

»El Ministerio de Economía y Hacienda determinará en cada caso la forma de presentación de los documentos de ingresos por parte de las Entidades colaboradoras.

»Dentro de los siete días hábiles siguientes a los días 5 y 20 de cada mes, las Entidades colaboradoras ingresarán en la Delegación de Hacienda el importe recaudado en la quincena correspondiente, mediante cheque nominativo a favor del Tesoro Público, con cargo a la propia cuenta de la Entidad colaboradora, cruzado al Banco de España, aplicándole el ingreso a 'Operaciones del Tesoro, acreedores. Ingresos a través de Entidades colaboradoras, declaraciones-liquidaciones'.

»Junto con el ingreso presentarán la documentación que haya determinado el Ministerio de Economía y Hacienda.

»B) Operaciones a realizar por las Delegaciones de Hacienda:

»Del tratamiento que los Servicios de Informática de la Delegación de Hacienda realicen de la documentación recibida se obtendrán y remitirán a la Intervención Territorial resúmenes contables por Entidades, con totales por conceptos tributarios y listados de ingresos por conceptos tributarios.

»A partir de la mencionada información, la Intervención Territorial practicará las oportunas operaciones contables de aplicación a presupuesto de los ingresos realizados.

»2. Para ingreso en el Tesoro y aplicación a presupuesto de las cantidades recaudadas por liquidaciones previamente notificadas al sujeto pasivo se observarán las prevenciones siguientes:

»A) Remesa de la documentación por las Entidades colaboradoras a las Delegaciones de Hacienda:

»a) Centralización.—Las Entidades colaboradoras centralizarán necesariamente todas sus operaciones en la oficina principal, o en la sucursal que al efecto señalen, establecida en el territorio a que se extienda la demarcación de la correspondiente Delegación de Hacienda.

»b) Documentación a remitir.—Será la siguiente:

»Primero.—Duplicado del abonaré facilitado al realizar el ingreso.

»Segundo.—Extracto de cuenta corriente, uno por cada sucursal de las que en la quincena realizaron operaciones.

»Tercero.—Relación comprensiva de las sucursales que no operaron en el indicado período.

G) LA ORDEN DE 21 DE MARZO DE 1985

Modificados los reglamentos de los impuestos por el apuntado Real Decreto 338/1985, por el que Hacienda se autorizaba a sí misma para

»Cuarto.—Cheque nominativo a favor del Tesoro Público con cargo a la propia cuenta de la Entidad colaboradora, cruzado al Banco de España, por el total importe de lo recaudado en la quincena.

»c) Plazo y forma de realización de la remesa.—La documentación antes expresada se entregará en la Tesorería de la Delegación de Hacienda, precisamente dentro de los siete días hábiles siguientes a los días 5 y 20 de cada mes, plazo que se fija a título de excepción, en razón a lo que dispone el artículo 20.2 del Reglamento General de Recaudación (citado).

»B) Operaciones a realizar por las Delegaciones de Hacienda:

»a) Ingreso en el Tesoro Público.—Recibidos en la Tesorería los extractos de cuenta corriente se interesará de la Intervención la expedición de 'Instrumentos de cobro' con aplicación a 'Operaciones del Tesoro', ingreso a través de Entidades colaboradoras, liquidaciones previamente notificadas, por la totalidad de los recibidos en el día. El ingreso quedará materializado en la Caja de la Delegación de Hacienda, con la aplicación dicha en el mismo día de expedición del talón de cargo.

»b) Formalización a presupuesto de los ingresos por liquidaciones notificadas:

»La Intervención Territorial, una vez que reciba los abonarés, procederá a extraer los instrumentos de cobro para contabilización de los ingresos realizados, uniéndolos cada abonaré con su correspondiente instrumento de cobro.

»Realizado arqueo por conceptos tributarios de los ingresos recibidos, la Intervención practicará las oportunas operaciones contables de aplicación a presupuesto de los citados ingresos. Estas operaciones se verificarán, al menos, una vez al mes.

»La Intervención establecerá el control preciso para comprobar que la totalidad de los ingresos de las Entidades colaboradoras se aplican a presupuesto, recabando, si fuera preciso, los abonarés que no se hayan recibido.

»3. Cuando una Entidad colaboradora no efectúe dentro del plazo el ingreso de las sumas recibidas, la Delegación de Hacienda, a propuesta de la Tesorería, exigirá el inmediato ingreso con los correspondientes intereses de demora, y pondrá seguidamente el hecho en conocimiento de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera. La liquidación de intereses se practicará por la Tesorería y será notificada a la Entidad colaboradora, que deberá ingresarla directamente en la Caja de la Delegación de Hacienda.

»Las responsabilidades en que pudieran incurrir las Entidades colaboradoras facultadas para prestar este servicio no alcanzarán en ningún caso a los sujetos pasivos por los ingresos realizados en las cuentas restringidas, quedando éstos liberados de sus deudas tributarias, con efectos de la fecha que conste en el documento autorizado por la Entidad de que se trate.

»La Dirección General del Tesoro y Política Financiera, a propuesta de las Delegaciones de Hacienda, o por propia iniciativa, podrá acordar la suspensión temporal o la revocación definitiva de la autorización concedida, si alguna Entidad colaboradora no desempeña el servicio con arreglo a las normas dictadas, sin perjuicio de exigir las responsabilidades de otra índole en que hubiese podido incurrir, a cuyo efecto se ejercitarán las acciones que con arreglo a derecho procedan.»

»Regla 145.—Contabilidad de los ingresos en el Tesoro y normas para aplicar a presupuesto los ingresos efectuados por giro postal tributario, transferencia bancaria o a través de Entidades colaboradoras.

»Los talones de cargo y los mandamientos de ingreso, una vez cobrados o dada la aplicación definitiva que corresponda, quedarán registrados uno a uno, de acuerdo con las instrucciones que a este respecto dicte la Intervención General de la

legislar, se aprueba por tal consecuencia la Orden de 21 de marzo de 1985 (BOE del 23), que aprueba los modelos de declaración-documento

Administración del Estado, en alguno de los siguientes libros, según su caso:

- »a) Registros de ingresos de liquidaciones con contraído previo.
- »b) Registros de ingresos de declaraciones-liquidaciones.
- »c) Diario de entrada de caudales.

»Cuando los contribuyentes hubieran satisfecho sus deudas por medio de giro postal tributario, transferencia bancaria o a través de Entidades colaboradoras, las Intervenciones de Hacienda archivarán diariamente las relaciones de libranzas por giros tributarios y las relaciones de abonarés remitidas por aquellas Entidades.

»También diariamente separarán los 'instrumentos de cobro' de todas y cada una de las liquidaciones que hayan sido satisfechas por los sujetos pasivos por cualquiera de los indicados medios, siempre que los abonarés y giros recibidos y restante documentación permitan efectuar las oportunas aplicaciones presupuestarias, practicando en otro caso las diligencias necesarias para la debida aplicación del ingreso.

»Periódicamente, y al menos una vez al mes, efectuarán las operaciones contables conducentes a la aplicación a presupuesto de las cantidades cobradas y transitoriamente contabilizadas en los diferentes conceptos de operaciones del Tesoro establecidos por la Intervención General.

»El Registro de ingresos de liquidaciones con contraído previo y el de ingresos de declaraciones-liquidaciones, se cerrarán por los períodos que se establezca, siempre que se mantengan los controles necesarios para su correcto enlace con los mandamientos de ingreso expedidos y sentados en el diario de entrada de caudales.»

«Regla 147.—Pago de deudas liquidadas como consecuencia de actas de inspección y deudas cobrables mediante papel de pagos del Estado:

»1. Si se intentara el pago en las Cajas de las Delegaciones o Administraciones de Hacienda de las liquidaciones practicadas como consecuencia de actas de inspección y el instrumento de cobro no estuviere puesto a disposición de las mismas por no haber sido confirmada y contraída en cuentas la liquidación correspondiente, se requerirá de la Intervención la expedición en el acto de un 'instrumento de cobro' aplicado a 'Operaciones del Tesoro, acreedores. Talones de cargo pendientes de aplicación'.

»La aplicación a presupuesto se formalizará tan pronto como el contraído de la liquidación tuviere lugar.

»2. Si el pago lo hubieran efectuado a través de giro postal tributario, Entidades colaboradoras o transferencia bancaria, dentro del plazo y por importe correcto, pero en fecha anterior al contraído de la liquidación, la aplicación a presupuesto se demorará hasta el mes en que tenga lugar dicha contracción.

»3. De conformidad con el artículo segundo del Decreto que aprueba esta instrucción, si vencidos los plazos del artículo 20.2 una liquidación contraída no hubiera quedado satisfecha se expedirá certificación de descubierto.

»4. Los pagos efectuados fuera de plazo, aunque su importe fuera correcto, y los satisfechos dentro de plazo, pero menor importe de la deuda exigible en el momento de efectuarlo, tendrán la consideración de 'ingresos a cuenta', procediéndose en estos casos conforme a la regla 150.

»5. Respecto de las deudas tributarias que, de acuerdo con lo determinado en los respectivos Reglamentos por los que se rigen, hayan de ser hechas efectivas en papel de pagos al Estado, sólo se utilizará este medio de pago cuando se satisfagan en período voluntario, acomodándose dicho período a los plazos fijados con carácter general en el Reglamento General de Recaudación.

»Vencido el período voluntario, y con referencia a las pendientes de pago, las oficinas gestoras comunicarán los datos a la Intervención para el contraído de los débitos y expedición de las certificaciones de descubierto.»

de ingreso, de utilización obligatoria, no usable mediante entidades colaboradoras sin el etiquetado. Dos obligaciones que pretenden ampararse

«Regla 149.—Ingresos a cuenta:

»Por no cumplirse lo establecido en el artículo 21 tendrán la consideración de 'ingresos a cuenta' de la deuda total tributaria exigible en el momento del pago las cantidades satisfechas por los contribuyentes en los siguientes casos:

»a) Cuando dentro del período voluntario hubieran hecho el pago de una deuda correctamente notificada por menor importe del exigible en el momento de efectuarlo.

»b) Cuando, vencido el período voluntario, efectuaran el pago por giro postal tributario, transferencia bancaria o a través de Entidades colaboradoras de una deuda correctamente notificada.

»c) Cuando el pago de una deuda tributaria sin contraído previo (declaraciones-liquidaciones) se efectúe dentro del plazo establecido reglamentariamente, pero por menor importe del que resulte de los datos de la declaración.

»d) Si se trata de cantidades de que se hagan cargo los Recaudadores por embargos en metálico.»

«Regla 150.—Repercusiones contables:

»Los pagos efectuados por los sujetos pasivos que merezcan la consideración de 'ingresos a cuenta', como incluidos en el apartado a) de la regla anterior, no impedirán la expedición de la oportuna certificación de descubierto por la parte de la deuda no ingresada para su efectividad en vía de apremio.

»Si el pago lo hubieran efectuado directamente en la Caja y la cantidad cobrada y registrada por la máquina fuera inferior al principal de la deuda, se intentará el cobro de la diferencia en el mismo día y dentro de la jornada de Caja, utilizando para ello un instrumento de cobro complementario de modelo especial, que se unirá al principal.

»Si no fuera posible su cobro, se expedirá inmediatamente la certificación de descubierto a que se alude en el párrafo primero de esta regla.

»En los supuestos del apartado b) de la regla anterior se pondrá a disposición del Recaudador correspondiente el importe ingresado, una vez que se le haya cargado la correspondiente certificación de descubierto para que efectúe el cobro por la diferencia, si procede.

»Cuando se trate de casos comprendidos en el apartado c) se practicará por las oficinas gestoras de la liquidación complementaria que corresponda, que lo será de contraído previo y notificación expresa.

»Si se trata de los casos del apartado d) se estará a lo dispuesto en la regla 155.»

«Regla 157.—Confección de documentos por los servicios de informática:

»Anualmente, y con el tiempo suficiente para cumplir los plazos que determina el artículo 80, los servicios de informática en base de los antecedentes en su poder para la emisión de los documentos del ejercicio anterior y de las relaciones de altas en censos e índices de bajas en censos conformadas por las oficinas gestoras, confeccionarán:

»a) Los instrumentos de cobro a que se refiere el apartado a) de la regla 132.

»b) Una lista cobratoria por cuadruplicado por cada concepto tributario y pueblo, en la que figuren, para cada contribuyente, además de los datos relativos a su identificación, el importe anual de su deuda con la clasificación en cuotas y recursos locales e institucionales.

»El orden de contribuyentes en este documento podrá ser diferente para cada impuesto, de acuerdo con las conveniencias y exigencias del mismo.

»c) Los pliegos de cargo en cuadruplicado ejemplar, por cada concepto tri-

en aquella Ley 10/1985, pero que son nulas al alumbrarse mediante Orden ministerial.

butario, donde figurarán totalizados por pueblos los importes a cobrar, comprendiendo todos los pueblos de una misma zona.

»En el encabezamiento de los pliegos de cargo figurarán: Concepto tributario, Zona, Delegación de Hacienda, Administración de Hacienda y período de cobranza.

»En el cuerpo, por columnas, figurarán: Nombre y código del pueblo, importe, rectificaciones, bajas, cargo líquido.

»Cada una de estas cuatro últimas columnas estará distribuida a su vez en tres: Cuota, recursos locales e instituciones y total.

»En el pie existirán espacios en blanco para consignar en su momento, por diligencia, el importe del cargo líquido, su aprobación por la Oficina Gestora, Intervención, Tesorería y el recibí del Recaudador con la fecha del cargo.

»En los casos en que proceda la modificación de un número considerable de las deudas a cobrar por recibo, como consecuencia de revisiones o actualizaciones de las bases, tipos de gravamen u otro elemento que altere el importe de las citadas deudas, los documentos cobratorios (instrumentos de cobro, listas y pliegos de cargo) se confeccionarán siguiendo el procedimiento señalado en esta Regla.

»Cuando la gestión recaudatoria de las deudas por Tributos Locales haya sido asumida por los Ayuntamientos o Corporaciones respectivas, los instrumentos de cobro y demás documentos cobratorios deberán quedar suficientemente identificados en cuanto al Ente recaudador, sin perjuicio de que puedan ser confeccionados por los Servicios Informáticos del Ministerio de Economía y Hacienda.»

«Regla 160.—Control de los justificantes de notificaciones y estampillado de los instrumentos de cobro:

»Las unidades administrativas que tengan encomendada la práctica de notificaciones conservarán en su poder los justificantes de notificaciones devueltos, ordenados por conceptos tributarios y, dentro de cada concepto, por número de liquidación.

»En los cinco primeros días de cada mes, con respecto a las liquidaciones correctamente notificadas en la primera quincena del mes anterior y durante los días 15 al 20, con respecto a las notificadas en la segunda quincena, a la vista de los justificantes ordenados, un funcionario de la oficina gestora y otra de la Intervención procederán al estampillado de los 'instrumentos de cobro' respectivos.

»El estampillado es el acto en virtud del cual, y mediante la utilización de un sello adecuado, se deja constancia en todos y cada uno de los 'instrumentos de cobro' del último día de ingreso en período voluntario.

»Los justificantes de notificaciones, una vez verificado el estampillado, se conservarán archivados en las unidades a que se refiere el párrafo primero por conceptos tributarios y ejercicios de contraído de los débitos de sus respectivas liquidaciones. Estas mismas dependencias cuidarán de investigar las causas origen del retraso en el servicio de notificación de las liquidaciones, cuyos 'instrumentos de cobro' no estén estampillados, transcurrido más de un mes desde su expedición, procediendo, si fuera preciso, a la notificación de las mismas en el *Boletín Oficial de la Provincia*.

»Si por error se estampillara indebidamente un 'instrumento de cobro', se enmendará por diligencia en el mismo, firmada por los funcionarios encargados de este servicio.»

«Regla 172.—Expedición de certificaciones de descubierto:

»Los días 6 y 21 de cada mes, o el primer día hábil siguiente si aquéllos fueran festivos, las Intervenciones de Hacienda separarán los 'instrumentos de cobro' de todas las liquidaciones que, correctamente notificadas, no han sido satisfechas, anuladas, aplazadas o fraccionadas durante el período voluntario.

H) EL REAL DECRETO 2659/1985 Y LA ORDEN DE 5 DE NOVIEMBRE DEL MISMO AÑO O EL PARTO DE LOS MONTES (51)

El Real Decreto 2659/1985, de 4 de diciembre (*BOE* del 30 de enero de 1986), suprime el servicio de ingresos en Caja de las Delegaciones y Administraciones de Hacienda —todo ello, por cierto, con una

»Confeccionarán un índice-factura en duplicado ejemplar comprensivo de todos los 'instrumentos de cobro' a que se refiere el párrafo anterior con indicación de concepto tributario, número de liquidación e importe, y entregarán todo ello al servicio de informática, que firmará el recibí en uno de los índices-factura que conservará el Jefe de Contabilidad en su poder.

»Los servicios de informática confeccionarán y remitirán a la Intervención, en un plazo no superior a quince días, los siguientes documentos:

»a) Los previstos en la regla 132, apartado c).

»b) Las hojas-relación de certificaciones de descubierto expedidas, ordenadas éstas por conceptos tributarios, y dentro de cada concepto, por número de liquidación. Estas hojas encuadernadas por años, constituirán el Registro de certificaciones de descubierto.

»c) Pliegos de cargos por zonas.

»d) Una ficha en duplicado ejemplar por cada certificación de descubierto expedida.

»e) Un resumen en el que conste el número de certificaciones y sus importes clasificados por conceptos tributarios, ejercicios económicos y zonas.

»Devolverá, asimismo, los 'instrumentos de cobro', que la Intervención conservará debidamente custodiados hasta que los Recaudadores hayan de efectuar el ingreso en el Tesoro de las certificaciones cobradas.»

(51) Real Decreto de 4 de diciembre de 1985, núm. 2659/1985 (Ministerio de Economía y Hacienda). RECAUDACION DE CONTRIBUCIONES E IMPUESTOS.

«Artículo 1.º Los ingresos tributarios se realizarán a través de las Entidades colaboradoras a que se refiere el artículo 6.3 del Reglamento General de Recaudación (R. 1968, 2261. y N. Dicc. 25666), y a través de cuentas restringidas en los casos que determine el Ministerio de Economía y Hacienda.

»Los demás ingresos se realizarán en las cuentas restringidas a que se refiere el párrafo anterior.

»Art. 2.º Los ingresos que realicen los Recaudadores de Zona, las oficinas liquidadoras de partido, Administraciones de Aduanas y Entidades colaboradoras por la recaudación obtenida de acuerdo con la normativa vigente, se efectuarán en cuenta corriente del Tesoro en el Banco de España.

»Art. 3.º Las cuentas restringidas a que hace referencia el artículo 1.º llevarán el título de 'Tesoro Público. Cuenta restringida de la Delegación o Administración de Hacienda de', y previa autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, se abrirán en Entidad de crédito situada en los locales de la respectiva Delegación o Administración de Hacienda. Sin perjuicio de ello, estas Entidades podrán actuar como colaboradoras en la recaudación de tributos.

»Art. 4.º Los ingresos tributarios por deudas respecto de las que se haya concedido aplazamiento o fraccionamiento, se realizarán necesariamente en las cuentas restringidas a que se refiere el artículo 3.º de este Decreto.

»Art. 5.º Los pagos en las Cajas de las Delegaciones de Hacienda, los ingresos y pagos en la Tesorería de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera y Caja General de Depósitos, se realizarán únicamente de lunes a viernes.

»En consecuencia, el vencimiento de cualquier obligación, derecho, reclamación, recurso u operación que deba originar ingresos o pagos exclusivamente en las

justificación digna de mejor causa (52)—, elevando a lugar de pago *par excellence* a las famosas «Entidades colaboradoras» (que han dejado de ser «Bancos u otras Entidades colaboradoras»).

Cajas mencionadas y que tenga lugar en día distinto a los indicados, queda trasladado al primer día hábil siguiente al mismo.

»DISPOSICION TRANSITORIA

»Los ingresos de efectivos y cheques en las Cajas de las Delegaciones y Administraciones de Hacienda se realizarán, necesariamente, en las cuentas restringidas a que hace referencia el artículo 3.º, a medida que las Entidades se vayan estableciendo en los locales de las respectivas Delegaciones y Administraciones.

»DISPOSICION FINAL

»Se autoriza al Ministerio de Economía y Hacienda para que dicte las disposiciones necesarias en desarrollo de lo establecido en este Real Decreto y para la determinación del régimen y plazos de ingreso en el Tesoro Público de la recaudación realizada en las cuentas restringidas que se crean por el mismo.

»Igualmente, todas las referencias a ingresos o pagos de las Cajas mencionadas en anteriores disposiciones legales, se entenderán sustituidas por el presente Real Decreto.»

(52) La Exposición de Motivos del Real Decreto 2659/1985 es falaz en su justificación, que atribuye a la intención de «dar mayores facilidades a los contribuyentes que necesariamente tengan que realizar el ingreso de sus deudas tributarias en las Cajas de las Delegaciones o Administraciones de Hacienda...»; y digo que es falaz porque el Real Decreto no amplía las facilidades existentes. Muy por el contrario, ha sido Hacienda quien ha pretendido restringir las generosas y amplias facilidades otorgadas por la Ley de Procedimiento Administrativo, al pretender imponer la *necesidad de pagar* en las Delegaciones y Administraciones de Hacienda.

Facilitar la labor al contribuyente sería extender la posibilidad de pago mediante Entidades colaboradoras *sin suprimir las previstas en el procedimiento administrativo*. Suprimir éstas (pretenderlo), suprimir incluso el servicio de Caja fiscal para «evitar el grave problema que en estas Cajas se produce para la custodia y traslado de las cantidades recaudadas al Banco de España» es un dislate, porque al Ministerio de Economía y Hacienda hay que atribuirle la responsabilidad de ese «grave problema», que el Fisco crea al pretender concentrar en las Cajas de Delegaciones y Administraciones el pago de los impuestos. El breve período de tiempo —dos años escasamente— de experimentación para darse cuenta del «grave problema» (al parecer no existente en muchos años anteriores ni en otros países) dice poco de la burocracia del Ministerio.

Y, seamos claros, la pretensión única ha sido transferir la percepción de tributos a las Entidades colaboradoras. Por eso, se pretende, en primera etapa, dificultar los pagos al particular; en una segunda, «obligar» a las Entidades a colaborar, y en la tercera y última, privatizar los cobros. Lo demás huele otra vez a *Blancanieves*.

Naturalmente, las otras justificaciones que da la Exposición de Motivos del Real Decreto citado —cierre de algunos servicios los sábados por la mañana, con trastornos para el particular que va a pagar en sábado; cuando, hasta donde me alcanza el calendario, los términos de Renta, Patrimonio, IVA, Sociedades, no han caído en sábado y sin impuestos que se pagan al término en su mayoría— parecen pensadas para una población de mentecatos. Afirmar que el contribuyente ve dificultadas sus operaciones los sábados, reconociendo que en tales días «el número de operaciones en las Cajas del Tesoro y en la General de Depósitos que se realizan los sábados es muy reducido», parece sacado de un cerebro *orwelliano*.

Más clara y *tajante*, la Orden ministerial que desarrolla dicho Real Decreto (Orden de 5 de noviembre de 1986, *BOE* del 10) remite el pago de buena parte de las modalidades tributarias (todas las que no requieren previa intervención del Ministerio) a las cajas de las Entidades colaboradoras (que pueden habilitar local en las Delegaciones y Administraciones de Hacienda: art. 3 del Real Decreto 2659/1985) en todos los casos de autoliquidación y pago. La Caja pública deja, pues, de existir, en general. Con que se llega así a privatizar —también— las Cajas de Hacienda (¡?!).

Y ya tiene explicación la Ley 10/1985 y toda la cadena de Reales Decretos y Ordenes ministeriales, que no son sino expresión de corruptela jurídica, consistente en transmitir a los «Bancos u otras Entidades colaboradoras» la percepción de los impuestos —no de todos, sí de la mayor parte, y destacadamente de los que expresan mayor volumen de ingresos estatales y menor trabajo en su percepción—, siendo la recompensa de esa *obligación de colaborar* la posibilidad de disponer tales Entidades, con el correspondiente reflejo en su cuenta de resultados, de una periodificación de diez días para ingresar, a su vez, lo percibido en el Tesoro público (art. 4.4, Orden de 5 de noviembre de 1985).

Las cuentas ahora están claras: tómese en consideración el volumen de billones que el pago de tales impuestos significa; ajústese la periodificación; calcúlense los intereses de ese dinero, que sale de manera regular y constante, pero que entra de igual modo en las cajas de los «Bancos u otras Entidades colaboradoras», y se obtendrá el beneficio aproximado de tales entes. A cambio, Hacienda se ahorra, en apariencia, unos servicios cuyo ofrecimiento viene obligada a dar (52 bis). E indirectamente es posible que se abone con fondos públicos la inversión efectuada por esas Entidades colaboradoras en bienes de capital a lo largo de 1985 y años subsiguientes.

(52 bis) Aunque quizá no a ahorrarse los costos, porque como el artículo 66.3 de la Ley del IVA permite que, por Reglamento, ciertas categorías de sujetos pasivos —como las Entidades colaboradoras— vengan obligados a usar ciertas y especiales máquinas facturadoras y material complementario, el artículo 66.5 de la misma Ley es consecuente: «El Gobierno podrá disponer, en la forma y por el procedimiento que al efecto se determine, que el coste total o parcial de las máquinas facturadoras mencionadas quede a cargo de la Hacienda Pública».

I) LA OBLIGACIÓN DE CONTRIBUIR EN EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

El Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), como tributo de aires europeos, se crea por la Ley 30/1985, de 2 de agosto (*BOE* del 9), cuyo título VI se dedica a las obligaciones del sujeto pasivo (aunque algunas de ellas se constituyen en el título VII).

En esencia dichas obligaciones son, y por lo que aquí interesa, las siguientes:

- a) Declaración de actividades (alta, modificación, baja), conforme con el artículo 66.1, primero.
- b) Expedición y entrega de facturas en operaciones (art. 66.1, segundo).
- c) Llevanza de contabilidad y registro según la propia Ley (artículo 66.1, tercero).
- d) Presentación, a requerimiento, de información sobre operaciones con terceros (art. 61.1, cuarto).
- e) Presentación de declaraciones-autoliquidaciones (art. 66.1, quinto).
- f) Determinación e ingreso, en su caso, de la deuda tributaria en el lugar, forma y plazo que reglamentariamente se determinen (art. 69.1).

A su vez, el Reglamento que desarrolla la Ley del IVA, aprobado por Real Decreto 2085/1985, de 30 de octubre (*BOE* del 31), dedica los artículos 153 y siguientes (título VI) a concretar las obligaciones legales de los sujetos pasivos, y al igual que la propia Ley, incluye alguna otra carga en el título VII.

A. *La primera discrepancia* que puede observarse entre Ley y Reglamento va referida a la obligación de declarar actividades, que en la Ley queda sujeta a los *requisitos* reglamentarios. Y en el Reglamento esos requisitos dejan de serlo porque la declaración no sólo —y está bien— debe ajustarse al «modelo aprobado por el Ministerio de Economía y Hacienda», sino que *se exige un lugar de presentación*, la Delegación de Hacienda correspondiente al domicilio fiscal, obligación que se constituye por Real Decreto que aprueba el Reglamento del IVA y por ello reiteradora de lo tantas veces dicho: infringe el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo y la reserva constitucional de Ley.

B. *La segunda discrepancia* se produce respecto de las declaraciones-autoliquidaciones, que en la Ley (art. 66.1, quinto) sólo deben presentarse «en la forma y plazos que se establezcan reglamentariamente»; declaración-liquidación independientes de la determinación e ingreso de la deuda tributaria, que deben efectuarse «en el lugar, forma y plazos

que reglamentariamente se determinen». Por ninguna parte aparecen la obligación de declarar-autoliquidar e ingresar en un mismo acto, aunque a tal conclusión pudiera llegarse combinando el artículo 66.1, quinto, con el artículo 69.1, ambos de la Ley: este precepto crea la obligación de determinar e ingresar y, ciertamente, no cabe más determinación que la declaración autoliquidación, unidas ambas en la Ley en un solo acto; por lo que concibiendo «determinar e ingresar» como ese solo acto, cabe concluir una obligación de declarar-autoliquidar-ingresar, que es lo que parece entender *obiter dicta* la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1986 (53).

Por su parte, el Reglamento precisa que las «declaraciones-liquidaciones deberán presentarse directamente o a través de las Entidades colaboradoras en la Delegación de Hacienda correspondiente al domicilio fiscal o, en su defecto, al lugar de residencia habitual». Aunque pudiera estimarse que la presentación directa impone una obligación que restringe lo autorizado por el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo (siendo, por consiguiente, el art. 69.1 de la Ley del IVA una deslegalización antijurídica), el artículo 173 de dicho Reglamento deja en libertad al particular sobre el modo y lugar de pago: «El importe de las cuotas liquidadas resultantes de las declaraciones-liquidaciones; se ingresará por el sujeto pasivo por cualquiera de los medios o procedimientos autorizados por el Reglamento General de Recaudación», que para esas fechas no restringe en absoluto los medios y lugares de pago.

(53) Dice la sentencia, en su tercer Fundamento de Derecho: «El sistema tradicional y más frecuente en el pasado para concretar la obligación tributaria constaba y sigue constando de dos actos sucesivos y convergentes. Uno, la *declaración* del sujeto pasivo, donde se manifiestan o reconocen los elementos integrantes del hecho imponible (art. 102 de la Ley General) y con cuyos datos, en principio, pero no necesariamente, las oficinas de Hacienda practican la *liquidación* (artículos 120 y 121), que una vez notificada origina la exigibilidad de la deuda impositiva (art. 126). En la modalidad conocida como *autoliquidación* ambas operaciones se reúnen y han de realizarse directamente por el particular, sin participación alguna de los órganos administrativos de gestión, que tienen una posición pasiva, receptiva, aun cuando conservan la potestad de comprobación. Esta carga, en el sentido estricto de la expresión, que exige de los particulares una actividad de colaboración, sólo puede ser establecida mediante Ley (arts. 10 y 15), y así en los textos reguladores de los diversos tributos se ha ido estableciendo tal sistema, que ha revelado una capacidad expansiva insospechada. No sólo se utiliza para los impuestos sobre la renta de las personas físicas y de las jurídicas (...), sino que se ha aplicado a otros, como el desaparecido sobre el tráfico de empresas, el recién implantado sobre el valor añadido...».

Sobre la eficacia tan ineficaz del sistema de autoliquidación, puede verse RODRÍGUEZ FERREIRO, Manuel: «Las denominadas autoliquidaciones en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», *Gaceta Fiscal*, número 12, junio 1984, págs. 101 y sigs., cita precisa pág. 105.

Cabe entonces concluir que el *obiter dicta*, antes aludido, es erróneo en cuanto al IVA, porque lo que parece claro es que la Ley del impuesto no limita los medios de pago ni obliga al pago e ingreso en el Tesoro al tiempo de hacer la autoliquidación, siendo de aplicación lo previsto en la Ley General Tributaria, que, por la reforma de la Ley 10/1985, se remite al Reglamento General de Recaudación, en lo que éste puede prescribir al momento *con validez en Derecho*.

Y resulta así pertinente aclarar las relaciones de la Ley General Tributaria, su Reglamento General de Recaudación y el Reglamento del IVA para ver con qué medios puede pagarse el impuesto. No se olvide que el Reglamento del IVA es de fecha octubre de 1985 y la *manipulación* del Reglamento General es anterior, de modo tal que la discrepancia que pueda darse debe resolverse en favor de la norma posterior, dado el mismo rango, Real Decreto, de todas ellas.

En principio, tal contradicción no aparece, porque el artículo 173.1 del Reglamento del IVA remite, en tema de medios de pago, a lo previsto en el Reglamento General de Recaudación. Si la Ley del IVA no crea, en este punto de medios de pago, obligaciones especiales, subsiste la facultad otorgada por la Ley General Tributaria, en su artículo 60.1, en los términos en que quedó redactado por la Ley 10/1985 (54). Si el Reglamento del IVA se remite al Reglamento General de Recaudación, las posibilidades ofrecidas por el artículo 60.1 de la Ley General son aplicables a cualquier impuesto cuya Ley especial no indique otra cosa.

(54) Ya se ha indicado que la Ley General Tributaria citaba originalmente como medios de pago, a elegir, en principio, por el sujeto pasivo, mientras la Ley del impuesto no dispusiese otra cosa, los siguientes: 1) moneda de curso legal; 2) giro; 3) cheque; 4) transferencia; 5) talón; 6) cualquier otro documento mercantil. Abanico de posibilidades que la nueva redacción del artículo 60 de la Ley General Tributaria, introducida por la Ley 10/1985, se convirtió en: 1) efectivo; 2) efectos timbrados «según se disponga reglamentariamente». Así, la forma empleada («el pago de la deuda tributaria podrá hacerse» en efectivo o en timbre) obvia claramente su alcance restrictivo, pues la expresión «podrá hacerse» incluye tanto el efectivo como el timbre, pero sin exclusión de otros medios (cfr. arts. 23.1 y 24.1 de la Ley General; art. 4.1 y 2 del Código Civil, a *contrario sensu*; aparte el art. 4.3 de este último cuerpo legal en armonía con el art. 9.2 de la propia Ley General); como en ese instante puede ratificarse, al contrastar los medios de pago referidos en el Reglamento General de Recaudación (haciendo abstracción de los acondicionamientos y restricciones, obligaciones, etc., del propio Reglamento General y de la Instrucción General).

Luego si el Reglamento General coincide en los mismos medios que la Ley General, dado que el Reglamento General es de 1968, ¿es comprensible que la referencia de la Ley 10/1985 a los medios de pago, «según se disponga reglamentariamente», puede entenderse como salvaguardia de lo dispuesto en el Reglamento a la fecha de entrada en vigor de la Ley 10/1985? Esto es, esta Ley ¿puede interpretarse como elevadora a su propio rango de los medios y formas de pago recogidos entonces en el Reglamento General?, de modo similar, *mutatis mutandis*, a como la Constitución «constitucionaliza» el título preliminar del Código Civil.

Lo sensato es concluir que la Ley garantiza los medios y formas de pago, cuales fueran, que el Reglamento determine, sin perjuicio de las modificaciones que éste pueda sufrir, ya que otra conclusión significaría impedir la evolución de la norma a que la Ley se remite. Y como, en todo caso, el contenido del Reglamento que se exceda de las facultades inherentes a la norma que lo aprueba —Real Decreto, Orden ministerial, etc.— es nulo, subsiste el principio de reserva de Ley. no se afectan los derechos de los particulares y la Administración puede agilizar el desarrollo (?) de la Ley.

Respecto de la Instrucción General, originalmente en armonía con la Ley General y el Reglamento General, al modificarse algunas de sus reglas por el Real

Y como las modificaciones al Reglamento General de Recaudación —y de la Instrucción General—, en todo lo que sea fijar obligaciones o restringir derechos, solamente pueden determinarse por Ley, debe concluirse que las realizadas por norma de rango inferior infringen el principio de reserva de Ley (como respecto de la modificación de la regla 14.1 y 2 de la Instrucción General de Recaudación ha ocurrido con el Real Decreto 361/1984, según la sentencia antes reiteradamente citada) y son nulas. No es temerario concluir la nulidad de las reformas introducidas por una serie de preceptos al Reglamento General de Recaudación, a la Instrucción General y a los Reglamentos de determinados impuestos, que realizadas por Real Decreto no derogan el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

De ser cierto esto, no se trata, obviamente, de crear laguna legislativa alguna. Los medios de pago diversos subsisten en el Reglamento General, y desbrozado éste de obligaciones nulas, ofrece la suficiente flexibilidad para que el particular cumpla con sus obligaciones para el pago del IVA. Distinto es que ese pago vaya solamente remitido a las Entidades colaboradoras, porque si es cierta mi tesis, y lo es, supone la implantación de un sistema de percepciones fiscales nulo de pleno Derecho..., siendo el problema para la Administración: cómo recibir en sus cajas inexistentes lo que por Ley debe percibir.

J) LAS MODIFICACIONES DEL REAL DECRETO 884/1987

Con espíritu cerrado, Hacienda sigue su ruta. El Real Decreto 884/1987, de 3 de julio (*BOE* del 7), modifica los Reglamentos de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y de Sociedades para extender a los mismos el pago imperativo de las retenciones mediante el recurso a las Entidades colaboradoras (art. 2 del Real Decreto, modificando el art. 152 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Perso-

Decreto 361/1984 y disposiciones subsiguientes —Reales Decretos todas ellas—, visto el destino que ha tenido aquel Real Decreto 361/1984, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1986, no parece que haya que preocuparse, pudiendo estimarse nulas las reglas que pretenden crear cualquier obligación o limitar los derechos de los particulares sin ajustarse al principio de reserva de Ley.

Naturalmente, esta conclusión no excluye un claro perjuicio. La famosa presunción de validez de los actos y disposiciones administrativas impelen al particular que no sea técnico en Derecho fiscal a cumplir lo que ni tienen ni deben cumplir. Lo que permite a la Administración mantener unos visos de legalidad de los que obtiene indudable ventaja. Y si, además, cerrando los ojos a la realidad jurídica, esa Administración espera a que el particular recurra, entre aquella situación y los beneficios que le permite el silencio administrativo —defraudación manifiesta del principio de tutela judicial efectiva, dada la amplitud del plazo—, se crea un comportamiento administrativo cerril. Aparte, el funcionario acatará la norma ministerial que le es más próxima —Instrucción, Orden—, con lo que el valladar administrativo facilita consolidar la ilegalidad.

Que el sistema jurídico tiene posibilidades de atemperar la situación es cierto, pero es poco efectivo para la generalidad de los ciudadanos. Y, en todo caso, hay que «quitarse el sombrero» ante la Hacienda porque, hoy y ahora, pone en riesgo casi todo el sistema de percepción de tributos, consciente, naturalmente, de que si el riesgo se convirtiese en siniestro, el Congreso se movería de inmediato, posiblemente incluso legalizando el fiasco.

nas Físicas, y art. 3 del Real Decreto, modificando el art. 261 del Reglamento del de Sociedades), empeñándose en limitar la presentación de las declaraciones de empresarios, profesionales y artistas en aquellas Entidades si llevan el etiquetado, o *solamente* en la Delegación o Administración de Hacienda en caso contrario (art. 2 del Real Decreto, modificando el art. 153 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas). Todo ello no impide, que el artículo 158 del último citado Reglamento mantenga intacto su primer párrafo, eje de la Sentencia de 15 de diciembre de 1986. Y, por supuesto, este Real Decreto sitúa a las Entidades colaboradoras como receptoras en primer término, permitiendo el pago *directamente* en las cuentas restringidas de la Delegación o Administración de Hacienda correspondientes al domicilio fiscal del sujeto pasivo. Cajas restringidas que son, igualmente, cajas de Bancos y Entidades colaboradoras instaladas en el local de Hacienda. Nuevo olvido, y doble, del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo y del derecho a la intimidad consagrado en la Constitución.

Porque aporta el Real Decreto dos infracciones a la intimidad: la de la empresa, obligada a pagar las retenciones mediante el recurso a Entidades colaboradoras, así como la del propio trabajador. En lo demás, al tratarse, por consiguiente, de una norma que incluye más de lo mismo, hay que limitarse a la oportuna remisión a lo tantas veces dicho para no ser exageradamente repetitivo: toda restricción instaurada por Real Decreto, toda obligación impuesta por Real Decreto o por normas de inferior rango, es nula de pleno Derecho. Aunque es de admirar la intensidad y constancia que Hacienda dedica a defender los intereses de las Entidades colaboradoras, frente a lo que ordenan las leyes e interpreta la jurisprudencia.

K) LAS MODIFICACIONES DEL REAL DECRETO 991/1987

En la misma tónica anterior, y aprovechando las vacaciones, el Real Decreto 991/1987, de 31 de julio (BOE del 1 de agosto), modifica una serie de preceptos del Reglamento del IVA. En concreto, interesan aquí los artículos 172, 173 y 176 (54 bis), que son los afectados por la reforma.

(54 bis) «Artículo 172.—*Liquidación del impuesto. Normas generales:*

1. Salvo lo establecido en relación con las importaciones y, en su caso, con determinados regímenes especiales del impuesto, los sujetos pasivos deberán realizar por sí mismos la determinación de la deuda tributaria mediante declaraciones-liquidaciones ajustadas a las normas contenidas en los números siguientes.

La obligación establecida en el párrafo anterior no alcanzará a aquellos sujetos pasivos, empresarios o profesionales, que realicen exclusivamente las operaciones exentas del impuesto comprendidas en el artículo 13 de este Reglamento.

El artículo 172 destaca dos normas de franca ilegalidad: a) la insistencia en la presentación de las declaraciones-liquidaciones en la Delegación o Administración de Hacienda, sea directamente o mediante Entidades colaboradoras; b) la imperatividad de presentar la declaración mediante Entidades colaboradoras cuando se trata de declaraciones-liquidaciones que implican devolución (que, asimismo, deben llevar etiquetado fiscal), realizadas al amparo del artículo 84, número 2, del Reglamento del IVA.

2. Las declaraciones-liquidaciones deberán presentarse, directamente o a través de las Entidades colaboradoras, en la Delegación o Administración de Hacienda correspondiente al domicilio fiscal o, en su defecto, al lugar de residencia habitual, establecimiento permanente o sede de la actividad económica del sujeto pasivo.

Los sujetos pasivos que opten por solicitar la devolución de los saldos a su favor existentes al término de cada año natural, en virtud de lo establecido en el artículo 84, número 2, de este Reglamento, presentarán la declaración-liquidación a través de la Entidad colaboradora situada en la provincia correspondiente a su domicilio fiscal en la que pretendan recibir el importe de la devolución. Dichas declaraciones-liquidaciones deberán llevar adheridas las etiquetas identificativas suministradas por el Ministerio de Economía y Hacienda.

Las declaraciones-liquidaciones por las que se solicite devolución, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 85 de este Reglamento, se presentarán en la Delegación o Administración de Hacienda correspondiente al domicilio fiscal del sujeto pasivo.

3. El período de liquidación coincidirá con el trimestre natural.

No obstante, dicho período de liquidación coincidirá con el mes natural cuando se trate de los sujetos pasivos que a continuación se relacionan:

1.º Aquellos cuyo volumen de operaciones, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 103 de este Reglamento, hubiese excedido durante el año natural inmediato anterior de mil millones de pesetas.

2.º Los autorizados a solicitar la devolución de los saldos a su favor existentes al término de cada período de liquidación, en virtud de lo dispuesto en los artículos 84, número 3, y 85 de este Reglamento, sin perjuicio de los supuestos previstos en el artículo 85, número 1, párrafo tercero.

Tratándose de sujetos pasivos que hubiesen realizado su inscripción en el Registro de Exportadores, en virtud de lo establecido en el artículo 85, número 1, párrafos segundo y tercero, de este Reglamento, los períodos de liquidación posteriores a aquel en que se superó la cifra de exportaciones indicada en dicho artículo coincidirán con el mes natural.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores será de aplicación incluso en el caso de que no resulten cuotas a devolver en favor de los sujetos pasivos.

4. La declaración-liquidación deberá ajustarse al modelo que para cada supuesto se apruebe por el Ministerio de Economía y Hacienda y presentarse durante los veinte primeros días naturales del mes siguiente al correspondiente período de liquidación mensual o trimestral, según proceda.

Sin embargo, las declaraciones-liquidaciones que a continuación se indican deberán presentarse en los plazos especiales que se mencionan:

1.º La correspondiente al período de liquidación del mes de julio, durante el mes de agosto y los veinte primeros días naturales del mes de septiembre inmediatamente posteriores.

2.º La correspondiente al último período del año, durante los treinta primeros días naturales del mes de enero.

El artículo 173 impone la obligación de efectuar los ingresos en la cuenta de la Entidad colaboradora existente en la Delegación o Administración de Hacienda, excluyendo ingresos por IVA por cualesquiera otros medios, e imponiendo la devolución por medio de transferencia a la Entidad colaboradora en que se haya presentado la declaración-liquidación. En otras palabras, que quiéralo o no, el españolito de a pie tiene que canalizar todas sus relaciones económico-fiscales por medio de una dicha Entidad colaboradora.

5. La declaración-liquidación será única para cada empresario o profesional. No obstante, la Dirección General de Gestión Tributaria podrá autorizar la presentación conjunta, en un solo documento, de las declaraciones-liquidaciones correspondientes a diversos sujetos pasivos, en los supuestos y con los requisitos que en cada autorización se establezcan.

Las autorizaciones otorgadas podrán revocarse en cualquier momento.

6. Además de las declaraciones-liquidaciones a que se refiere el número 4 anterior, los sujetos pasivos deberán formular una declaración-resumen anual, según el modelo que apruebe el Ministerio de Economía y Hacienda.

A esta declaración-resumen anual se adjuntarán ejemplares de las declaraciones-liquidaciones correspondientes a todos los períodos de liquidación del año.

La mencionada declaración-resumen anual deberá presentarse conjuntamente con la declaración-liquidación correspondiente al último período de liquidación de cada año.

Se exceptúan de lo dispuesto en los dos párrafos anteriores los sujetos pasivos incluidos en declaraciones-liquidaciones conjuntas, los cuales deberán efectuar por separado la presentación de su declaración resumen anual en la Delegación o Administración de Hacienda correspondiente a su domicilio fiscal en el plazo de los treinta primeros días naturales del mes de enero.»

«Artículo 173.—*Recaudación del impuesto. Normas generales:*

1. El importe de las cuotas liquidadas resultantes de las declaraciones-liquidaciones se ingresará directamente por el sujeto pasivo o su representante, en el momento de su presentación, en la cuenta restringida abierta en la Entidad de crédito situada en la Administración de Hacienda correspondiente a su domicilio fiscal, y no existiendo ésta, en la de la Delegación de Hacienda.

2. También podrán realizarse dichos ingresos en cualquier Entidad colaboradora de la provincia en que el sujeto pasivo tenga su domicilio fiscal, adhiriendo a las declaraciones-liquidaciones las etiquetas suministradas a tal efecto por el Ministerio de Economía y Hacienda.

No podrán efectuarse ingresos por el Impuesto sobre el Valor Añadido por procedimientos distintos de los previstos en el presente artículo.

3. Las devoluciones a que se refieren los artículos 84 y 85 de este Reglamento se efectuarán mediante transferencia bancaria a la Entidad colaboradora en la que el sujeto pasivo haya presentado la declaración-liquidación.

No obstante, cuando así se juzgue oportuno, la Administración podrá efectuar la devolución mediante talón cruzado al Banco de España, contra la cuenta corriente del Tesoro Público en dicho Banco.»

«Artículo 176.—*Supuestos de aplicación:*

1. La Administración tributaria practicará liquidaciones provisionales de oficio cuando el sujeto pasivo incumpla el deber de autoliquidar el impuesto en los términos prescritos en el artículo 172 de este Reglamento y no atienda al requerimiento para la presentación de declaración-liquidación por ella formulado.

El artículo 176 encarga a las Delegaciones de Hacienda, en caso de omisión de las declaraciones-liquidaciones, el deber de alentarlas. Que es, desde luego, deber de alentar asimismo el pago mediante Entidades colaboradoras.

Por consiguiente, nueva suma de obligaciones creadas por Real Decreto, nuevo desconocimiento de las disposiciones de rango legal y nuevo desprecio de la Constitución.

LA ESENCIA ACTUAL DEL SISTEMA DE MEDIOS Y FORMAS DE PAGO DE LOS TRIBUTOS: ILEGALIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD

De lo dicho hasta ahora cabe concluir, si el análisis es correcto, que los medios de pago en efectivo son no ya los que señala el Reglamento General de Recaudación o la Instrucción General, sino todo medio de pago que no sea timbre. Y respecto de las formas, asimismo, valen todas.

Puede pagarse el impuesto directa o indirectamente: por el sujeto pasivo «obligado» en el rosario de Reales Decretos y Ordenes ministeriales o simplemente por un tercero, como quiera; puede remitirse el pago por cheque, mediante talón, etc.; puede girarse —sea o no tributariamente— el monto del adeudo. Y, en fin, cabe, si hay causas para ello, el depósito en la Caja General —que, como dato empírico, viene rechazando tales depósitos al amparo de la supresión de las Cajas de Hacienda, «por no ser la forma de pagar los impuestos»—; todo ello a los efectos que fueren pertinentes.

No admitir dichos medios y formas de pago es claramente ilegal.

Y pretender obligar al particular a que pague mediante Entidades colaboradoras —aunque puede explicar el dicho callejero de que Hacienda está al servicio de la Banca soberana (55)— es plenamente inconstitucional.

2. Las Delegaciones de Hacienda en cuya circunscripción los sujetos pasivos deban efectuar la presentación de sus declaraciones-liquidaciones impulsarán y practicarán las liquidaciones a que se refiere el número anterior.

3. Las liquidaciones provisionales de oficio determinarán la deuda tributaria estimada que debería haber autoliquidado el sujeto pasivo, abriéndose, en su caso, el correspondiente expediente sancionador de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 2361/1985, de 18 de diciembre.»

(55) Recientemente se publicaba en la prensa diaria el reclamo de las Entidades bancarias (ante el rumor de cierta inversión de capital árabe en Entidades financieras españolas) de que la *autoridad monetaria* hiciese al respecto una seria advertencia. Si la memoria no me falla, la *autoridad monetaria* hizo la advertencia, que justificaba en el hecho de proteger la soberanía nacional.

A) ILEGALIDAD

No parece necesario abundar más sobre este punto. Obligar por Real Decreto u Orden ministerial a etiquetar, a emplear un impreso determinado que supone abonar una tasa no creada por norma de rango requerido, a presentar la declaración-autoliquidación en cierto sitio, como no son obligaciones creadas por Ley (y es insuficiente el intento deslegalizador de la Ley 10/1985), a nadie afecta y a nada obliga.

Que Hacienda siga empeñada en lo contrario puede ser simplemente expresión del valor que tenga para ese Ministerio el artículo 9 de la Constitución. Aparte, claro es, el efecto práctico: ¿para qué recurrir, si el recurso supone tiempo, problemas y dinero? Se llega así a la admisión de la ilegalidad. No es, sin embargo, el sistema en un llamado Estado democrático de Derecho.

En todo caso, el tiempo, la decisión de algunos particulares en defensa de los principios y preceptos constitucionales, su constancia misma, y lo que la jurisprudencia signifique definirán si se está ante una simple opinión o ante un hecho cierto.

B) INCONSTITUCIONALIDAD

De los varios derechos fundamentales reconocidos en la Constitución hay dos que el sistema de medios y forma de pago de los tributos no tolera: el primero es, sin duda, el derecho a la intimidad; el segundo, el derecho a la seguridad jurídica, ambos afectados por aquel sistema.

A) *Pago de tributos e intimidad*.—El derecho a la intimidad aparece consagrado en el artículo 18 de la Constitución, concibiéndose como el derecho de la persona y de la familia a un espacio que les es reservado y propio, en que a nadie es lícito entrometerse. Espacio reservado y propio que no es absoluto —ningún derecho lo es—, ni tampoco rígido, variando en función de concretas circunstancias.

La relevancia de tal derecho se manifiesta en su doble vertiente protectora: la inherente al Derecho privado y la propia del Derecho público, en especial en su ámbito penal. Dice el artículo 18 de la Constitución: «1. Se garantiza el derecho (...) a la intimidad personal y familiar (...). (...) 4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar (...) la

Ha dicho el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 26 de noviembre de 1984, relativa a los límites de la intimidad en el ámbito fiscal, «que, en este caso, vienen» (los límites) «marcados por el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de acuerdo con su capacidad económica ..., deber para cuyo cumplimiento es evidentemente necesaria la inspección fiscal...» (octavo Fundamento de Derecho).

Sin comentarios. Es «política económica».

intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

Como derecho fundamental ha recibido su desarrollo en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (*BOE* del 14), que reconoce a la intimidad categoría suficiente como para servir de límite a la libertad más fundamental en una democracia: la de expresión (cfr.: Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982). No es, pues, un derecho absoluto, pero sí uno de los más plenos, legalmente concebido como irrenunciable, inalienable e imprescriptible (art. 1.3 de la Ley Orgánica). Todo atentado contra la intimidad se configura como ilegítimo, salvo que una Ley autorice lo contrario.

Uno de los límites a la intimidad —se acaba de decir— es la autorización mediante Ley (art. 2.2 de la Ley Orgánica). ¿Qué Ley? Parece sensato concluir que no podemos entender la referencia en el sentido del término Ley dado por el artículo 2 del Código Civil, comprensivo de toda norma escrita, estatal, pues así de poco serviría la garantía constitucional: la Constitución remitiéndose a la Ley Orgánica; ésta, a la Ley; la Ley, al Real Decreto...; llegamos a la ordenanza como garante. Inicialmente, el artículo 81 de la Constitución impone el sentido de la expresión *Ley* identificado con el de Ley Orgánica, que al desarrollar el derecho fundamental fija su entorno esencial, y debe ser una Ley Orgánica conforme con la Constitución.

¿Cabe admitir que también la Ley ordinaria es delimitadora de ese derecho fundamental, como de cualquier otro? No hay inconveniente en ello —y es doctrina del Tribunal Constitucional—, siempre que dicha Ley ordinaria no afecte frontalmente a tal derecho, aunque con motivo de regular su propio contenido precise o perfile límites compatibles con el desarrollo que la Ley Orgánica haya establecido, de manera tal que se llegue a un equilibrio entre ambas normas, siempre con beneficio, en caso de duda, para la de carácter orgánico. Pero lo que es totalmente repudiable es pretender que las leyes (esto es, Reales Decretos, Ordenes ministeriales, etc.) sean instrumento de delimitación de un derecho fundamental, como tiene concluido la doctrina del Tribunal Constitucional (55 bis). Y si la delimitación debe establecerse mediante Ley, no cabe aquí deslegalización alguna porque sería frustrar el mandato constitucional.

Conocido el marco normativo que, por imperativo constitucional, regula el ámbito de la intimidad, y antes de pretender un perfil del concep-

(55 bis) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso*, cit., I, 1984, págs. 150 y sigs. *Vide* Sentencias del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, 22 de febrero de 1982 y 5 de agosto de 1983.

to, interesa conocer qué factores confluyen a fijar dicho ámbito de la intimidad.

El artículo 2.1 de la Ley Orgánica considera como elementos tales: a) las leyes: b) los usos sociales, ateniéndose siempre a los propios actos de la persona o familia, sujetos de este derecho, que mantengan como campo reservado. De más está indicar que dichas leyes serán las constitucionales, y que los usos sociales sean, asimismo, conformes con la Constitución, sus valores y sus principios (56). Si no fuese así poco sentido tendría la triple protección: civil, penal, contencioso-administrativa.

Prefijado el contenido propio de la intimidad, el artículo 7 de la Ley Orgánica considera como intromisión, luego lesión de tal derecho, «la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos de carácter íntimo» (art. 7.3 de la Ley Orgánica), e, igualmente, «la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela» (art. 7.4 de la Ley Orgánica). Preceptos que, como resalta IGARTUA ARREGUI (57), **centran** realmente la violación de la intimidad en el hecho mismo de la divulgación.

No obstante, parece elemental reconocer que no sólo el hecho de la divulgación, sino cualquier acto que la implique, supone idéntica violación. Así lo reconoce, en el ámbito administrativo, la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, cuyo artículo 6 determina: «Contra los actos de la Administración pública, sujetos a Derecho administrativo, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona...; podrá interponerse recurso contencioso-administrativo...»; precepto «que hay que interpretar en el sentido de que basta con que el acto pueda causar una lesión a un derecho fundamental de la persona para que pueda ser inculpada, cualquiera que sea el carácter o la calificación que le atribuya la Administración, ya que no esta calificación, sino sus efectos, los que determinan si el acto es o no recurrible y los derechos fundamentales pueden ser afectados tanto por actos definitivos como por los de trámite...» (58).

(56) Sobre la posibilidad de disparidad o no, Díez-PICAZO, L., en el volumen *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, I, Madrid, 1977, págs. 47 y sigs.

(57) *La protección del honor y la intimidad*, Poder Judicial, 2.ª época, marzo 1987.

(58) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 29 de julio de 1983. Considerando quinto.

(58 bis) En el mismo sentido, FERREIRA RUBIO, Delia M.: *El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1.071 bis del Código Civil*, Buenos Aires, 1982, página 107.

Que existe una intimidad económico fiscal es incuestionable, aunque no en el sentido que se ha pretendido, de enfrentar la intimidad a la Administración fiscal para cerrarle a ésta la posibilidad de investigación de igual naturaleza. Pero sí entendida como un derecho fundamental a que nadie —salvo el Fisco— conozca la situación económico fiscal de cada ciudadano mediante el procedimiento fiscal mismo. No hay mejor prueba que la propia Ley 50/1977, de 14 de noviembre (BOE del 16) (59), que suspende la publicidad prevista en el artículo 113 de la Ley General Tributaria (aunque aquí la «intimidad» tenga motivos menos admisibles). Y es criterio que parece compartir el Tribunal Constitucional, al aceptar «la posibilidad de que a través de la investigación de las cuentas se penetre en la zona más estricta de la vida privada», ya que en la sociedad moderna la expresión numérica puede ser la biografía personal en números (60).

No parece, sin embargo, que sea éste el criterio de la Hacienda al reconducir las formas de pago mediante las «Entidades colaboradoras» y eludir las Cajas públicas, imponiendo al particular, mediante un conjunto de sucesivas y pretendidas obligaciones, el acceso al Banco o Caja de Ahorros. Frente a estas Entidades debe exhibirse el volumen de ingresos, la cuantía de la base imponible, la cuota íntegra, la cuota líquida y la diferencial, en su caso, o el volumen de ingresos en repercusión del probable IVA y varios otros datos que nadie tiene por qué proporcionar a una «Entidad colaboradora». Porque aquí no tiene que ser cierto que «el ciudadano elige la Entidad bancaria a la que confía sus secretos», sino que es obligado o empujado a ello por la Administración —la primera obligada a respetar la intimidad—. Precisamente, la previsión contra el acceso de datos personales en ficheros automatizados es una de las prescripciones del Convenio Internacional patrocinado por el Consejo de Europa, ratificado por España (61).

Parece sensato admitir que si una «Entidad colaboradora» puede conocer las cifras finales de la situación fiscal de un particular, está en condiciones de conocer mucho acerca de la condición económica de ese particular. Al menos, ésta parece ser la opinión de tales «Entidades colaboradoras», quienes en las alegaciones del recurso contra el modelo de

(59) Artículo 42.3. Ver Orden de 14 de enero de 1978.

(60) Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, de 26 de noviembre de 1984, sexto Fundamento de Derecho, recogiendo la expresión de la parte recurrente. Ver, asimismo, los artículos 1, 2 y 7 del *Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, de 28 de enero de 1981 (BOE, núm. 274, de 15 de noviembre de 1985), del Consejo de Europa.

(61) *Ibidem*.

retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que dio lugar al Auto del Tribunal Constitucional de 23 de julio de 1986, afirmaban que «la renta y el patrimonio de una persona constituyen soportes necesarios del libre desarrollo de su personalidad en la esfera privada» (62). Y si para tales Entidades resulta peligroso ese conocimiento por parte de la Administración fiscal —en cuanto le permite, que es su derecho y obligación, conocer la condición económica del sujeto pasivo—, no hay razón alguna que impida devolver el razonamiento y afirmar que frente a las «Entidades colaboradoras» se producen iguales posibilidades, con la fundamental diferencia de que obligado el particular —o inducido— a presentar documentos ante tales Entidades, no cabe alegar aquí: que se trate de un «ámbito de intimidad económica que los clientes confían a la Banca e instituciones financieras» (63). No cabe argüir una «confianza mutua en las relaciones jurídico mercantiles propias del Derecho bancario» (64), sino una confianza impuesta por el Ministerio de Economía y Hacienda, sin las garantías jurídicas de que puede gozar el particular frente a la Administración fiscal.

Cuando, por parte de tales «Entidades colaboradoras», se alega que el conocimiento de los saldos atenta a la intimidad (65), cabe repetir en su contra. Si «por vía, pues del 'resumen anual de retenciones', tal y como lo configura» la pretensión del modelo administrativo, «se efectúa una investigación masiva de cuentas, *de elemental tratamiento informático, teniendo en cuenta (...) que el importe de los rendimientos íntegros sobre los que se efectúan las retenciones, conocidos como son los tipos de interés, arrojan por sí solos*» (*sic*), «por una simple regla de tres, el importe de los saldos medios de la totalidad de las cuentas bancarias». y si esto pone en riesgo una inexistente intimidad frente a la Hacienda, con mayor razón la expondrá respecto de la Entidad colaboradora que maneja la situación. Son las propias «Entidades colaboradoras» quienes afirman que «sería sencillamente brutal encontrarse con que» la intimidad económica del particular «viniera a ser revelada con carácter general y sin garantía alguna», «atentando al principio del Estado de Derecho (art. 1.1 de la Constitución) y a la seguridad jurídica» (66).

Y si esto se afirma por las «Entidades colaboradoras» en un procedi-

(62) Escritos de alegaciones, folio 10.

(63) *Ibidem*, folio 13, vuelto.

(64) *Ibidem*, folio 14.

(65) *Ibidem*, folio 15, vuelto. De otro lado, ¿qué pasará entre el empresario obligado a retener (IRPF) y pagar por medio de Entidad colaboradora y el derecho a la intimidad del empleado por cuenta ajena? ¿Responderá el retenedor por cumplir un Real Decreto u Orden ministerial en detrimento de la Ley y de la Constitución o ponemos a Hacienda a pagar las indemnizaciones?

(66) *Ibidem*, folio 18, vuelto.

miento sujeto, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, a totales garantías, ¿qué no será del procedimiento en que tales garantías no existen? Porque el particular no recurre ya a efectuar pagos en tales Entidades por su confianza en las mismas, sino porque es obligado por el procedimiento administrativo pretendido por el Ministerio de Economía y Hacienda, porque se siente impelido por un Real Decreto o una Orden ministerial, y por el correspondiente comportamiento del funcionario, que ajusta su quehacer al régimen interno por mucho que las leyes dispongan lo contrario, surgiendo así ante el ciudadano una pared infranqueable con sus consabidos riesgos..., aunque luego los Tribunales den la razón a dicho ciudadano. Con el inconveniente de que el *solve et repete* puede frustrar la solución jurisprudencial en muchos casos. Y todo con alegre infracción, pienso, del artículo 9.2 de la Constitución.

Y si es cierto que «el derecho a la intimidad, constitucionalmente garantizado por el artículo 18 (...), ha de quedar inmune a las agresiones de otras personas o de la Administración pública...» (67), no parece que tal inmunidad se da cuando la Administración es quien pretende facilitar a terceros el conocimiento de esa intimidad, por muy «Entidades colaboradoras» (eufemismo de Bancos y Cajas de Ahorro) que sean. Es claro que el uso de estos datos económico fiscales va más allá de lo legalmente autorizado, pues no responde a pautas legitimadoras, es arbitrario, no persigue un fin legítimo, no es proporcional y carece de fundamento.

La arbitrariedad surge desde el momento en que, por sistema, se impele al particular, o se le obliga, cualquiera que sea su situación, a exhibirse económicamente ante las Entidades colaboradoras, frente a las cuales —y frente al uso oculto que puedan hacer de los datos puestos a su alcance— no existe la garantía que tiene el particular cuando del Fisco se trata. Y así como es legítimo declinar una pretendida intimidad para asegurar la exacta participación de todos en las cargas tributarias, no existe legitimidad alguna para que los terceros fisgoneen en nuestro ámbito económico.

Carece de legitimación, por tanto; porque las Entidades colaboradoras podrán tener para el Ministerio de Economía y Hacienda muchísima importancia, pero se produce aquí la identificación de sus ilusiones con la legalidad, que queda ausente al recurrirse a normas de inferior jerarquía para crear todo un sistema de dislates, jurídicamente hablando, no, obviamente, desde el ámbito y perspectivas bancarias y financieras

No persigue un fin legítimo, pues no está en las leyes la posibilidad o la conveniencia de que las Entidades colaboradoras puedan adquirir una información privilegiada, ni que al percibir y mantener recaudos

(67) Tribunal Constitucional, Auto de 23 de julio de 1986.

públicos puedan conseguir con ello un determinado beneficio económico. Posiblemente, sería exagerar más de lo que se exagera esa *competitividad* tan necesaria a nuestro sector privado (sin capacidad, al parecer, para haberla alcanzado durante los últimos sesenta años), que en las Entidades colaboradoras puede lograrse desmontando sucursales, por ejemplo, que abundan más que los bares.

No existe tampoco proporcionalidad entre medios y fines. Podría aceptarse que la Administración carece de recursos para organizar el cobro de tributos. Aunque seríamos de los pocos países («Estado moderno») con y en tal situación, está rechazado expresamente por el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pensado precisamente para agilizar incluso el pago de impuestos. Porque la legislación fiscal lo que reclama es pagar el tributo (fin) y los medios son aquellos que hagan factible dicho fin del modo más adecuado. No tiene sentido entonces que la finalidad tributaria se dificulte al restringir el acceso del particular a la organización pública. Privatizar el pago de tributos, aunque es antigualla medieval en nuestra tierra, parece algo superado .., salvo que se entienda que *bancarizar* esos cobros es expresión de interés público, lo que llevaría a identificar las Entidades colaboradoras con el interés público. Esto, manifiestamente, es un absurdo.

En todo caso, sí puede concluirse que el sistema pone en riesgo la intimidad económico fiscal de los ciudadanos, de todos aquellos que no deseen concurrir voluntaria y libremente a las Entidades colaboradoras para usarlas como medio de canalizar el pago de impuestos, atentando directamente contra la Constitución y siendo por ello nulo de pleno Derecho.

B) *Pago de tributos y seguridad jurídica.*—Es cierto que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; como es cierto que el ciudadano no conoce las leyes —sólo las exigencias *prácticas* del entorno en que se mueve—, como tampoco las conocemos, por imposibilidad material, los profesionales.

Un ciudadano puede pensar, sentir y creer lo que dicen las normas fiscales, naturalmente leyéndolas. Pero lo más natural es que se quede sorprendido cuando una Ley diga algo y un Real Decreto o una Orden ministerial afirmen algo distinto, contrario o que va más allá que la Ley. Porque no le hará falta presumir la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración para entender y considerar que si un Real Decreto dice lo que dice, ese Real Decreto debe afirmar algo legítimo. Y adquirirá así una noción del ordenamiento —de todo o de parte— rotundamente falsa; falsedad de conocimiento a que se ha visto impulsado por la propia Administración. Porque así como ésta cuenta con recursos suficientes para entender *bien* la legalidad, el particular no dispone de ellos,

o le resultan tan onerosos, o le afectan económicamente en tan relativa pequeñez, o, en fin, no desea crearse problemas, con lo que acepta la «legalidad» administrativa. Aparece entonces —otra vez en nuestra Historia— una legalidad formal y una ilegalidad real. Por eso siempre he pensado que un Estado de Derecho no es sólo un Estado de las formas, sino también un Estado del *juego limpio* —el modo de la *equity* anglosajona—. Porque la idea de que un Estado lo es de Derecho si, en último extremo, los particulares tienen garantizados sus derechos en y por los Tribunales, aunque sea cierto en tema de principios, es fórmula profundamente cínica (incluso en un sistema judicial rápido, con medios y, por ello, eficaz), aparte que infringe el principio de buena fe. Supone una noción de los ciudadanos, lanzados y lanzándose unos contra otros, y todos contra la Administración y viceversa, por medio de los Tribunales, que aunque responde a la teoría del *orbis et homo oeconomicus*, no merece ser alentada por la Administración. Y por una simple razón de Derecho: atenta contra la seguridad jurídica concebida como el conocimiento sensato de las probables consecuencias de los propios actos (68), como predictibilidad (69). De ahí que tanto los particulares como la Administración, en cuanto encargada de realizar realmente el orden jurídico igualitario (art. 9 de la Constitución), deben someterse al ordenamiento, sin jugar a ROMANONES, FERNANDO DE ARAGÓN, etc. Por lo que CHICO ORTIZ la vincula con varios principios y valores constitucionales (70).

(68) GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980.

(69) VILLAR PALASÍ, J. L., en la obra colectiva, dirigida por ALZAGA, O.: *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, 1.

(70) *Proyecciones de la seguridad jurídica*, La Ley, 1984-3, págs. 919 y sigs. En concreto, dice:

«Es evidente que para que la seguridad del Derecho tenga un apoyo en que basarse, aparte del establecido en la norma, es necesario que la misma sea respetada y cumplida por quien la dicta y por los ciudadanos a quienes va dirigida. De ahí que la 'legalidad' venga reconocida como base y principio de la seguridad en los artículos 1.1 de la Constitución ('España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho'); 9.1 ('están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico'); 9.3 ('la Constitución garantiza el principio de legalidad'); 10.1 ('el respeto a la Ley a los derechos de los demás'); 25 (principio de imposición de penas cuando exista delito, falta o infracción); 103.1 (sometimiento pleno a la Ley y al Derecho); 106 (control judicial de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa), y 53 (garantías de libertades y derechos fundamentales).

El principio resplandece, como no podía menos, en el Código Civil español, que en su artículo 6 enuncia el principio de la eficacia de las normas jurídicas impidiendo que la ignorancia, el error, la renuncia, el acto contrario a la norma y el fraudulento puedan suponer excusas al mismo. El Tribunal Constitucional en diversas sentencias se ha manifestado reiteradamente sobre el principio de que la norma se impone a todos los poderes públicos: Sentencias de 26 de enero de 1981, 10 de noviembre de 1981, 23 de diciembre de 1982. Igualmente, el Tribunal Supremo

Llevado esto al tema concreto que me ocupa, la conclusión es clara. Si, por las razones que fueren —y razones legítimas no faltan—, el Ministerio de Economía y Hacienda considera que le es necesario modificar el régimen de pago de impuestos, nada más sencillo y tajante que el recurso a la Ley, bien modificando el artículo 66 de la de Procedimiento Administrativo, bien previniendo un procedimiento fiscal especial (otro más).

Naturalmente, la Ley tiene el inconveniente de su discusión en el Congreso de los Diputados. Pero un partido con mayoría absoluta no tiene dificultades para la aprobación del respectivo proyecto, que incluso cabe someter al trámite de urgencia, pues urgente puede ser la forma y reorganización de la percepción de impuestos. Cabe incluso recurrir a las facultades legislativas que la Constitución reconoce al Ejecutivo. En todos estos posibles caminos sólo aprecio un inconveniente: que en el Congreso se capte una finalidad no consecuente con la pretensión y que se airee en suficiencia. Personalmente, comprendo que un Ministerio como el que nos ocupa, con una política económica y fiscal preocupada por convertir a España en el once de *los diez*, tenga reparos en exponer un sistema de percepción de impuestos gestionado por la empresa privada (sistema inconcebible entre aquellos *diez*). Pero el impacto negativo tampoco sería tan grande visto desde una perspectiva socialista —incluso auténtica—, como hemos podido venir comprobando.

Y el recurso a la Ley tendría la ventaja de respetar la jerarquía normativa y demás valores y principios constitucionales que conforman e inciden en la seguridad jurídica. Incluso tendría la ventaja, para el Ministerio afectado, de reducir el número de sus disposiciones generales condenadas por nulas (71). Y siempre proporcionaría a los particulares el beneficio de la claridad y precisión en sus obligaciones fiscales.

Eludir la Ley como instrumento de reforma, ciertamente que hace a ésta menos plástica y evidente, más callada, incluso más «eficaz» en el caso concreto, ante el desconocimiento de muchos ciudadanos acerca de

tiene sentencias en orden al sometimiento de la Administración a la Ley, como las de 11 de abril de 1979, 27 de octubre de 1979 y 20 de febrero de 1981.

La jerarquía normativa es otra exigencia imprescindible para pensar en una posible seguridad del Derecho, pues el rango de disposiciones obliga a la aceptación de un principio fundamental: las inferiores en condición no pueden alegarse como derogatorias de las que están en rangos superiores» (*loc. cit.*, pág. 932).

(71) V.gr.: Real Decreto 412/1982, de 12 de febrero, por Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1984; artículos 15 y 17 y disposición adicional, Real Decreto 1547/1982, de 9 de julio, por Sentencia de 24 de abril de 1984; artículo 4, Real Decreto 361/1984, de 8 de febrero, por Sentencia de 15 de diciembre de 1986, etc.

sus posibilidades formales jurídicas (72). Pero no es el mejor camino. Supone para la Administración, si su intento fracasa, tiempo y esfuerzo perdidos —luego, asimismo, recursos económicos—; implica, para los funcionarios, la posibilidad (teórica, al menos) de ser procesados criminalmente, porque su especial deber de conocer el Derecho y su jerarquía normativa abre la puerta a la prevaricación; puede implicar un desmantelamiento judicial de todo lo planeado, con el riesgo de huecos y lagunas en la cobertura normativo-administrativa de naturaleza fiscal.

Debe reconocerse que en nuestro país damos más importancia a los juegos de azar que al cumplimiento de nuestras obligaciones fiscales. Defraudar a Hacienda se ve, además, como actitud socialmente apreciada (que el propio Estado conoce: cfr. art. 49.5 del texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados); nos «escuece» pagar y hacemos milagros para evitarlo, en buena medida porque el Estado nunca se ha preocupado de gravar la riqueza producida, sino «el dinero». Luego la actividad del Fisco tendente a evitar todo esto debe ser aplaudida.

Pero puestos todos a pagar, de grado o por fuerza, no tiene sentido dificultar el pago y orquestarlo para que otros conozcan la situación fiscal y económica del contribuyente. Porque somos de los pocos países, si no el único, en que los abonos por transferencia bancaria se imponen, sin aquiescencia del interesado, mediante todo tipo de recursos. Y hacer aquello mediante un conjunto normativo que torpedea el régimen de leyes no sólo no es jurídico —y ya esto es importante—, sino que mantiene como valor tradicional la picaresca, que es el reverso de la seguridad jurídica. Significa una actitud administrativa poco ejemplar, en un ámbito en que el ejemplo es fundamental, aunque no sea suficiente; actitud administrativa que juega «al ratón y al gato» con las normas y que (por qué no) alienta al ciudadano al mismo juego. Si la Administración emplea el principio de la ventaja (presunción de legalidad e illicitud de sus actos y disposiciones), el ciudadano responderá del mismo modo.

Imaginemos, por un momento —siquiera nuestro ciudadano no sea como el anglosajón o el germano de organizado ni aprecie sus derechos, porque no ha tenido posibilidad histórica de valorarlos, actuarlos y de-

(72) Aunque ha venido a aliviar más la situación la doctrina sustentada por los Autos del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1985 y 9 de octubre de 1986, respecto de extensión *ultra partem* de las sentencias recaídas contra la Administración, en trámites de ejecución, precisamente en función del principio de seguridad jurídica; y no sólo respecto de sentencias que anulaban actos o disposiciones, sino también respecto de aquellas que reconocen derechos subjetivos. Aunque Hacienda estima que «hacen falta dos sentencias para crear jurisprudencia», por lo que sigue en sus trece.

fenderlos—, unos millones de españoles impugnando Reales Decretos, Ordenes ministeriales y actos administrativos por el procedimiento especial de la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales —y consiguiente suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo—. ¿Qué pasaría con los ingresos de la Hacienda?

Supongamos, aunque sea mucho suponer, que la CEOE, empeñada en percibir un porcentaje por la retención en origen, apreciara la intimidad de los sujetos afectados por aquélla al exteriorizar a un tercero (las Entidades colaboradoras) datos reservados (sueldo, descuentos, situación familiar, etc.), y en lugar de recurrir por falta de comisión, recurriera en amparo de la intimidad de aquellos terceros, intimidad que ella, por medio de sus afiliadas, se ve «obligada» a atentar, al efectuar los pagos ajustándose a Reales Decretos y Ordenes ministeriales. O, simplemente, que suspende la retención ante el justificado temor de verse demandada. ¿Qué pasaría con los ingresos de la Hacienda?

Si la tesis aquí defendida es técnicamente cierta y las hipótesis se produjeran (siendo, al menos la primera, factible), el resultado último sería el recurso a la Ley formal para obviar el fiasco. ¿Por qué no hacerlo originalmente? Todos saldríamos ganando —incluso las Entidades colaboradoras—, pero muy destacadamente la Constitución, el ordenamiento, la intimidad y la seguridad jurídica.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE
Universidad Autónoma de Madrid

Algunos problemas de la preterición no intencionada de los hijos o descendientes

Anulación de la institución de heredero y respeto a lo ordenado por el testador (párrafos segundo, número 2 y quinto del artículo 814 del Código Civil.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL VALOR DE LA PORCIÓN LEGÍTIMA DEL PRETERIDO.—III. LA ANULACION DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO: A) El hijo o descendiente legítimo instituido heredero. B) El descendiente no legítimo instituido heredero. C) El no descendiente instituido heredero.—IV. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: A) El respeto a la legítima. B) El respeto a lo ordenado por el testador.—V. SOLUCIÓN QUE SE PROPONE.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El párrafo segundo del artículo 814, tras su modificación operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, se refiere a la preterición no intencional de los hijos o descendientes, y en su número 2 dice: «En otro caso (es decir, no resultando preteridos todos los hijos o descendientes) se anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas».

Sin embargo, el párrafo último del propio artículo dice: «A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador».

La lectura combinada de estos dos párrafos del mismo artículo provoca de inmediato una gran perplejidad, pues nada más opuesto, se piensa, a lo ordenado por el testador que anular la institución de heredero. Para salvar las legítimas respetando la voluntad del testador no hay por qué anular la institución de heredero, basta simplemente reducir las atribuciones de los legitimarios no preteridos, sea cual sea el título de atribución y en la proporción necesaria para que el preterido no intencionalmente cobre su legítima.

La legítima global es siempre la misma, sea cual sea el número de hijos o descendientes del testador. Lo único que sucede tras el advenimiento del preterido es que disminuye el importe de la legítima individual, al incluir al legitimario, excluido no intencionalmente, en el divisor.

Cierto es que ignoramos de qué forma hubiera distribuido el causante sus bienes de haber conocido la existencia del preterido, pero sabemos de qué forma ha distribuido sus bienes entre los legitimarios conocidos y la anulación de la institución de heredero perjudica, probablemente, al legitimario a quien el testador haya instituido como tal, en contra, normalmente, de su voluntad.

La anulación de la institución de heredero, en caso de preterición no intencional de alguno de sus hijos o descendientes, tendría razón de ser si los legitimarios necesariamente hubieran de recibir su porción legítima mediante la institución de heredero. En ese caso sería precisa tal anulación para que el preterido recibiera como heredero *abintestato* lo que por error del causante no recibió por testamento. Siendo lógico, en ese supuesto, el respeto a mandas y mejoras que, por definición, serían atribuciones independientes de la legítima estricta.

El párrafo segundo, número 2, del vigente artículo 814, recoge la regla que el originario artículo 814 establecía genéricamente para todos los supuestos de preterición, adecuada al Derecho de Castilla (1); pero resulta que en el Derecho de Castilla, inmediatamente anterior al Código Civil, como nos explica GÓMEZ DE LA SERNA: la institución de heredero no era necesaria para la validez del testamento, mas había personas que sucedían necesariamente, aunque el testador no las hubiere instituido o hubiere instituido a otras distintas. Estas personas eran los «herederos forzosos», nombre tomado no de la necesidad de adir la herencia, sino del derecho indisputable a suceder en calidad de heredero (2).

(1) VALLET DE GOYTISOLO, J.: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número 11, Madrid, 1983, págs. 104-105.

(2) GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 4.ª ed., corregida y aumentada, tomo segundo, Madrid, 1851, páginas 19-20.

Por ello, el testamento se invalidaba, «en cuanto a la institución de heredero, permaneciendo a salvo los demás capítulos:

1. Si habiendo herederos forzosos fuesen instituidos los extraños.
2. Por nacimiento del póstumo no instituido, llamándose póstumo para este efecto no tan sólo al que nace después del fallecimiento de su padre, sino también después que éste ha otorgado su última voluntad.
3. Por la querrela de testamento inoficioso sentenciada a favor de los desheredados» (3).

Cesaba esta queja (la de testamento inoficioso), entre otras, cuando el padre dejase a su hijo en concepto de heredero parte de su legítima, en cuyo caso sólo tenía acción para reclamar el resto. Esto no era extensivo a cuando le dejase una manda, porque entonces podía el hijo entablar la querrela, a no ser que recibiese lo que se le dejaba sin hacer protesta alguna (4).

Sin embargo, hoy, la doctrina mayoritaria considera, en base principalmente al artículo 815, que el legitimario no es *per se* heredero, aunque el Código Civil le denomina «heredero forzoso» y que la legítima puede serle atribuida por cualquier título (5).

Ese artículo 815, como es sobradamente conocido, procede del proyecto isabelino, introduciendo conscientemente una modificación en el ordenamiento histórico. Así resulta de los comentarios de GARCÍA GOYENA al artículo 645 de tal proyecto: «Por Derecho Romano y Patrio, para

(3) GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M., *ob. cit.*, págs. 65-69; la cita textual del texto, págs. 67-68.

(4) GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M., *pág. 69*. No procede aquí efectuar un análisis histórico completo y riguroso de la preterición y desheredación. Por ello hemos elegido la obra de los Catedráticos de Jurisprudencia de la Universidad de Madrid, donde de manera sencilla y esquemática se expone el estado de la cuestión en la época inmediatamente anterior al Código Civil.

Para un magistral estudio de los antecedentes históricos: VALLET DE GOYTISOLO, J.: «El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles», *ADC*, 1967, págs. 449 y sigs., y *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I, y *Las legítimas*, vol. II, Madrid, 1974, págs. 902-913.

También puede verse: GARCÍA-BERNARDO LANDETE, A.: «Preterición formal y material y nulidad de la institución», *ADC*, t. XII, año 1969, págs. 313-330.

(5) En este sentido, puede verse: ROCA SASTRE, R. M.: «Naturaleza jurídica de la legítima», artículo publicado en la *RDP*, año 1944, recogido en el vol. II de *Estudios sobre sucesiones*, Valencia, 1981, págs. 37-71, especialmente págs. 64-67.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I, y *Las legítimas*, vol. I, págs. 190-212, y vol. II, págs. 730-754.

Es también la tesis que en sus manuales propugnan ALBALADEJO, DÍEZ PICAZO y GULLÓN, LACRUZ y PUIG BRUTAU, y también la de otros grandes juristas, como DE LA CÁMARA, entre otras, en *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*, Centenario de la Ley del Notariado, sección tercera, vol. I, Madrid, 1964, págs. 744-748.

que tuviera lugar la disposición de este artículo, era preciso que lo dejado fuese a título de heredero; faltando éste, el testamento era nulo, aunque se dejase íntegra la legítima...; se atendía más al honor del título, que a la realidad de la cosa o al valor de lo dejado» (6). Sin embargo, de la lectura de los comentarios del propio GARCÍA GOYENA a los restantes artículos del proyecto de Código Civil de 1851, referidos a la regulación de las legítimas, bajo el epígrafe «De los herederos forzosos y de las mejoras», artículos que él mismo redactó, no parecen deducirse las conclusiones a las que posteriormente ha llegado la doctrina (7), que mayoritariamente niega que el legitimario deba ser heredero, pese a que el Código Civil le denomine «heredero forzoso».

Que el contenido material de la legítima puede ser atribuido por cualquier título queda claro, dado el tenor literal del artículo 815 del Código Civil. Lo que ya no resulta tan evidente es determinar si el legitimario es o no heredero. Obviamente, no intentaré resolver aquí tan espinosa cuestión, todavía sometida a debate apasionado entre algunos de nuestros grandes civilistas (8).

Pudiera quizá proponerse una distinta interpretación del artículo 815: tal artículo lo que querría decir es que el legitimario, aunque el testador le haya atribuido su legítima vía donación o legado, es *per se* heredero, y heredero forzoso, con independencia de que el testador le haya o no instituido, pero no puede hacer caer el testamento para llegar a ser heredero *abintestato* si su legítima material está cubierta. No le hace falta, ya que es heredero por disposición de la Ley y además ha visto concretada su cuota en un legado o una donación. Para ello habría de admitirse un tercer tipo de delación: la forzosa, y salvar el obstáculo que para la admisibilidad de ese tercer tipo de delación pudiera suponer el artículo 658 del Código Civil, entendiendo que la sucesión «por disposición de la Ley» es de dos tipos: *abintestato* o legítima y forzosa o legítimaria. O bien considerar implícita, a estos efectos, en todo testamento, la cláusula *ut valeat omni melior modo*, en el sentido que le dio MATIENZO, según el cual, todo lo que se le dejase al hijo por cualquier título con cargo

(6) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. I, vol. II, Madrid, 1852, reimpresión, Barcelona, 1973, pág. 96.

(7) GARCÍA GOYENA, F., *ob. cit.*, págs. 88-100.

(8) Al respecto, puede verse la interesante polémica entre VALLET y PEÑA: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: «La naturaleza de la legítima», *ADC*, t. XXXVII, octubre-diciembre 1985, págs. 850-907; VALLET DE GOYTISOLO, J.: «Observaciones en torno a la naturaleza jurídica de la legítima. A propósito de un trabajo de MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS», *ADC*, t. XXXIX, enero-marzo 1986, páginas 4-67; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: «La naturaleza de la legítima», nota final, *ADC*, t. XXXIX, abril-junio 1986, págs. 571-579.

a su legítima, se entendía dispuesto a título de heredero (9) (advertimos que no mantenemos ninguna de las dos soluciones, simplemente las sugerimos como hipótesis).

En cualquier caso, es indudable que el legitimario, aunque vea concretada su porción en un legado o una donación, tiene derecho a una «cuota», a una parte alícuota del total resultante al sumar al *relictum* menos deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento, el *donatum*.

En nuestra opinión, ser legitimario es tener un título especial que atribuye derechos específicos, y esa condición de legitimario deriva siempre de la Ley, jamás de la voluntad del testador. En realidad, el legitimario, como tal, no es ni tiene por qué ser heredero, ni donatario, ni legatario, es simplemente legitimario o «heredero forzoso», como le denomina el Código Civil. Ello no significa que ese título de «heredero forzoso» tenga las mismas notas definitorias que el título de heredero voluntario o *abintestato*, en suma, «el forzoso» cualifica. No por llamarse «heredero forzoso» es un heredero que forzosamente deba ser igual al heredero voluntario o al heredero *abintestato*, pero tampoco el legitimario que ha recibido una donación o un legado en pago de su legítima es un legatario o un donatario como cualquier otro.

El legitimario instituido heredero tiene derecho a cobrar su porción legítima antes que los legatarios, caso contrario carecerían de sentido los artículos 817 y 820 del Código Civil. Tiene derecho a solicitar la reducción e incluso anulación de legados o donaciones, derechos que cualquier otro heredero no tiene. No creo que la posibilidad de solicitar tal reducción o anulación suponga principalmente freno a la libertad de disponer, como se ha dicho (10), pues el testador dispone si así lo desea y tal disposición será inatacable si el legitimario no actúa; es el legitimario quien tiene derecho no ya a «frenar», sino a solicitar tras la muerte del causante, la reducción o anulación. Pensemos que hoy, después de la reforma del Código Civil, operada por la Ley de 24 de octubre de 1983, no se puede solicitar la declaración de prodigalidad en defensa de un hipotético derecho a la legítima. Hoy la legítima parece ser una parte alícuota de todos aquellos bienes que el testador no pudo o no quiso gastar, y no los gastó puesto que los donó o los dejó morir. Pero en vida, la libre disponibilidad de su patrimonio no depende de los hipotéticos derechos de los presuntos legitimarios; sin pensar en ellos como presuntos

(9) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *El deber formal de...*, ob. cit., pág. 10, citando a MATIENZO.

(10) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama del Derecho de sucesiones*, t. I, Fundamentos, pág. 523: «La legítima corresponde a un sistema de reglamentación negativa o freno...».

legitimarios, puede hacer con su patrimonio lo que desee, y que aquéllos no puedan hacer nada para evitarlo en su calidad de hipotéticos «herederos forzosos». Es cuando el testador ya no vive y, por tanto, poco ha de importarle, cuando pueden atacarse aquellos actos dispositivos que lesionen los derechos de los legitimarios actuales. Son los legitimarios vivos los que a la muerte del causante pueden exigir su porción. Prima, pues, en nuestra opinión, el aspecto activo y desde la perspectiva del legitimario. En ese aspecto, el instituido heredero que no sea legitimario ha de pasar por los actos realizados por el causante en vida, aplicándosele la doctrina de los actos propios (11); pero al legitimario, aunque haya sido instituido heredero por el causante, no se le aplica tal doctrina cuando actúa en defensa de los derechos que como «heredero forzoso» o «legitimario» le corresponden.

La institución de heredero puede ser condicional (art. 790 del Código Civil) o modal (art. 797 del Código Civil), puede estar gravada con mandas o legados (art. 858 del Código Civil), se admite la sustitución (artículos 744 y sigs. del Código Civil); en cambio, el legitimario debe recibir lo que por tal concepto le corresponda, sin gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie (art. 813 del Código Civil).

En suma, se coloca respecto a la herencia del causante, en *posición distinta a la del heredero voluntario. No es, aunque haya sido instituido heredero en el testamento, un heredero más.*

No coincido con quienes consideran al legitimario instituido heredero como «cualquier otro heredero», pero protegido por la Ley contra los actos gratuitos de su causante que le perjudiquen (12), pues el «heredero forzoso» o legitimario, en su calidad de tal, es como cualquier otro «heredero forzoso» o legitimario, hayan recibido unos u otros su porción legítima por vía de institución de heredero, por vía de legado o por vía de donación. En su condición de legitimario tiene una posición jurídica específica, igual a la de los demás legitimarios y distinta a la de los herederos, legatarios o donatarios no legitimarios.

Creo, como ha afirmado el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de diciembre de 1952 (entre otras), que pueden coexistir en una misma per-

(11) Por todos, PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, 2.ª ed., volumen I, Barcelona, 1975, pág. 248.

(12) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, 3.ª ed., vol. III, Barcelona, 1983, págs. 7-8.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Limitaciones...*, t. I, y *Las legítimas*, vol. I, *ob. cit.*, página 77.

LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, y *Derecho de sucesiones*, Madrid, 1981, pág. 492, cita núm. 2, y págs. 433-434, citando a VALLET.

sona la doble cualidad de heredero forzoso y voluntario, cualidades que no se confunden.

En la sucesión *abintestato*, el «heredero forzoso» conserva su condición de tal a efectos de cálculo de su porción legítima, imputación de donaciones y reducción de las inoficiosas (entre otras) e incluso la posibilidad de reducción o anulación de legados si la sucesión se ha deferido, «en parte, por voluntad del hombre y, en otra parte, por disposición de la Ley» (art. 658). Derechos que no tiene como heredero *abintestato*, sino como legitimario o «heredero forzoso».

Los legitimarios, aunque no hayan sido instituidos herederos por el causante y se les haya atribuido su porción legítima mediante un legado o una donación, no son tampoco legatarios o donatarios como cualquier otro. En su condición de legitimarios tienen las mismas facultades que el legitimario instituido heredero.

Si, como opina PEÑA, los legitimarios hubieran de ser herederos, el legitimario instituido favorecido con un legado no podría impugnar por preterición la institución de heredero (art. 815), pero no quedaría eliminada su condición de heredero, pues el testador no podría trasmutar con el legado un llamamiento hereditario que no se funda en su voluntad, sino que viene impuesto por la Ley (13). En el supuesto de que el contenido de la legítima resultare enteramente cubierto con la imputación de donaciones, el legitimario continuaría siendo heredero, y como tal, participaría en la titularidad del caudal relicto, desde la aceptación, aunque después, tras las operaciones de liquidación no recibiera nada o tenga un saldo negativo, como puede sucederle a cualquier heredero (14).

Con independencia de la cuestión de si el legitimario es o no heredero *per se* o debe o no ser heredero, lo que hemos querido significar aquí es que su posición jurídica, en cuanto a legitimario, es una posición jurídica específica, similar a la de los demás legitimarios y diversa de quienes no lo son.

Partiendo de esta premisa, lo lógico sería que a todos los legitimarios, independientemente del título de atribución elegido por el causante para satisfacerles el importe de su porción legítima individual, se les tratara de igual modo cuando aparezca ese otro legitimario que fue preterido no intencionalmente, pues al fin y al cabo es otro más de las componentes del grupo. Pero no sucede así.

Aceptando la opinión doctrinal mayoritaria, solamente el legitimario instituido heredero por el testador (o el que lo sea *abintestato*) es heredero, pero el legitimario cuya porción ha sido cubierta mediante un legado

(13) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La naturaleza de la legítima*, *ob. cit.*, páginas 874-875.

(14) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *ob. últ. cit.*, págs. 882-883.

es un legatario. Por tanto, mientras el legado no sea inoficioso, a quien se perjudica, cuando aparece el no intencionalmente preterido, es al legitimario instituido heredero, pues el legado quedará intacto y la institución de heredero se *anula*.

Por otra parte, si el preterido como tal legitimario no tiene por qué ser heredero, tampoco parece lógico hacer caer la institución de heredero a favor de un extraño y mantener los legados.

Si los legitimarios son herederos, en el sentido que opina PEÑA, tampoco tendría demasiado sentido anular la institución de heredero a favor de un hijo o descendiente, con la atribución patrimonial inherente a ella y prevista por el testador, respetando las atribuciones efectuadas a favor de otros hijos o descendientes mediante legado o donación.

MIQUEL ha afirmado, probablemente con razón, que en la preterición no intencional de hijos o descendientes se protege la cuota *abintestato*, encontrándose este tipo de preterición sólo en una cierta relación con las legítimas (15), cuestión de la que nos ocuparemos más adelante; pero ello no es obstáculo para que, como inmediatamente trataremos de demostrar, no pueda entenderse injusta la anulación de la institución de heredero, respetando legados.

Aceptando la opinión doctrinal mayoritaria, según la cual el legitimario no es *per se* heredero, veamos las consecuencias del párrafo segundo del número 2 del artículo 814 y su relación con el párrafo último del propio artículo.

II. EL VALOR DE LA PORCION LEGITIMA DEL PRETERIDO

1.º El valor global de la legítima, existiendo hijos o descendientes, supuesto que estamos encarando, es $2/3$ del valor total que resulte de sumar al importe de los bienes que quedaren a la muerte del causante, tras deducción de deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento, el importe de las donaciones colacionables a efectos de cómputo de las legítimas (art. 818, en relación con el art. 808, ambos del Código Civil).

Es decir, la legítima global es = a $2/3$ del valor del *relictum* — deudas y cargas + *donatum*.

El valor de la legítima global larga permanece inalterable, pese a la existencia de hijos o descendientes preteridos.

2.º El valor de la cuota concreta que cada uno de los hijos o des-

(15) MIQUEL, J. M.: «De la herencia. Comentarios a los artículos 761-814», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, 1984, págs. 1294-1295.

endientes ha de recibir en concepto de legítima individual larga depende de su número. Por tanto, la existencia del preterido provoca la reducción de la porción concreta a percibir por cada uno de los legitimarios no preteridos.

El dividendo permanece idéntico, pero se incrementa el divisor.

3.º Para calcular la legítima del preterido podemos efectuar dos operaciones:

a) Calcular la porción legítima de los no preteridos y asignar al preterido igual porción.

Es decir, se prescinde del preterido en el divisor.

El testador, cuando calculó la cuota legítima de cada uno de sus «herederos forzosos», si lo hizo, hubo de efectuar esta operación, pues desconocía la existencia del preterido. (Nótese que nos estamos refiriendo a la preterición no intencional.)

b) Incluir al preterido en el divisor, lo cual provoca la reducción de la porción concreta que por legítima corresponde a cada uno de los demás hijos o descendientes legitimarios.

Esta creo que es la solución correcta y no puede coincidir con las previsiones del testador.

El profesor LACRUZ nos dice: «Lo que se reduce no es la legítima de los restantes coherederos: no se le hace un sitio al nuevo legitimario en la mesa donde comen los demás para compartir con ellos las mismas viandas, sino que:

1. Se le reenvía a participar de la porción asignada a los instituidos herederos, y sólo si ésta no es suficiente se dirigirá contra los legatarios (y agotados los legados, contra el donatario).

2. Bien entendido que, como ya se intuye, a la vista de la posibilidad subsidiaria de cobrar la legítima a costa de la reducción de legados y donaciones, la cantidad a cobrar no es una alícuota de la institución de heredero, ni tampoco del entero caudal relicto, sino de la masa computable que puede ser muy superior, hasta el punto de que la pretensión del legitimario abarque toda la institución de heredero o todo el caudal relicto» (16).

Estamos totalmente de acuerdo con el profesor LACRUZ: la presencia del preterido no provoca la reducción de la legítima de los restantes herederos forzosos, en el sentido de que no se le hace un sitio entre los demás legitimarios, pues solamente se reducirán los legados y donaciones efectuados en favor de los legitimarios cuando la porción asignada al

(16) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos...*, t. V, *ob. cit.*, página 525.

instituido heredero sea insuficiente para cubrir la cuota legítima del preterido y, en su caso, la del propio legitimario que fue instituido.

Pero contemplando la cuestión desde un diferente punto de vista, no cabe duda que la presencia del preterido, al aumentar el número de legitimarios, provoca la reducción de la porción individual que a cada uno corresponde en concepto de legítima. Es obvio que si permanece idéntico el dividendo, pero se incrementa el divisor, el cociente disminuye.

En este sentido, aunque las donaciones o legados efectuados en favor de un legitimario, imputables a su cuota legítima, no deban reducirse si con la anulación de la institución de heredero cubrimos la cuota del preterido, los legitimarios «legatarios» o «donatarios» pueden verse afectados. Esto sucederá cuando el legitimario haya recibido una donación o un legado cuyo valor sea igual o superior al que resulte de distribuir la cuota legítima global entre todos los legitimarios, incluido el preterido, pero menor del que hubiere resultado de no incluir al preterido en el divisor. Incluyendo al preterido en el divisor, el legitimario, legatario o donatario, habrá de conformarse. Excluyendo al preterido, el legitimario hubiera podido solicitar el complemento de su legítima, según establece el artículo 815 del Código Civil (17).

Así es que los legitimarios, donatarios o legatarios, pueden verse afectados por la presencia del preterido, aunque no tengamos que reducir legados o donaciones, si al disminuir su porción legítima individual no pueden pedir, en su caso, el complemento de la legítima.

También resultarán afectados si a consecuencia del advenimiento del preterido el legado o donación resultare inoficioso. Pero *quien resultará afectado, en todo caso, es el legitimario instituido heredero, pues la institución no se reduce, se anula.*

(17) Lo aclaramos con un ejemplo: *Relictum* — deudas + *donatum*, es decir, caudal computable = 15.000.000.

Legítima global larga = 10.000.000.

Si el testador tiene cinco hijos conocidos y capaces de heredar, el valor de la legítima individual larga = 2.000.000.

Aparece un sexto hijo a quien el testador creía muerto. Ahora el valor de la legítima individual larga = 1.666.666 (prescindiendo de decimales).

Si uno de los legitimarios hubiera recibido un legado imputable a su legítima por importe de 1.700.000, no incluyendo al preterido en el divisor, podría pedir el complemento hasta 2.000.000.

Incluyendo al preterido en el divisor, como la legítima individual se reduce a 1.666.666, ha recibido más de lo que «por legítima le corresponde» y no puede pedir ningún complemento.

III. LA ANULACION DE LA INSTITUCION DE HEREDERO

A) *El legitimario instituido heredero y la anulación de la institución de heredero*

El legitimario instituido heredero queda perjudicado en relación a los demás hijos o descendientes legitimarios del testador que recibieron su porción legítima mediante un legado o una donación.

1. No existiendo pasivo o cuando éste sea mínimo en relación al activo del caudal relicto, parece obvio que el testador al instituir heredero universal a uno de sus hijos, salvando mediante atribuciones a título distinto la legítima de los demás, deseó favorecer al instituido, aunque la legítima de los no instituidos, prevista por el testador, sea su legítima individual larga.

Al caer la institución de heredero, conservándose los legados no inoficiosos, es obvio que pierde el instituido. E incluso si entendemos que al caer la institución de heredero se abre la sucesión *abintestato* en regla, en esa sucesión *abintestato* participarán todos los hijos (o descendientes de ulterior grado, en su caso), pudiendo el (o los) legatario recibir en concepto de heredero *abintestato* una atribución patrimonial, no prevista por el testador, a costa del contenido material de la institución de heredero anulada (18).

LACRUZ propuso en su día, en referencia al texto del artículo 814 en su anterior redacción, que en el caso de preterición errónea, si uno de

(18) Tomando las cifras del ejemplo anterior:

Caudal computable = 15.000.000.

Legítima global larga = 10.000.000.

El testador legó bienes a cuatro de sus hijos por importe de 2.000.000 a cada uno de ellos.

Instituyó heredero al quinto de sus hijos suponiendo que recibiría bienes por importe de 7.000.000, es decir, bienes cuyo valor alcanza más del triple de lo previsto para cada uno de los otros cuatro hijos.

Aparece el sexto hijo, cuya existencia ignoraba el testador.

Ahora la legítima individual corta tiene un importe de 1.666.666.

Anulamos la institución de heredero y se abre la sucesión *abintestato*.

No podemos repartir bienes por importe de 7.000.000 entre todos los hijos a partes iguales, pues entonces ni el preterido ni quien fue instituido heredero cobrarían su legítima.

Atribuimos bienes por valor de 1.666.666 al preterido y al que fue instituido heredero.

Queda un remanente de 3.666.668.

El remanente lo distribuimos en partes iguales entre los seis hijos, entregando bienes por valor de 611.113.

Cada uno de los cuatro hijos legatarios gana bienes por valor de 611.113.

El instituido heredero pierde bienes por valor de 4.722.231.

los legitimarios fue instituido heredero y otros favorecidos con legados, «si de la distribución hecha en el testamento se desprende la voluntad del testador de igualar a todos los legitimarios, cabría eliminar la desigualdad producida por la preterición, considerando a los legados como instituciones *ex re certa*, o bien entendiendo implícita la voluntad del testador de que los legatarios colacionen (art. 1.037)» (19).

Aunque nuestro caso es diferente, pues de momento nos planteamos el supuesto en que el testador quiso desigualar a sus hijos, podemos intentar aplicar la solución propuesta por LACRUZ. Pero considerar un legado, qué es un legado, como una institución *ex re certa*, cuando resulta que según el Código Civil, el heredero instituido en cosa cierta será considerado como legatario, no parece posible, máxime cuando la voluntad del testador acerca del título de la atribución aquí está clara. Entender implícita en el testamento la voluntad del testador de que los legatarios colacionen tampoco soluciona el problema (20).

Pudiera tal vez sostenerse que la sucesión *abintestato* se abre solamente para el que fue instituido heredero y el preterido, entendiendo que está clara la voluntad del testador de que los legitimarios, a quienes dejó su legítima por vía de legado, no fueran herederos. La solución no parece convincente, pues si ha de abrirse la sucesión *abintestato*, lo será con todas sus consecuencias. Pero en cualquier caso, tampoco soluciona la cuestión el eliminar a los legatarios de toda participación en la sucesión *abintestato* (21).

La solución legal aparece todavía más injusta si tenemos en cuenta que el legitimario instituido heredero no perderá valores sobre un papel, sino bienes concretos, mientras que el legatario conservará (si el legado no es inoficioso) los bienes determinados que el padre apartó para él, incluso cuando el legado sea de parte alícuota si el testador ha efectuado la partición. En cambio, al caer la institución de heredero, los bienes

(19) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de sucesiones*, volumen II, Barcelona, 1973, pág. 178.

(20) En nuestro ejemplo: los legatarios traen a la masa el valor de su legado. El total a repartir tiene un valor de 15.000.000 (el total caudal computable).

Corresponde a cada uno recibir bienes por valor de 2.500.000.

Dado que los legatarios ya recibieron su legado por valor de 2.000.000, se les adjudican bienes por valor de 500.000.

El instituido heredero y el preterido recibirán bienes por valor de 2.500.000.

Los legatarios ganan bienes por valor de 500.000.

El instituido pierde bienes por valor de 4.500.000.

(21) En nuestro ejemplo: se reparten bienes por valor de 7.000.000 entre el que fue instituido y el preterido.

Cada uno recibe bienes por importe de 3.500.000.

El instituido heredero pierde bienes por valor de 3.500.000 y los legatarios se quedan como estaban.

que al legitimario instituido heredero hubieran correspondido en tal concepto han de entrar en la partición que se efectúe con el preterido.

La discriminación en contra del hijo o descendiente instituido será, pues, en muchas ocasiones no sólo cuantitativa, sino también cualitativa. En las herencias económicamente importantes el perjuicio cuantitativo puede ser sustancial, pero el perjuicio cualitativo puede serlo en cualquier tipo de herencia, incluso en las más modestas (pensemos en la vivienda compartida por el hijo/a instituido heredero con sus padres, a quienes atendía...).

2. Más grave aún si la anulación puede afectar al tercio de mejora atribuido a título de herencia (22).

VALLET entiende que: «El anterior texto del artículo 814 había suscitado dudas en algunos supuestos, como los de mejora de cuota atribuida a título de herencia, de mejora embebida en la institución de heredero universal y de disposiciones de tercio libre a título de heredero hechas con la finalidad de desigualar a los descendientes. Hoy, el texto del artículo 814, párrafo segundo, al referirse literalmente a las «mejoras ordenadas por cualquier título», ha disipado toda duda para los primeros de los supuestos antes discutidos. En cuanto a los otros dos me inclino igual que antes de la reforma, por su consideración también como mejora y por su consiguiente validez, a no ser que el testador no las habría otorgado en perjuicio del preterido o preteridos» (23).

De aceptarse la tesis de VALLET resolveríamos parcialmente la cuestión. Pero el mantenimiento de tal tesis no nos parece fácil y además, como veremos, no resuelve terminantemente el problema.

a) En cuanto a la mejora de cuota atribuida a título de herencia, creo que no ofrece la menor duda: dado el actual texto del artículo 814, párrafo segundo, número 2, deberá mantenerse. No le afecta la anulación de la institución de heredero.

Ya en su día, y pese al tenor literal del artículo 814 en su anterior redacción, que no era tan explícito como el actual en este punto, ALBALADEJO había sostenido que quedaban a salvo de la nulidad de la institución de heredero las mejoras a título de herencia, dado que el artículo 814 exceptuaba de la nulidad a todas las mejoras, sin distinción, y sobre todo la salvedad sería innecesaria en relación a las mejoras hechas mediante manda (legado), por lo que había de referirse necesariamente a las

(22) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *ob. últ. cit.*, págs. 524-525, en este sentido.

(23) VALLET DE GOYTISOLO, J.: «Comentario al artículo 814 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, bajo la dirección de M. ALBALADEJO, 2.º ed., Madrid, 1982, págs. 202-203.

hechas mediante disposición a título universal. Es decir, habían de mantener su efectividad todos los legados aun no siendo mejoras, y todas las mejoras aunque no fueran legados (24).

b) La mejora embebida en la institución de heredero sólo existirá en cuanto haya asignación voluntaria en tal calidad, expresa o tácita (25), sin que, siguiendo la opinión del propio VALLET, podamos admitir una mejora presunta (26).

El supuesto más normal será aquel en el cual el testador, después de reconocer a todos sus hijos la legítima estricta, instituye heredero a uno sólo de ellos. Entonces la porción del instituido en el testamento será la de dos tercios del haber, más su parte viril en el tercio de la legítima estricta (27).

En definitiva: si existe esa asignación voluntaria, en concepto de mejora, expresa o tácita, nos encontraremos con una mejora de cuota, atribuida a título de herencia, lo que nos reconduce al supuesto anterior. Caso contrario, no existirá mejora.

c) En cuanto a las disposiciones del tercio libre a título de heredero hechas con la finalidad de desigualar a los descendientes, no acaba de convencerme su calificación como «mejora».

Y, en cualquier caso, no parece ser ésa la mejora a la cual se refiere el artículo 814. La mejora propiamente dicha es aquella a la que se refiere el artículo 808, que contrapone el tercio de libre disposición a los dos tercios de legítima, y aunque nos parece exacta la opinión de GONZÁLEZ PALOMINO, según el cual «la mejora sólo es legítima cuando el testador no ha dispuesto de ella: cuando no es mejora» (28), también es cierto que las disposiciones en concepto de mejora en favor de un descendiente provocan la disminución de la cuota que en concepto de legítima han de recibir los demás, mientras que las disposiciones imputables al tercio de libre disposición dejan intacta la cuota legítima larga.

De sostenerse la tesis de VALLET, cuando el testador dispusiera de toda la porción libre a título de herencia a favor de uno de sus hijos y por el mismo título le atribuyera su cuota legítima individual larga, salvando mediante atribuciones a título distinto la legítima individual larga de los demás, ¿cómo cobraría el preterido?

(24) ALBALADEJO, M.: «Para una interpretación del artículo 814.1 del Código Civil», *RDP*, 1967, págs. 1043-1045.

(25) Sobre este punto, puede verse: PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, 5.ª ed., vol. III, Barcelona, 1984, págs. 49-50.

(26) VALLET DE GOYTISOLO, J.: «La mejora tácita», *AAMN*, t. VIII, 1954, páginas 16-18 y 139.

En el mismo sentido, PUIG BRUTAU, J., *ob. últ. cit.*, págs. 49-51.

(27) VALLET DE GOYTISOLO, J., *ob. últ. cit.*, págs. 53-54.

(28) GONZÁLEZ PALOMINO, J.: «El crecimiento en la mejora», *AAMN*, t. II, 1950, pág. 556.

La cuestión resulta compleja, pues si salvamos la institución, en cuanto a la parte libre, considerándola mejora, hemos de proceder a una redistribución de los tercios y entender que todos los hijos (incluido el heredero) recibieron su legítima individual corta, más una parte de la porción libre, dado que cualquier disposición en concepto de «mejora» disminuye la cuota que por legítima han de recibir los no favorecidos con ella. Anulamos la institución de heredero antes de reducir mandas y esa «mejora» (que no es mejora, pero que consideramos como tal); el instituido heredero continúa perjudicado, pues continuará perdiendo más que los restantes legitimarios (29).

3. Por otra parte, si el testador ha querido igualar a sus hijos, distribuyendo su herencia entre ellos en partes iguales, pero a uno le instituye heredero y a los otros no, incluso aunque los haya nombrado legatarios de parte alícuota, no podemos sostener que ha utilizado la parte libre para mejorar a nadie. Al caer la institución de heredero, el instituido como tal queda perjudicado.

Puede sostenerse que en este último supuesto la solución la aporta el párrafo último del artículo 814, entendiendo que la voluntad del testador es clara y que si deseó tratar cuantitativamente por igual a sus hijos, el preterido habrá de recibir una cantidad de bienes igual a los demás, a costa de disminuir las atribuciones de éstos en la misma porción.

Aunque pasemos por alto el problema de la igualdad cualitativa de los lotes (difícil si existen legados de cosa específica o adjudicaciones particionales señaladas en cosa determinada), como opina MIQUEL (en un punto sobre el que nos detendremos más adelante), el respeto a la voluntad del testador, en caso de preterición no intencional de hijos o descendientes, es una cuestión difícil y a la «voluntad del causante se le reconoce el poder de regular el contenido de la sucesión, pero no

(29) Por ejemplo: caudal computable = 600.

El testador tiene dos hijos conocidos; legó a uno de ellos bienes cuyo valor alcanzaba un tercio de su herencia (bienes por valor de 200 o un legado de un tercio de la herencia) e instituye heredero al otro, suponiendo que recibirá dos tercios del caudal relicto (en nuestro caso, bienes por valor de 400).

Aparece el preterido: Si entendemos que el instituido fue «mejorado en el tercio libre», entenderemos que ha sido mejorado en un tercio íntegro de la herencia; consecuentemente, la legítima queda reducida a la corta.

Respetamos el contenido de la institución de heredero hasta alcanzar el valor de 200, pero tenemos que distribuir el resto al caer la institución. Ahora, aunque la legítima global corta continúa teniendo un valor de 200, la individual corta vale 66,66. Atribuimos bienes por valor de 66,66 al preterido y otro tanto al que fue instituido heredero. Nos queda un remanente de 66,68, que habremos de distribuir entre los tres hermanos, pues al caer la institución los tres se han convertido en herederos *abintestato*. El que fue instituido heredero por el testador, aunque conserva bienes por valor de 200 en concepto de mejora, pierde, a consecuencia de la aparición del que fue preterido, bienes por valor de 111, y el que fue nombrado legatario gana bienes por valor de 22,22.

el de determinar en qué casos tendrá lugar la validez o nulidad de sus disposiciones ni, por tanto, las consecuencias de defecto de su voluntad» (30).

Como ya hemos expuesto, LACRUZ sostuvo para este supuesto la posibilidad de considerar el legado como institución *ex re certa* o bien obligar a que los legatarios colacionen (31).

La primera solución no parece ser adecuada, dado el tenor literal del artículo 768 del Código Civil y habida cuenta, además, que la voluntad del testador acerca del concepto en que ha dispuesto de sus bienes es clara (art. 686 del Código Civil). El que los legatarios colacionen tampoco soluciona la cuestión, si entendemos con el propio LACRUZ que colación significa «tomar de menos en la masa hereditaria», pero no restituir a la misma el eventual exceso (32).

B) *El descendiente no legitimario instituido heredero*

Los nietos, en vida de su padre, no son legitimarios del abuelo, pero pueden ser mejorados por éste, entendiendo con VALLET y PUIG BRUTAU que nuestro Código Civil no admite la mejora presunta (33). Del solo hecho de que el abuelo haya instituido al nieto (u otro descendiente de ulterior grado no legitimario) no podremos presumir su voluntad de mejorarle.

(30) MIQUEL, J. M.º: «De la herencia. Comentario a los artículos 761-814», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, 1984, págs. 1289-1290.

(31) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de sucesiones*, *ob. cit.*, p. 178.

(32) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos...*, t. V, *ob. cit.*, página 185.

En nuestro ejemplo primitivo: caudal computable = 15.000.000.

El testador quiso igualar a sus cinco hijos conocidos: asignó a cuatro de sus hijos un legado por valor de 3.000.000, instituyendo heredero universal al otro, que habría de recibir bienes por valor de una cantidad igual, es decir, 3.000.000.

Aparece el preterido: se han de repartir bienes por valor 15.000.000 entre seis. Como no hemos de reducir los legados en tanto no sean inoficiosos, calculamos la legítima del instituido y del preterido, que suman un total de 3.333.332.

Con la anulación de la institución de heredero no tenemos bastante, pero no reduciremos los legados hasta agotar los bienes comprendidos en la institución de heredero (como afirma el propio LACRUZ, *ob. últ. cit.*, pág. 525).

En suma: el instituido heredero salva su legítima y pierde todo lo demás. Los legatarios sólo ven reducido su legado en la proporción necesaria para cubrir la legítima del preterido. El instituido heredero pierde 1.333.334 y sus hermanos, legatarios, 333.332, probablemente a repartir, en este caso, en partes iguales, es decir, 83.333 cada uno de ellos.

(33) Véase cita 26.

a) Si existe mejora propiamente dicha, el nieto conservará los bienes que comprenda la institución de heredero en tal concepto, y en cuanto no sea inoficiosa.

b) Si no existe mejora en sentido técnico, el nieto instituido heredero por el testador, al anularse la institución de heredero quedará apartado de la sucesión.

Normalmente, el apartamiento del nieto será contrario a la voluntad del testador, pues quien teniendo descendientes de mejor grado, instituye como heredero al grado ulterior es obvio que desea favorecerle en concepto de tal.

El supuesto que estamos encarando es aquel en el que existen hijos o descendientes legitimarios no preteridos y algún otro preterido.

El testador puede:

- Instituir al nieto no legitimario e instituir a todos o algunos de los hijos o descendientes legitimarios. Es obvio que deseó que fuera tan heredero como sus hijos (o descendientes de ulterior grado legitimarios). Por tanto, al aparecer el preterido, lo lógico sería que conservara en la sucesión el puesto que le asignó el testador y la atribución patrimonial consiguiente en cuanto no sea inoficiosa, pues el testador le colocó junto a los legitimarios y el preterido es otro más.
- El testador puede preferir como heredero al nieto, salvando mediante atribuciones a título particular las legítimas. Si el testador salvó expresamente la «legítima larga» de sus «herederos forzosos» es casi imposible considerar al nieto mejorado, resultando absurdo que por la presencia del preterido, el nieto elegido como heredero, preferido a los demás descendientes (incluso a su propio padre y demás hijos del testador), sea apartado de la sucesión.

La cuestión puede adquirir tintes dramáticos si quien aparece es el nieto desconocido, hijo no matrimonial del hijo premuerto, que viva holgadamente con el otro progenitor sin haber intentado jamás ponerse en contacto con los abuelos, mientras que el apartado de la sucesión sea, como es de prever, un nieto muy cercano en afecto a abuelo/a y que tal vez se ocupó de ellos en la vejez.

Ciertamente, el párrafo último del artículo 814 puede ofrecer alguna solución, pero, como veremos, en caso de preterición no intencional, su aplicabilidad no es tan sencilla.

C) *Los no descendientes instituidos herederos*

Ese no descendiente instituido puede ser el cónyuge, otra u otras personas pertenecientes al círculo familiar (padres, hermanos, otros parientes) o un extraño.

1. *El cónyuge*: recibe un tratamiento especial, pues la institución de heredero a su favor «sólo se anulará en cuanto perjudique a la legítima».

Tal frase puede entenderse de dos formas:

a) Únicamente procede la anulación de la institución inoficiosa y en cuanto lo sea, pues sólo la institución inoficiosa perjudica propiamente a las legítimas.

b) Al igual que en los supuestos del párrafo primero, la institución de heredero se reduce antes que legados y mejoras.

Con esta segunda interpretación, la reducción (más exactamente que anulación) de la institución con carácter previo a la de los legados y mejoras continúa siendo arbitraria.

2. *Los demás instituidos no descendientes*: está claro que quien teniendo hijos o descendientes conocidos, hipótesis de la que partimos, instituye heredero a un extraño, desea que esa persona llegue a ser heredero y reciba, en concepto de tal, la atribución patrimonial correspondiente, y ello pese a tener hijos o descendientes conocidos y recordados en el testamento.

Sin embargo, atendiendo al tenor literal del artículo 814, 2, 2.º, el no legitimario instituido heredero quedará apartado radicalmente de la sucesión. Nada recibirá, en contra de la evidente voluntad del testador.

Excepto en el supuesto en el cual el testador haya previsto la eventual preterición no intencional de alguno de sus hijos o descendientes, regulando sus efectos, donde, salvando las legítimas parece que habremos de respetar su voluntad, como ordena el párrafo último del artículo 814, en los demás, la conciliación del párrafo último del artículo 814 y del párrafo 2, número 2, del propio artículo será en la práctica muy difícil. Sólo cabe la contrarreforma de la reforma o no atender al tenor literal de uno de los dos párrafos.

Bien está que se presuma que el testador de haber conocido la existencia del preterido lo hubiera tenido en cuenta. Bien está que el preterido cobre su legítima. Pero si, según parece deducirse del propio artículo 814, de lo que se trata es de salvar la voluntad del testador respetando las legítimas, no parece nada claro ese apartamiento radical de la sucesión del extraño instituido heredero, cuando los legatarios pueden

mantener sus legados. Quien teniendo hijos conocidos y recordados en su testamento —supuesto que estamos encarando— instituye heredero a quien no es hijo o descendiente, parece obvia su voluntad de que llegue a ser heredero, pese a contar con sus hijos o descendientes.

Mantener los legados a favor de extraños y anular la institución de heredero es un absurdo, si lo que se pretende es respetar la voluntad del testador. Como opina REY PORTOLÉS, no hay razón para estimar que los legados obedezcan a una voluntad más específica (y, por tanto, más mercadora de salvación) del testador que la institución de heredero (34). En todo caso, más bien podemos suponer lo contrario.

Ese no legitimario instituido heredero, al que venimos llamando «extraño», puede ser un «extraño» al círculo familiar, pero más cercano en afecto al testador que sus propios hijos o nietos.

Quizá fuera posible, en algún supuesto, aplicar por analogía lo dispuesto con respecto al cónyuge viudo en el propio artículo 814, 2, 2.º, si ese «extraño» hubiere estado conviviendo con el testador como si de un matrimonio se tratase. Es decir, reducir, en tal caso, la institución de heredero, en cuanto perjudique las legítimas. Solución que apuntamos como hipótesis y con muchas reservas. Tal vez pueda apoyarse en el canon hermenéutico de la «realidad social» a que nos remite el artículo 3-1 del Código Civil.

En otros casos, la solución es problemática.

Coincido totalmente con REY PORTOLÉS cuando estima que la anulación de la institución de heredero no es menos arbitraria en el supuesto de que el beneficiado por el testamento no sea uno de los descendientes, sino persona distinta, por ejemplo, un extraño. «Si es verdad que a éste lo ha preferido el testador a los descendientes que a la sazón tenía y no preterió, ¿cómo saber si la misma anteposición la hubiera mantenido en confrontación con un póstumo? Pero aun admitiendo que el legislador presuma que la preferencia al extraño habría persistido en el ánimo del causante, en presencia también del legitimario, involuntariamente olvidado, ¿no ha reparado dicho legislador en que el mecanismo elegido por él —anulación de la institución de heredero— puede provocar un resultado contrario a la idea de que se parte? Por ejemplo, si a ese extraño se le había beneficiado con institución universal, en tanto que se satisfizo con legados las legítimas de los descendientes no preteridos, pues mientras éstos conservan su atribución, aquél ve decaer totalmente la suya. En el

(34) REY PORTOLÉS, J. M.: «Comentario a 'vuelapluma' de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 549, marzo-abril 1982, pág. 339.

artículo 644 del Código Civil, si el donante tenía un descendiente, y a pesar de ello donó a un extraño, el advenimiento de un nuevo legitimario en línea recta descendente no faculta para revocar la donación; el artículo 814, 2, 2.º, en cambio, en vez de limitarse paralelamente a salvaguardar la legítima del preterido y aun a costa de la de otros descendientes no omitidos y postergados al extraño, comprimiéndola al aumentar el divisor, decreta una caprichosa anulación de la institución, que lo mismo puede perjudicar a dicho extraño que a los demás descendientes, que a un tercero distinto de aquéllos y de éstos» (35).

La anulación de la institución de heredero resulta, pues, discriminatoria para con el instituido, bien sea éste otro legitimario, bien sea uno no legitimario (nieta en vida de su padre, ascendientes, otro pariente o un extraño al círculo familiar). Además, en la práctica resultará muy difícil de conciliar con lo dispuesto en el párrafo último del propio artículo. Ese párrafo último, en combinación con el segundo, número 2, es de por sí un semillero de pleitos, pues ya *a priori* cabe sostener que la anulación de la institución de heredero, manteniendo legados, no respecta, en todo caso, lo ordenado por el testador.

Cierto es que tratándose de preterición errónea jamás llegaremos a conocer cuál hubiera sido la voluntad real del testador de haber conocido la existencia o supervivencia del descendiente a quien preterió. Lo único que sabemos es la forma en que ha dispuesto de su patrimonio para después de su muerte, contando con algunos de sus hijos o descendientes (supuesto al que nos referimos) y omitiendo a otro u otros por error. Pero si lo que se pretende es respetar la voluntad del testador dentro de lo posible, no hay razón para contradecir su voluntad manifestada en testamento o interpretarla arbitrariamente.

IV. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR Y LA PRETERICION NO INTENCIONAL DE ALGUNO DE LOS HIJOS O DESCENDIENTES

El artículo 814 se inicia con la siguiente frase: «La preterición del heredero forzoso no perjudica a la legítima». Y el último párrafo del propio artículo dice: «A salvo las legítimas tendrá preferencia, en todo caso, lo ordenado por el testador».

(35) REY PORTOLÉS, J. M., *ob. cit.*, pág. 350, cita núm. 10.

De ambos enunciados parece deducirse que hoy el instituto de la preterición pretende salvar la legítima material de los herederos forzosos (36).

La preterición ha perdido el carácter formal que tuvo originariamente, lo cual es lógico si partimos de la base de que el «heredero forzoso» no tiene derecho a ser instituido por el testador.

En tal sentido, si, como parece, el legitimario no tiene por qué ser heredero, carece de sentido anular la institución para que el preterido pueda cobrar su cuota legítima como heredero *abintestato*. Simplemente con recibir su porción debida quedan a salvo sus derechos.

Probablemente en la razón histórica se encuentre la base de la actual redacción del párrafo 2.º, número 2, del artículo 814, que venimos comentando, pero entendemos que hoy ese planteamiento resulta incoherente y artificial (37).

La voluntad del testador tiene un límite: el respeto a la legítima de sus «herederos forzosos», pero tal vez en la preterición no intencional se proteja no sólo o no tanto la cuota legítima, cuanto la cuota *abintestato*, en todo o en parte de lo que a continuación nos ocupamos.

A) *El respeto a las legítimas*

La frase con que comienza el artículo 814 pudiera parecer innecesaria por evidente, pero, como afirma REY, «ante el arrastre histórico de la figura esa frase con que comienza el artículo 814 resulta clave para comprender el nuevo alcance que se ha querido dar a la preterición (38).

La infracción del primitivo deber formal de mencionar a los legitimarios carece hoy de verdadera trascendencia, por ello entendemos de nuevo con REY que: «La frase inicial del artículo 814 no sólo no es superflua o sobreentendible, sino que en cuanto rectificación de un criterio histórico resulta básica y decisiva. Ni siquiera cabe reprocharle el que no se circunscribiese a la preterición intencional de cualquier legitimario y a la involuntaria del cónyuge y descendientes, porque así también se destaca el aspecto material de la preterición no intencional de descendientes: si las drásticas medidas del párrafo segundo son insuficientes por existir copiosas donaciones computables, aun así han de que-

(36) En este sentido, BOLAS ALFONSO: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *AAMN*, t. XXV, pág. 204, citado por MIQUEL, J. M., *ob. cit.*, página 1287, cita núm. 12.

(37) En este sentido, REY PORTOLÉS, J. M., *ob. cit.*, pág. 338, en relación al decaimiento prioritario de la institución de heredero en los supuestos del párrafo primero del artículo 814.

(38) REY PORTOLÉS, J. M., *ob. cit.*, pág. 334.

dar salvaguardadas, como mínimo, las legítimas de esos descendientes» (39).

Queda claro que el hijo o descendiente preterido ha de recibir, cuando menos, su porción legítima. Pero falta por resolver el importante problema de si la preterición no intencional es o no un vicio o defecto de las disposiciones testamentarias de carácter patrimonial o, por el contrario, sólo tiene relación con que la legítima queda cubierta (40).

MIQUEL entiende que así como en la preterición intencional sólo se busca que la legítima quede cubierta, la preterición no intencional no se relaciona con ese objetivo, sino más bien con que las disposiciones patrimoniales testamentarias se hagan teniendo en consideración a los hijos o descendientes, a los que, en otro caso, se les atribuye una cuota intestada total o parcialmente. No se trata de garantizar, por tanto, la legítima estricta, sino la cuota *abintestato* en todo o en parte, y que la preterición no intencional supone un defecto de voluntad, una voluntad basada en la imprevisión o el error. La preterición no intencional se refiere a un problema de ineficacia o invalidez del testamento, o mejor, de las disposiciones patrimoniales testamentarias, y, por tanto, proporciona la cuota intestada en todo o en parte (41).

No dudo de lo acertado de esta opinión, pero si la preterición no intencional de hijos o descendientes supone un defecto de voluntad que provoca la invalidez o ineficacia del testamento, es lógica la solución que ofrece el número 1 del propio párrafo segundo del artículo 814: anulación de todas las disposiciones testamentarias de carácter patrimonial.

Ya, en su día, habrá sostenido ROCA que «lo lógico sería que así como en la preterición intencional solamente debiera producir el efecto de dejar a salvo la legítima del preterido, al igual que en la desheredación injusta, que en el fondo es una preterición intencional expresa, en cambio, la preterición errónea debiera dejar totalmente sin efectos el testamento, análogamente a lo que se establece en la revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos. Con la postura del Código de anular exclusivamente tal institución de heredero, dejando subsistentes legados y mejoras en cuanto no fueran inoficiosos, puede darse el resultado de que un padre por creer equivocadamente que uno de sus hijos ha muerto lo omite en el testamento y distribuye, en consecuencia, en éste su herencia, o gran parte de ella, en legados y mejoras a favor de sus

(39) REY PORTOLÉS, J. M., *ob. cit.*, pág. 335.

(40) MIQUEL, J. M., *ob. cit.*, pág. 1286.

(41) MIQUEL, J. M., *ob. cit.*, págs. 1286-1287.

restantes hijos, encontrándose dicho preterido, por error, reducido a poder únicamente reclamar su legítima estricta» (42).

A lo que añadiríamos, o lo que es aún más grave: el hijo recordado por el testador, instituido heredero por éste puede quedar reducido a su legítima estricta, mientras sus hermanos legatarios reciben el importe íntegro de sus legados no inoficiosos e incluso más de lo previsto por el testador si entendemos que ellos también participan en la sucesión *abintestato* que se abre a consecuencia de la anulación de la institución.

Anulándose todas las disposiciones testamentarias de carácter patrimonial, todos los hijos reciben igual porción en la sucesión *abintestato*; consecuentemente, la medida tiene la ventaja de no ser discriminatoria para con el hijo instituido heredero, cuando los demás no lo fueron, y, además, proporciona al preterido su íntegra cuota *abintestato*. Ninguno de los hijos podrá, pues, considerarse perjudicado en relación a los demás. Sin embargo, entendiendo que el testamento es inválido o ineficaz por defecto de voluntad, al estar basada la voluntad en la imprevisión o el error, habríamos de sostener igualmente la anulación de todas las disposiciones de carácter patrimonial cuando el testador incurra en preterición no intencional de sus ascendientes —que son herederos *abintestato* cuando lo sean «forzosos», es decir, a falta de hijos o descendientes—, puesto que tampoco entonces sabremos cuál hubiera sido su voluntad de haber tenido presente al ascendiente. Y no sucede así. Si se parte de la hipótesis de que la ignorancia acerca de la existencia de un ascendiente vicia la voluntad en menor grado que esa misma ignorancia respecto de los descendientes, la hipótesis no siempre responderá a la realidad.

Por otra parte, puede sostenerse que es imposible llegar a conocer cuál hubiera sido la voluntad del testador cuando creyendo no tener descendencia tiene algún hijo o descendiente de ulterior grado (hipótesis del párrafo segundo, núm. 1, del art. 814), y por ello aquí se anulan todas las disposiciones de carácter patrimonial. Diversamente, quien teniendo hijos o descendientes, a los cuales recuerda en su testamento, ha preterido a otro, ya ofrece una pauta del sentido de su voluntad según haya actuado respecto a los hijos conocidos, y por ello las medidas adoptadas por el legislador son menos drásticas. Si esto fuera así, la disposición contenida en el artículo 814, 2, 2.º, resulta arbitraria y caprichosa (43).

En sus propuestas de Derecho constituyente, VALLET sostuvo que la preterición errónea, debida a la sobrevivencia de hijos que se creían fallecidos o al ulterior nacimiento de otros hijos, en principio, debería dar

(42) ROCA SASTRE, R. M.ª: Notas a KIPP, en el tomo V del *Tratado de Derecho civil* de ENNECCERUS, KIPP y WOLF, vol. II, trad. de la 8.ª revisión alemana, Barcelona, 1951, pág. 287.

(43) Así la califica REY PORTOLÉS, J. M., *ob. cit.*, pág. 355.

lugar a la invalidación no sólo de la institución de heredero, sino de las demás disposiciones de tipo patrimonial, a no ser que de la interpretación del testamento, conforme al artículo 675 del Código Civil, resulte que la voluntad del testador fuera otra. Así, en caso de preterición de todos los hijos o del hijo único, la nulidad de la institución de heredero debe ser total; en cambio, de tener más hijos el testador y haberles instituido por igual y haber otorgado alguna disposición en favor del cónyuge viudo en usufructo o de la totalidad de la parte libre, debería entenderse que su intención es mantener esta disposición por no poder presumirse que en la intención del testador se hallara la de favorecer al hijo o hijos preteridos más que a los instituidos (44).

En este sentido, el artículo 141 de la Compilación catalana es modélico, cuando en su párrafo tercero dice: «Sin embargo, la preterición del legitimario que sea hijo o descendiente del testador, nacido o que haya llegado a ser legitimario después de otorgado el testamento, o cuya existencia ignoraba el causante al testar, constituirá preterición errónea y conferirá al legitimario preterido acción para obtener la nulidad del testamento, salvo que los instituidos herederos fuesen el cónyuge o descendientes del testador, en cuyo caso los preteridos erróneamente sólo podrán reclamar su legítima».

Como hemos mantenido, la anulación de la institución de heredero, cuando el instituido sea un extraño, no acaba de parecernos justa, pero en cualquier forma, consideramos que la regulación ofrecida por el artículo 141 de la Compilación catalana para este punto es muchísimo mejor que la del Código Civil, pues, al menos, respeta la institución cuando el heredero es el cónyuge o los descendientes del testador; caso contrario, se concede al preterido acción para obtener la nulidad del testamento sin caer en el absurdo de respetar legados no inoficiosos (a favor de quien sea), mientras se anula la institución de heredero (sea quien sea el instituido, excepto el cónyuge).

En suma: si lo que realmente se pretende es que el preterido no intencionalmente cobre su cuota *abintestato*, entendiéndose el testamento inválido o ineficaz por defecto de voluntad, la solución que ofrece el artículo 814, en su párrafo 2.º, número 1, es la lógica; la solución del número 2, aun de aceptarse aquellas premisas, continúa siendo, en buena medida, absurda. Después de todo, y a pesar del esfuerzo doctrinal, al objeto de llegar a demostrar que el legitimario no es heredero ni tiene por qué serlo, tal vez el número 2 del párrafo 2.º del artículo 814 indique que los legitimarios, al menos, los hijos o descendientes, tienen derecho

(44) VALLET DE GOYTISÓLO, J.: *El deber formal...*, ob. cit., págs. 102-103, y *Limitaciones del Derecho sucesorio...*, t. I, y *Las legítimas*, vol. II, ob. cit., página 944.

a ser herederos, sólo así tiene sentido la anulación de la institución, respetando las demás disposiciones no inoficiosas de carácter patrimonial.

Ya dijo GARCÍA-BERNARDO que la preterición supone «el desconocimiento de la cualidad de heredero latente en el legitimario, exteriorizada en el no reconocimiento de esa cualidad, en la no negación o en la no atribución material de su participación en la herencia; es un acto contrario a la Lcy de las legítimas, que reconoce al legitimario una cualidad en potencia de heredero, que sólo el testador puede confirmar, revocar o desviar, y si no lo hace en su testamento, esto contraría la Ley de las legítimas.

La preterición es la infracción a la libertad de testar en atención a la cualidad de heredero latente en el legitimario» (45).

Sólo admitiendo esa cualidad de heredero, «latente en el legitimario», puede entenderse la reducción prioritaria de la institución, en caso de preterición intencional de los hijos o descendientes o preterición de los demás herederos forzosos, y la anulación de la institución, en caso de preterición no intencional de alguno de los hijos o descendientes.

Aunque éste fuera el sentido del artículo 814, nos resistimos a considerar justo el mecanismo elegido por el legislador para salvar la condición del heredero latente en el legitimario (si tal condición potencial existiera), pues es perfectamente compatible la concurrencia en una misma sucesión de un heredero voluntario (o varios) y de un heredero *abintestato* (o varios), como se deduce del artículo 912, 2.º, o del propio artículo 814, 2.º, cuando permite mantener la institución del cónyuge en cuanto no perjudique a las legítimas. Así que no hay razón para atacar la institución de heredero con preferencia del resto de las disposiciones patrimoniales del causante, aunque el preterido deba ser heredero *abintestato*.

Aunque, ciertamente, si nuestro sistema legitimario es el negativo o de freno, donde sólo hay dos modos de adquirir por testamento o *abintestato*, no originando la legítima un tercer género sucesorio —la sucesión forzosa—, no vemos, como afirma GARCÍA-BERNARDO, cómo adquiriría el legitimario sin anular la institución o reducir las disposiciones inoficiosas (46); mas creo, con LACRUZ, que la adquisición del legitimario no se opera siempre necesariamente a través de las formas canónicas de la sucesión voluntaria y la *abintestato*, pues existen supuestos en que

(45) GARCÍA-BERNARDO LANDETE, A.: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, ob. cit., pág. 361.

(46) GARCÍA-BERNARDO LANDETE, A., ob. cit., pág. 350.

el legitimario recibe los bienes en cumplimiento del deber de legítima y por modo distinto a la sucesión testada, por obra de la Ley (47).

Y, en definitiva, ¿qué más da?, si el artículo 814 no pretende que el hijo o descendiente preterido inintencionalmente, cuando concurre a la sucesión del ascendiente con otros hijos o descendientes no preteridos, cobre íntegra su cuota *abintestado*, dado que respetando legados y mejoras puede verse reducido a su legítima estricta, no hay por qué preocuparse si va a recibir su porción por delación *abintestato* o delación forzosa; en cualquier caso, los efectos, en cuanto al preterido se refiere, van a ser idénticos. E incluso, de admitirse que el preterido recibe su porción por delación forzosa, nos evitaríamos el plantearnos si los legitimarios legatarios deben participar o no en la sucesión *abintestato*, pues un llamamiento *abintestato* a favor de algunos de los descendientes no es lógico, mientras que un llamamiento legal específico no tiene por qué afectar a quienes no corresponda.

B) *El respeto a lo ordenado por el testador*

Salvar las legítimas, dando preferencia en todo caso a lo ordenado por el testador, será incompatible, en la mayoría de los supuestos, con la anulación de la institución.

Para dar preferencia, en todo caso, a lo ordenado por el testador, salvando las legítimas, existe una solución sencillísima: enviar al preterido a compartir la legítima con los demás legitimarios y reducir, en su caso, las atribuciones inoficiosas.

Como ya hemos expuesto, la presencia del preterido provoca la disminución de la legítima individual de los restantes legitimarios, permaneciendo idéntica cuota legítima global. Si no existe mejora (y tal no puede presumirse), la legítima del preterido será la larga, pues **no hay razón** para suponer que quien no mejoró a ninguno de los hijos o descendientes conocidos iba a mejorarlos de haber tenido presente al ignorado.

No obstante, a MIOUET le parece dudoso que los efectos de la preterición no intencional puedan ser determinados por el testador, pues es distinto que la voluntad del testador sea ley de la sucesión o que el testador pueda establecer de modo distinto las consecuencias de los supuestos de hecho a como lo hacen las normas.

Por ello entiende que aun en el supuesto de que el testador haya previsto eventualmente la preterición no intencional de alguno de sus

(47) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, R.: *Elementos...*, vol. V, obra citada, pág. 435.

hijos o descendientes, el problema consistirá en decidir qué grado de concreción o determinación hay que exigir para que las posibles previsiones del testador excluyan los efectos de la preterición no intencional, bien entendido que, salvo que se sea muy generoso, lo que sucederá es que tales previsiones, como su mismo nombre indica, excluirán el supuesto de hecho de la preterición no intencional. Si, por el contrario, no lo excluye, entiende que los efectos serán los de la norma, es decir, o no hay preterición no intencional porque el testador ha previsto la supervivencia o superveniencia de hijos o descendientes con la necesaria concreción o, por el contrario, hay preterición no intencional y entonces no cabe que el testador prevea consecuencias distintas a las del artículo 814 (48).

Sin embargo, VALLET entiende que la frase «en todo caso», del párrafo último del artículo 814, debe entenderse que también incluye la preterición no intencional y total. Pero ahí habrá que ahondarse en la intención real del testador. Es una puerta abierta —sin otra limitación que el respeto a las legítimas— que deja al testador ese último párrafo del nuevo artículo 814, y si bien el testador no puede imponer que habiéndola, no haya preterición, en cambio, sí puede regular los efectos de toda preterición, salvo en cuanto afecte a la legítima estricta de los preteridos, e incluso mitigar las consecuencias de la no intencional (49).

(48) MIQUEL, J. M.^a, *ob. cit.*, págs. 1288-1289 y 1290.

(49) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981, ob. cit.*, págs. 109-110.

Entre las posibles previsiones testamentarias apoyadas en el párrafo 814, entiende que son de destacar para la preterición no intencional las siguientes:

En la parcial, se puede prever que la institución no sea invalidada sino tan sólo en cuanto lesione la legítima estricta de los preteridos. Muchas veces el testador querrá establecer estas previsiones. Así, cuando sea su voluntad que a sus hijos les sustituyan vulgarmente tan sólo sus descendientes matrimoniales respectivos, tratará de evitar el riesgo de posibles pretericiones de los descendientes no matrimoniales de sus hijos no incluidos en la sustitución vulgar de éstos, bien sea que ya hubieren nacido o que nazcan después de otorgado el testamento.

Para solucionar estos casos, y en especial el de preterición errónea total, el testador tiene dos caminos:

Uno es el de instituir sólo en la legítima más estricta o bien legársela o reconocérsela a quienes legalmente les corresponda, insistiendo que se incluyen en el llamamiento todos los descendientes nacidos y nacederos, y disponer del resto del haber conforme su voluntad. Solución que tal vez tiene el defecto de «compartimentar» la herencia.

Otro camino es el de insertar determinadas cláusulas, como, por ejemplo:

«Reconozco la legítima estricta mínima que corresponda a cualquier persona que no sea descendiente matrimonial mío.»

«Es mi voluntad que en caso de haber incurrido en cualquier supuesto de preterición, errónea o intencional, total o parcial, el preterido o preteridos no tengan derecho sino a la legítima estricta más reducida que en Derecho corresponda.»

O bien, al exponer que otorga testamento:

Tal opinión coincide, en buena medida, con la sostenida por ALBALADEJO, cuando la norma no hacía alusión alguna a la voluntad del testador (50).

REY PORTOLÉS va aún más lejos cuando entiende que «el último párrafo del remozado artículo 814 convierte en dispositivo —para el testador— todo el instituto de la preterición con tal de que queden indemnes las legítimas», y que, «si bien se mira, este apéndice del precepto puede dar un juego inusitado si se acoge a él, valientemente, la jurisprudencia» (51).

A continuación, el citado autor nos dice: «Ya hemos visto las deficiencias de la nueva regulación, especialmente en la determinación de los efectos de la preterición no intencional. Si los resultados ciegos y automáticos a que conduce el artículo 814, 2, se pueden evitar demostrando que, a pesar de la probada inintencionalidad del olvido, la voluntad, incluso ahora, ¿por qué no?, implícita del testador hubiera sido la de originar unas consecuencias menos demoledoras, pues bienvenida sea la atenuación que nos lleva a una solución justa, lo mismo que si la interpretación nos inclina en otro sentido de efectos más contundentes» (52).

« .. y que quiero que valga íntegramente aun en caso de preterición, aunque fuere errónea y total, sin perjuicio de las legítimas más reducidas y estrictas que correspondan al preterido o preteridos.»

Esta última fórmula recuerda la que antes, como de estilo, se establecía en *Cataluña* (que ahora no hace falta a partir de la *Compilación*): «Ordeno este testamento, con el que revoco cualquier otro anterior, y que quiero que si como tal no vale o si con el tiempo no valiere, se sostenga como codicilo o en aquella forma que en Derecho mejor valiere». (Es decir, una fórmula que incluía las viejas cláusulas codicilares y *omni moliori modo*.)

Igual en *Panorama del Derecho de sucesiones*, *ob. cit.*, págs. 471-472.

(50) ALBALADEJO, M.: *Para una interpretación del artículo 814.1*, *ob. cit.*: Es el sentido de todo ese artículo, pero se pueden citar especialmente las páginas 1025 a 1028; así, en pág. 1025: «Yo creo que siendo inviolable la legítima, en lo que vaya contra ella no es soberana la voluntad del testador, pero en lo que no la viola debe respetarse tal voluntad, aunque haya habido preterición», y en las páginas 1025 y 1026: «Sin duda, el artículo 814 es norma cogente respecto a que no pueden prevalecer las disposiciones testamentarias en cuanto perjudiquen la legítima del preterido, pero aparte de eso, comoquiera que en materia de sucesiones hay que partir del principio de que la voluntad del testador es soberana y no tiene más tope que el de las legítimas, esa voluntad ha de respetarse, menos en lo que sea preciso para cubrir aquéllas, lo mismo si consta el deseo de que los legados se anulen antes que la institución de heredero, que si consta que deba anularse cierta parte de esta institución antes que otra, que si consta el de que dicha institución se anule sólo en lo que sea necesario para cubrir la legítima».

Si los instituidos fueran el cónyuge o descendientes del testador, caso contrario, se le concede al preterido acción para pedir la nulidad del testamento, sin caer en el absurdo de respetar los legados no inoficiosos, anulando totalmente la institución de heredero.

(51) REY PORTOLÉS, J., *ob. cit.*, pág. 359.

(52) REY PORTOLÉS, J., *ob. cit.*, págs. 359-360.

En esa línea de pensamiento nos movemos, aunque extraemos del párrafo último del artículo 814 sus últimas consecuencias.

V. LA DIFÍCIL CONCILIACION DEL PARRAFO ULTIMO DEL ARTICULO 814, CON EL NUMERO 2 DEL PARRAFO 2.º DEL PROPIO ARTICULO, Y SOLUCION QUE SE PROPONE

Entiendo que el párrafo último del artículo 814 nos remite a la voluntad real del testador. Su combinación con el párrafo 2.º, número 2, del propio artículo es realmente muy difícil, dado que jamás sabremos cuál hubiera sido su voluntad real de conocer la existencia del preterido, puesto que partimos de la base de que no la conocía.

Consecuentemente, el párrafo último del artículo 814 puede convertirse en un semillero de pleitos si, como dice REY, «se aduce sin escrúpulos, con el solo propósito de dilatar la reparación de omisiones, quizá de miembros no pertenecientes a lo que hasta la reforma entendíamos por familia o incluso dentro de miembros no bien avenidos de la misma. Una vez más, los márgenes de arbitrio judicial pueden convertirse en un aliciente para el litigio» (53).

Al objeto de evitar estos previsibles efectos de la norma, así como las injustas consecuencias a que, según entendemos, llevaría la aplicación del artículo 814, 2, 2.º, interpretado literalmente, proponemos la siguiente:

El párrafo último del artículo 814 no manda investigar la voluntad real del testador, sino que presume que lo ordenado por él responde a su voluntad.

Ese párrafo último dice: «A salvo las legítimas tendrá preferencia, en todo caso, lo ordenado por el testador». Luego *quedando a salvo las legítimas tendremos que respetar, en todo caso, lo ordenado por el testador en el testamento*, salvo que del propio testamento se deduzca que otra hubiera sido su voluntad de haber conocido la existencia del preterido.

Consecuentemente, si quien teniendo hijos o descendientes ha preterido a alguno de ellos, recordando a los demás, interpretaremos el testamento en los siguientes términos:

1) Si el testador ha previsto la eventual preterición no intencional de alguno de sus hijos o descendientes y regulado su sucesión para tal

(53) REY PORTOLÉS, J., *ob. cit.*, pág. 360.

hipótesis, a tal regulación atenderemos siempre que queden a salvo las legítimas.

Aunque creemos con MIQUEL que es difícil que alguien, sin tener presentes a los hipotéticos preteridos, prevea las consecuencias de una eventual preterición.

2) Si del tenor del testamento se deduce cuál hubiera sido su voluntad de haber conocido la existencia de otro hijo o descendiente, a ella atenderemos. Por ejemplo: si ha igualado cuantitativamente a sus hijos, aunque a uno le haya instituido heredero y a los demás los haya nombrado legatarios, la porción del preterido se obtendrá reduciendo por igual todas y cada una de las atribuciones patrimoniales a favor de los demás hijos, sin tener en cuenta su título de atribución.

3) En otro caso: damos preferencia a *lo ordenado por el testador, salvando la legítima del preterido*.

Para ello, el preterido percibiría su cuota reduciendo las porciones de bienes correspondientes a cada uno de los demás hijos o descendientes que hubieran de imputarse a la legítima, sin tener en cuenta el que tales bienes se hayan recibido por título de herencia, legado e incluso donación.

Es decir, el preterido cobrará su legítima mediante reducción de las atribuciones pro legítima efectuadas en favor de los no preteridos y, en su caso, mediante reducción de atribuciones inoficiosas.

La reducción de tales atribuciones se hará, en cuanto a su valor, en una proporción idéntica con respecto a cada uno de los legitimarios no preteridos, pues al colocar al preterido en el divisor, la cuota concreta a percibir en concepto de legítima (larga, corta o corta más lo que se dispuso en concepto de mejora, si en tal concepto no se agotó la porción total disponible) por cada legitimario disminuye en una porción exactamente igual.

Proponemos esta solución por lo siguiente:

a) La existencia de un legitimario no previsto por el testador provoca la disminución de la cuota legitimaria individual de los demás.

b) La anulación de la institución de heredero existiendo hijos o descendientes no preteridos sería lógica si todos los legitimarios hubieran de recibir su porción por vía de institución de heredero. Es injusta e ilógica cuando un legitimario ha sido instituido heredero y los demás han recibido su porción a título distinto.

c) Si la anulación de la institución de heredero provoca la apertura de la sucesión *abintestato* en regla, la presencia del preterido no intencionalmente provoca el llamamiento como herederos *abintestato* de aquellos hijos o descendientes a quienes el testador no deseó como herederos.

Por el contrario, la presencia del preterido provoca el apartamiento de la sucesión de quienes habiendo sido instituidos por el testador, y que, por tanto, deseó que lo fueran, no lo sean *abintestato*.

Contando con el párrafo último del artículo 814, entenderemos que es absurdo apartar de la sucesión a ese «extraño» instituido heredero por el testador. Quien teniendo hijos o descendientes conocidos, a quienes recordó en su testamento, hipótesis de la que partimos, instituye a quien no lo es, obviamente desea que el instituido llegue a ser heredero, a pesar de tener descendencia conocida. ¿Por qué no va a quererlo como heredero si aparece un descendiente desconocido?

d) Si hemos de mantener mandas y mejoras y el legitimario no tiene por qué ser heredero, ¿por qué hemos de anular la institución?

Es absurdo privar del título de heredero y de todo el contenido patrimonial inherente a la institución a quien el testador deseó como tal heredero, y concedérselo a quien no deseó el testador o a quien no tuvo presente, manteniendo íntegros los legados no inoficiosos.

En ningún lugar está dicho que con ello se respete más la voluntad del testador, a lo que, al parecer, aspira ahora el artículo 814, si hemos de atender a su párrafo último.

e) Lo ordenado por el testador, que tiene preferencia en todo caso, dejando a salvo las legítimas, es lo que manifestó en el testamento. Por tanto, en lo que no afecte a las legítimas respetaremos la voluntad del testador.

No podemos olvidar que estamos tratando del supuesto en el cual el testador conocía la existencia de alguno de sus hijos o descendientes, a quienes recordó en su testamento, diverso de aquel otro en el cual el testador desconocía la existencia de cualquiera de sus hijos o descendientes y las distintas consecuencias en orden a la revocación de donaciones de una y otra hipótesis (54).

f) Por último, aun siendo consciente de que esta solución puede ser considerada poco ortodoxa, creo que no puede calificarse de herética. Ciertamente, como advierte LACRUZ, que la solución aquí propugnada podía haber sido la adoptada por el legislador, pero no lo es (55); sin embargo, entiendo que aunque no lo sea, puede llegar a serlo. Evidentemente, no es la solución que adopta el párrafo 2, número 2.º, del artículo 814, pero dando preferencia al párrafo último del propio artículo es posible llegar

(54) Por todos: ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, t. II, Derecho de obligaciones, vol. 2.º, Madrid, 1982, pág. 145.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos del Derecho civil*, t. II, Derecho de obligaciones, vol. 3.º, Barcelona, 1979, pág. 65.

(55) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos...*, t. V., *ob. cit.*, página 524.

a tal solución o, cuando menos, sugerirla, y, ¿por qué no?, si nos lleva a conclusiones menos arbitrarias.

Entre los diversos párrafos de un mismo artículo no hay por qué dar preferencia a unos sobre otros, salvo que la propia Ley la señale. Aquí si atendemos al tenor literal del artículo 814, el párrafo último parece decretar esa preferencia a su favor. Para salvar las legítimas, respetando en todo caso lo ordenado por el testador, es una solución enviar al preterido a cobrar su legítima donde quiera que se encuentre; existiendo otros hijos o descendientes recordados por el testador en su testamento, la legítima del hijo o descendiente ignorado se encuentra en las atribuciones patrimoniales efectuadas a los demás e imputables a su legítima, que son las que devienen «excesivas» por la presencia de un legitimario más. Las liberalidades a favor de persona que no sea hijo o descendiente legitimario serán o no inoficiosas con total independencia de la aparición del hijo preterido, pues la eventual inoficiosidad de las liberalidades a favor de extraño no dependen del número de legitimarios.

CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA
Profesor titular interino de Derecho civil
Facultad de Derecho. Universidad de Valencia

Consideraciones generales sobre inversiones extranjeras

SUMARIO: I. PANORAMICA GENERAL.—II. REFLEXIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO COMUNITARIO EN EL AREA DEL DERECHO DE CIRCULACION DE CAPITALES: A) INTRODUCCIÓN. B) ESTUDIO GLOBALIZADOR —Y SINTÉTICO— DE LA EUROPRECEPTIVA AL RESPECTO. C) DERECHO COMUNITARIO SOBRE LA MATERIA. D) REFERENCIA A LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL COMUNITARIA SOBRE ESTA TEMÁTICA. E) ADECUACIÓN (O NO) DE NUESTRA NORMATIVA SOBRE EL CONTROL DE CAMBIOS E INVERSIONES EXTRANJERAS A LA PRECEPTIVA DE LA CEE.— III. CONSIDERACIONES SOBRE LA ADMINISTRATIVIDAD DE LA TEMÁTICA RELATIVA AL FENOMENO «INVERSION EXTRANJERA»: A) IDEAS GENERALES. B) CUESTIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA: a) *Actos discrecionales y reglados: a') Idea general. b') Acepciones de la locución «discrecionalidad administrativa». c') Breve apunte histórico sobre la materia. d') Supuestos de discrecionalidad: aa) Discrecionalidad táctica. ab) Discrecionalidad de dispensa. ac) Discrecionalidad insertada en evaluaciones técnicas. ad) Discrecionalidad de planificación. ae) Discrecionalidad de gestión.*—IV. REFERENCIA AL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO Y EL REGIMEN DE INVERSIONES EXTRANJERAS.—V. NOCIONES SOBRE EL CONTROL DE CAMBIOS Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS: A) IDEAS GENERALES. B) POSICIONES DOCTRINALES AL RESPECTO. C) POSICIÓN LEGAL: a) «*Gubernamentalización*» de la normativa sobre el control de cambios; a') *Principios generales. b') Facultades normativas de la Dirección General de Transacciones Exteriores. c') Facultades normativas del Banco de España. d') Situación normativa actual de la preceptividad anterior a la LIE y RIE de 1986 dimanante de la DGTE y del Banco de España. b) Polivalencia de la normativa de la LRSCC.* D) CONTROL DE CAMBIOS E INVERSIONES EXTRANJERAS.

I. PANORAMICA GENERAL

En las páginas siguientes —y como adecuado ensayo preambular de las observaciones que ulteriormente acaecerán cuando emprendamos el concreto análisis del articulado del vigente RIE— voy a plasmar unas escuetas y ciertamente vertiginosas consideraciones sobre determinadas ramas jurídicas que impactan de forma sobresaliente en la diana central del debate jurídico que se va a escenificar en esta obra —reflexiones que

son de ineludible vertencia para la consecución de un equilibrado posicionamiento metodológico de los núcleos primordiales de exposición sobre los que va a pivotar axialmente este libro—, y que van a orientarse hacia la búsqueda de ciertas ideas primaciales —dentro de su elementalidad— sobre el Derecho objetivo comunitario de la CEE en su concreta atinencia a las facultades que los nacionales de los países miembros de la misma (personas físicas y jurídicas) —en su exclusiva calidad de tal y por expresa disposición del mismo— acreditan de trasladar internacionalmente sus capitales. Asimismo, haremos también una escueta alusión al Derecho Internacional Público y al Derecho administrativo en cuanto constituyentes de parcelas ordinamentales de decisiva y creciente incidencia en el área de juridificación que con cierto detenimiento y espaciosidad vamos a explyar debidamente en los comentarios que surgirán al socaire de la glosa de los citados artículos del RIE actual, concluyendo este inicial capítulo introductorio con la exposición de determinadas ideas acerca de las estrechas relaciones que median entre la legislación del control de cambios y la tuteladora de las inversiones extranjeras.

Ello expuesto, voy a acometer, en primer lugar, la tarea de formular una somera teoría general acerca de la normativa eurocomunitaria reguladora del derecho de circulación de capitales en el seno de los países miembros de la CEE, y, al efecto, tengo que señalar, como preliminar y básico apunte teórico de indiscutible influencia sobre la misma, que representando la erección de la CEE uno de los más ambiciosos y serios intentos (en parte, conseguido) de vertebrar un coherente sistema preceptual propiciador de un institucionalizado y vasto marco de libertad en el contexto operacional de los Estados miembros, es de justicia reconocer que el mismo no presenta un ámbito de efectividad y aplicación uniforme, y al respecto es fácilmente constatable la evidente cortedad —casi vaciedad— con que se concibe el Derecho subjetivo comunitario que nos ocupa, cortedad atributiva que el decurso del tiempo no ha ayudado precisamente a paliar, como lo demuestra cabalmente la adopción de la reciente —y restrictiva— Directiva sobre la materia de 17 de noviembre de 1986, que será pertinentemente investigada por nuestra parte en las páginas que van a venir.

II. REFLEXIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO COMUNITARIO EN EL AREA DEL DERECHO DE CIRCULACION DE CAPITALES

A) INTRODUCCIÓN

Vamos a estudiar esta temática ocupándonos, en primer lugar, de efectuar un escorzado delineamiento interpretativo de lo que da de sí la normativa eurocomunitaria, normativa enfocada analíticamente desde directrices de máxima brevedad y de contrado esquematismo, ocupándonos postteriormente en poner de manifiesto el oportuno enlace (o discrepancia, en su caso) de nuestra preceptiva con la europea (conexión devenida ahora imprescindible dada la reciente incorporación de nuestro país a las Comunidades Europeas.

B) ESTUDIO GLOBALIZADOR —Y SINTÉTICO— DE LA EUROPRECEPTIVA BÁSICA AL RESPECTO

Se ocupan de esta materia los artículos contenidos en el capítulo 4 del TCCEE, que dando adecuada réplica al precepto fundamental consignado en el artículo 3 de dicho Tratado, apartado c) («A los fines enunciados en el artículo anterior, la acción de la Comunidad llevará consigo, en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado..., c) la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales...»), dicen literalmente:

Art. 67. 1. Los Estados miembros suprimirán progresivamente entre sí, durante un período transitorio y en la medida necesaria para el buen funcionamiento del Mercado Común, las restricciones a los movimientos de capitales pertenecientes a personas residentes en los Estados miembros, así como las discriminaciones de trato por razón de nacionalidad o residencia de las partes o del lugar de colocación de los capitales.

2. Los pagos corrientes relacionados con los movimientos de capitales entre los Estados miembros quedarán liberados de cualquier restricción, a más tardar, al final de la primera etapa.

Art. 68. 1. Los Estados miembros concederán con la mayor liberalidad posible, respecto de las materias a que se hace referencia en el presente capítulo, autorizaciones de cambio en la medida en que éstas sean aún necesarias después de la entrada en vigor del presente Tratado.

2. Cuando un Estado miembro aplique a los movimientos de capi-

tales liberalizados con arreglo a las disposiciones del presente capítulo su regulación interna relativa al mercado de capitales y al crédito, procederá en forma no discriminatoria.

3. Los empréstitos destinados a financiar directa o indirectamente a un Estado miembro o a sus entes públicos territoriales sólo podrán ser emitidos o colocados en los demás Estados miembros cuando los Estados interesados hayan llegado a un acuerdo al respecto. Esta disposición no será obstáculo para la aplicación del artículo 22 del Protocolo sobre los Estatutos del Banco Europeo de Inversiones.

Art. 69. El Consejo, a propuesta de la Comisión, que consultará, a este fin, al Comité Monetario previsto en el artículo 105, adoptará, por unanimidad durante las dos primeras etapas y por mayoría cualificada después, las directivas necesarias para la progresiva aplicación de las disposiciones del artículo 67.

Art. 70. 1. La Comisión propondrá al Consejo medidas encaminadas a la coordinación progresiva de las políticas de los Estados miembros en materia de cambio, respecto a los movimientos de capitales entre dichos Estados y terceros países. Con tal fin, el Consejo adoptará, por unanimidad, directivas, procurando alcanzar el más alto grado de liberalización posible.

2. En el caso de que la acción emprendida en aplicación del apartado anterior no permita la eliminación de las divergencias entre las regulaciones de cambio de los Estados miembros, y cuando tales divergencias puedan inducir a las personas residentes en uno de los Estados miembros a utilizar las facilidades y transferencias dentro de la Comunidad, tal como están previstas en el artículo 67, con objeto de eludir la regulación de uno de los Estados miembros respecto de terceros países, dicho Estado podrá, previa consulta a los demás Estados miembros y a la Comisión, adoptar las medidas apropiadas para eliminar dichas dificultades.

Si el Consejo comprobare que tales medidas restringen la libertad de los movimientos de capitales dentro de la Comunidad más de lo necesario para alcanzar los fines del párrafo anterior, podrá decidir por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, que el Estado interesado modifique o suprima tales medidas.

Art. 71. Los Estados miembros procurarán no introducir dentro de la Comunidad ninguna nueva restricción de cambio que incida en los movimientos de capitales y en los pagos corrientes relacionados con tales movimientos ni hacer más restrictivas las regulaciones existentes.

Los Estados miembros se declaran dispuestos a sobrepasar el grado de liberalización de capitales previsto en los precedentes artículos, en la

medida en que su situación económica, especialmente la situación de su balanza de pagos, se lo permita.

La Comisión, previa consulta al Comité Monetario, podrá dirigir, a este fin, recomendaciones a los Estados miembros.

Art. 72. Los Estados miembros mantendrán informada a la Comisión sobre los movimientos de capitales a terceros países y desde éstos (*sic*) de que tengan conocimiento. La Comisión podrá dirigir a los Estados miembros los dictámenes que considere oportunos al respecto.

Art. 73. 1. En caso de que los movimientos de capitales provoquen perturbaciones en el funcionamiento del mercado de capitales de un Estado miembro, la Comisión, previa consulta al Comité Monetario, autorizará a dicho Estado para que adopte, en el ámbito de los movimientos de capitales, medidas de protección, en las condiciones y modalidades que ella determine.

El Consejo, por mayoría cualificada, podrá revocar dicha autorización y modificar tales condiciones y modalidades.

2. No obstante, el Estado miembro que se halla en dificultades podrá adoptar directamente las medidas anteriormente mencionadas, cuando resulten necesarias por razones de secreto o urgencia. La Comisión y los Estados miembros deberán ser informados de tales medidas, a más tardar, en el momento de su entrada en vigor. En este caso, la Comisión, previa consulta al Comité Monetario, podrá decidir que el Estado interesado modifique o suprima tales medidas.

Tras la transcripción de este abarrotado bloque de preceptividad eurocomunitaria del máximo nivel jerárquico podemos apuntar —desde vertientes valorativas de conjunto— que lo más destacable de su sentido preceptual es la indiscutible carencia de énfasis y apodicticismo que resulta del mismo, cosa particularmente inquietante siendo así que tal paquete de ordinamentalidad constituye el soporte básico legitimador de cualquier desarrollo normativo ulteriormente encajable en las coordenadas operativas del Derecho comunitario derivado (desarrollo que será debidamente contemplado después). Es como si los redactores del TCCEE, conscientes de lo resbaladizo del terreno fáctico a explorar preceptualmente, acrecentaran sus ya considerables reticencias y cautelas, multiplicando las prevenciones y las disposiciones excepcionales, siendo concluyente prueba de ello las bien dimensionadas dosis de buenas —y volátiles— intenciones que emanan de las «reglas de acción» (según la terminología de la ciencia jurídica italiana) que contienen los artículos supratranscritos (art. 67, que únicamente estatuye la eliminación definitiva de las trabas a la libre circulación de capitales en el marco de la CEE procedentes de los ordenamientos proteccionistas internos «progresivamente» y «en medida necesaria para el buen funcionamiento del Mercado

Común»), detectándose también fácilmente lo enjuto del sistema establecido al efecto de los propósitos normativos derivados del antes literalizado artículo 68, 1, a cuyo tenor las autorizaciones de cambio serán otorgadas «lo más liberalmente posible», evidenciándose asimismo, en esta línea de timidez, imprecisión y falta de contundencia normativa que estamos resaltando, la duda permanente que impregna los propósitos de los redactores del TCCEE (y la consecuencial falta de *autoritas* compulsiva de su reglatividad) en el artículo 71 —también transcrito— de dicho Tratado, establecedor de una disposición que consiente el mantenimiento postrero por parte de los Estados constituyentes de la CEE de sus respectivos *status quo* al respecto, regla configuradora de la admisible utilización de un sistema de *standstill* nacional que difiere de aquellos vertebrados de forma similar en otras áreas eurocomunitarias por lo vagoroso y amplio de su concepción, resultando indiscutible la certeza de tales calificativos de la fórmula pacata —casi pudorosa— utilizada por el artículo últimamente aducido, que resulta singularmente denotativa de una paradójica y palmaria confesión de impotencia eurocomunitaria al conferir a los Estados miembros las correspondientes facultades de endurecimiento de sus respectivas posiciones domésticas al respecto, evidenciándose asimismo lo sumamente quebradizo de la regulación que estamos analizando del contenido del artículo 73 del TCCEE, posibilitador de la adopción por parte de las soberanías de los Estados asociados de las pertinentes medidas de salvaguardia autorizadas (o no en determinados supuestos de excepción) por la Comisión.

Con lo dicho —con ser ello importante— no queda definitivamente perfilado el tupido abanico de limitaciones en cascada de factible vigencia en este ámbito (y cuya razón de ser radica en la tenaz e inconmensurable renuencia de los Estados miembros a embarcarse en lo que ellos consideran —con o sin razón— hipotéticas aventuras revisionistas de alto bordo de sus respectivas políticas de control financiero interno), siendo destacable, al efecto, el arracimado conjunto criterial de comediamento y restricción —de teleología salvaguardadora— contenido en el capítulo II sobre la balanza de pagos, sito dentro del título II («de la política económica»), inserto, a su vez, en la tercera parte del TCCEE, que atiende al muy genérico tema de «La política de la Comunidad», criterios extremadamente ponderados y que resultan de sus artículos 108 («1. En el caso de dificultades o de amenaza grave de dificultades en la balanza de pagos de un Estado miembro, originadas por un desequilibrio global de su balanza de pagos o por el tipo de divisas de que disponga, que puedan, en particular, comprometer el funcionamiento del Mercado Común o la progresiva realización de la política comercial común, la Comisión procederá sin demora a examinar la situación de dicho Estado,

así como la acción que éste haya emprendido o pueda emprender, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 104, recurriendo a todos los medios que estén a su alcance. La Comisión indicará las medidas cuya adopción recomienda al Estado interesado.

Si la acción emprendida por un Estado miembro y las medidas sugeridas por la Comisión resultaren insuficientes para superar las dificultades surgidas o la amenaza de dificultades, la Comisión recomendará al Consejo, previa consulta al Comité Monetario, la concesión de una asistencia mutua y los métodos pertinentes.

La Comisión deberá informar regularmente al Consejo sobre la situación y su evolución.

2. El Consejo, por mayoría cualificada, concederá dicha asistencia mutua y adoptará directivas o tomará decisiones para determinar las condiciones y modalidades de la misma. La asistencia mutua podrá revestir, en particular, la forma de:

a) Una acción concertada ante otras organizaciones internacionales, a las que pueden recurrir los Estados miembros.

b) Medidas necesarias para evitar desviaciones del tráfico comercial, cuando el Estado en dificultades mantenga o restablezca restricciones cuantitativas respecto de terceros países.

c) Concesión de créditos limitados, por parte de otros Estados miembros, supeditada al consentimiento de éstos.

Además, durante el período transitorio, la asistencia mutua podrá igualmente revestir la forma de reducciones especiales de los derechos de aduana o de ampliaciones de los contingentes destinadas a favorecer el incremento de las importaciones procedentes del Estado que se encuentre en dificultades, supeditadas al consentimiento de los Estados que adoptaren tales medidas.

5. Si el Consejo no aprobare la asistencia mutua recomendada por la Comisión o cuando la asistencia mutua otorgada y las medidas adoptadas fueren insuficientes, la Comisión autorizará al Estado en dificultades para que adopte medidas de salvaguardia en las condiciones y modalidades que ella determine.

El Consejo, por mayoría cualificada, podrá revocar dicha autorización y modificar sus condiciones y modalidades», y 109 («1. En caso de crisis súbita en la balanza de pagos y de no tomarse inmediatamente una decisión de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 108, el Estado miembro interesado podrá adoptar, con carácter cautelar, las medidas de salvaguardia necesarias. Dichas medidas deberán producir la menor perturbación posible en el funcionamiento del Mercado Común

y no podrán tener mayor alcance del estrictamente indispensable para superar las dificultades que hayan surgido súbitamente.

2. La Comisión y los demás Estados miembros deberán ser informados de dichas medidas de salvaguardia, a más tardar, en el momento de su entrada en vigor. La Comisión podrá recomendar al Consejo la concesión de una asistencia mutua, con arreglo a lo previsto en el artículo 108.

3. Previo dictamen de la Comisión y previa consulta al Comité Monetario, el Consejo, por mayoría cualificada, podrá decidir que el Estado interesado modifique, suspenda o suprima las medidas de salvaguardia antes mencionadas», en cuanto establecedoras de medidas especiales de defensa para los sistemas fiduciarios internos, hipotéticamente puestos en peligro por el ejercicio del Derecho subjetivo comunitario a la libre circulación de capitales.

Concluye este escueto diorama prospectivo general poniendo de relieve la absoluta falta de imaginación aportada a este ámbito prescriptivo por el TCCEE, ya que la concreta enumeración de las transacciones invisibles contenida en el anejo III de dicho Instrumento constitucional presenta una marcada propinquidad de concepción con la resultante del ya añejo Código de Liberalización de las Operaciones Invisibles Corrientes —texto que adoptado en el seno de la OCDE ha influido decisivamente en la conformación ulterior del aludido TCCEE—, Código que mereció una muy favorable crítica por parte de la doctrina por su indudable carácter progresista, y respecto del cual ANTONIO ORTIZ-ARCE, en su aportación científica al libro de varios autores *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986, referente a «La libertad de circulación de capitales en la Comunidad Económica Europea», apunta, en la página 294 de dicha obra general, que: «El Código se inscribía dentro de los propósitos de constituir una especie de zona de libre cambio, donde la prestación de servicios estuviera sometida a una perfecta libertad de competencias, abarcando la liberalización no sólo la transacción, sino también la correlativa transferencia financiera».

C) DERECHO DERIVADO COMUNITARIO SOBRE LA MATERIA

Tomando como base legitimadora de rango constitucional los artículos supracitados (y en especial el 69, antes dicho), el legislador comunitario ordinario ha adoptado hasta el día de hoy cinco Directivas (aparte de otras de específica atinencia a los valores mobiliarios, cuyo estudio no nos compete directamente): que son: la de 11 de mayo de 1960, la de 18 de diciembre de 1962 (modificativa de la anterior), la de 21 de

marzo de 1972, la de 20 de diciembre de 1985 (también modificativa de la primera de las relacionadas) y la más reciente de 17 de noviembre de 1986.

Además del relacionado conjunto de normas curocomunitarias de derecho derivado, relativas al derecho de circulación transnacional de capitales, existe otro orbitante en torno al mismo (cuyo estudio en profundidad no nos interesa) que viene a aportar la imprescindible cobertura detallista al ejercicio de tal derecho, y del cual sobresalen determinadas Decisiones del Consejo (dos de mayo de 1964) relativas, respectivamente, a la colaboración entre los Estados miembros de la CEE en materia de relaciones monetarias internacionales y a la colaboración entre los Bancos centrales de dichos Estados a tales efectos; tres de 22 de marzo de 1971, referentes a la sucesiva realización por etapas de la unión económica y monetaria de la Comunidad, al fortalecimiento de la colaboración entre los respectivos Bancos centrales de los aludidos Estados y al oportuno establecimiento de un mecanismo de asistencia financiera a medio plazo (tema de aguda recurrencia ordinamental, ya que volvieron a ocuparse del mismo las Decisiones de 18 de diciembre de 1975, 19 de diciembre de 1977, 21 de diciembre de 1978, 15 de diciembre de 1980 y 17 de diciembre de 1982); dos de 18 de febrero de 1974, alusivas a la consecución de un alto grado de convergencia en cuanto a las políticas económicas de los Estados miembros de la CEE (reiterada por otra de 6 de febrero de 1979) y a la creación de un Comité de política económica; dos de 1984, por las que se autorizó a las Repúblicas Francesa e Italiana a continuar la aplicación de determinadas medidas de salvaguardia, de conformidad con el apartado 3 del artículo 108 del TCCEE; otra de 20 de diciembre de 1985, por la que se adoptó el informe anual sobre la situación económica de la Comunidad y se establecieron las orientaciones de política económica para 1986; sendas Resoluciones del mismo (dos de 22 de marzo de 1971, afectantes, respectivamente, a la realización por etapas de la unión económica y monetaria de la Comunidad) y diversos Reglamentos (el de 3 de abril de 1973, por el que se creó un Fondo Europeo de Cooperación Monetaria; dos de 18 de diciembre de 1978, referentes al sistema monetario europeo y creación del ECU; el de 16 de marzo de 1981, por el que se adoptó el mecanismo de los empréstitos comunitarios destinados al sostenimiento de las balanzas de pagos de los Estados miembros; el de 15 de septiembre de 1984, modificador de la anterior paridad del ECU; el de 30 de abril de 1985, por el que se conformó el mecanismo de préstamos comunitarios destinados a apoyar las balanzas de pagos de los Estados miembros, y el de 28 de octubre del mismo año, encaminado a regular la utilización de ECUS por «terceros tenedores»).

A la luz de los reflejos normativos aportados por este variopinto conglomerado de normas supracitadas, podemos encontrar —partiendo de los principios elementales que traslucen los artículos del TCCEE supratranscritos— un hilo conductor densamente filamentado —de porte tecnológico—, que unce debidamente todas las Directivas aludidas a la anteriormente transcrita reglativez fundamental, presentándose la urdimbre de tal cordón umbilical bajo la textura y el apresto de un sistema muy disfuncional, consistente en la elaboración de un listado heterogéneo de actos hipotéticamente encajables en los esquemas operativos del derecho a la libre circulación de capitales que estamos estudiando, estableciéndose, a tales efectos, por la primera de ellas (en realidad, la más importante) cuatro conjuntos grupales de operaciones objeto de la consiguiente liberalización comunitaria (listas A, B, C y D), incluyendo en la lista A —de liberalización condicional para cada uno de los distintos supuestos englobados en la misma, pero con posible atenuamiento a un trámite previo controlador procedente de las distintas soberanías de los Estados miembros de la CE—, las denominadas inversiones directas, entendiéndose como tales aquellas que «sirven para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el suministrador de fondos y el jefe de empresa o la empresa a la que tales fondos son destinados con vistas al ejercicio de una actividad económica». De todos modos, es de reseñar que tal lista, bien que centrada nuclearmente sobre las mencionadas inversiones directas, no circunscribió su impulso normativo sólo a éstas, sino que también irradió su consecuente influencia a un abigarrado y policromo bloque de actos y negocios jurídicos indeblemente teñidos de transnacionalidad y transfronterización intracomunitaria (liquidación de inversiones directas, inversiones y desinversiones inmobiliarias, transferencias de emigrantes, donaciones, sucesiones, concesión y amortización de créditos a corto y medio plazo relacionados con transacciones comerciales con participación de un residente), entre los cuales, aparte de su carácter externalizado antes aducido, no es factible hallar ningún común denominador que pueda desempeñar funciones aglutinantes, como no sea el más o menos riguroso o anecdótico de aparecer efectiva o condicionalmente conectados con el oportuno ejercicio del derecho de establecimiento o libre prestación de servicios comunitarios. En la lista B, de liberalización también pura, simple, global y automática (y ésta sin necesidad de someterse al trámite previo controlador, antes aludido, sin perjuicio de las comprobaciones que sobre la idoneidad y legalidad de la inversión ya ejecutada pueda realizar ulteriormente la Administración concernida), se incluyeron determinadas operaciones sobre títulos valores negociados en Bolsa (mercado de valores sumamente transparente en cuanto a las condiciones de la pertinente negociabilidad sobre los mismos), extendiéndose

dose, en suma, la parábola aplicativa de tal lista a los casos de adquisición por residentes de títulos extranjeros y por no residentes de títulos negociados en Bolsas nacionales, a las liquidaciones de tales previas adquisiciones, así como al desplazamiento transfronterizo de los títulos representativos de los correspondientes créditos escriturarios.

De conformidad con lo antes arguido, la liberalización conseguida con la inserción de la lista B era, efectivamente, superior a la propugnada por la lista A, ya que la ejecutividad de la primera presentaba los caracteres de inmediata y debida sólo al impulso del destinatario de su preceptividad. Empero, el control de su efectiva cadencia aplicativa podía modularse en atención a lo estipulado por el artículo 2, 2 y 3, de la Directiva que nos ocupa, según el cual:

«2. Si las transferencias de dichos capitales se efectuaren en un mercado de cambio en el que las fluctuaciones de las cotizaciones no estén oficialmente limitadas, los Estados miembros procurarán que dichas transferencias se efectúen a cotizaciones que no presenten diferencias notables y duraderas con las practicadas para los pagos relativos a las transacciones corrientes.

La Comisión, previa consulta al Comité Monetario, podrá dirigir recomendaciones al respecto a los Estados miembros.

3. Si dichas transferencias se efectuaren bien en el mismo mercado de cambios que los pagos relativos a las transacciones corrientes, o bien en un mercado en el que las fluctuaciones de las cotizaciones se mantengan dentro de los límites aplicables al mercado anteriormente citado, la aplicación del apartado 1 del presente artículo se podrá limitar con carácter transitorio, en lo que se refiere a la adquisición de títulos extranjeros por parte de los residentes, a las entidades financieras y a las empresas que adquieran títulos de sociedades extranjeras que tengan un fin social análogo.

La Comisión, previa consulta al Comité Monetario, podrá hacer recomendaciones al respecto a los Estados miembros.»

En la lista C, de liberación más bien aparente, metafórica e ideal por su absoluto condicionamiento, se comprendían las operaciones de emisión de títulos de empresa nacional sobre mercado extranjero, de títulos valores no negociables en Bolsa, de partes de fondos comunes de inversión, de operaciones de concesión y reembolso de créditos ligados a transacciones comerciales a largo y medio plazo, eventualidades inversoras todas ellas en las que la hipotética decisionabilidad pautadora estatal era expresamente reconocida por la Directiva en cuestión, al sentar, al efecto, en su artículo 3, 2, que:

«2. Si la libertad de dichos movimientos de capitales pudiere obstaculizar la consecución de los objetivos de la política económica de un Estado miembro, éste podrá mantener o restablecer las restricciones cambiarias a los citados movimientos de capitales que existieran en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. Consultará a la Comisión al respecto.

La Comisión estudiará las medidas de coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros que permitan superar las dificultades y, previa consulta al Comité Monetario, recomendará a los Estados miembros la adopción de las mismas.»

Por último, en la lista D se incluyeron, sin ser mínimamente objeto de ningún apremio liberalizador inmediato, determinados movimientos de capitales a corto plazo de tipo *hot money*, según la jerga anglosajona *ad hoc*, así como «las transferencias a cuentas corrientes, las concesiones de préstamos a corto plazo no relacionados con transacciones comerciales y los préstamos con garantía netamente personal.»

Continuando por este surco de porte historicista sobre la materia, tengo que poner de relieve la existencia de dos acontecimientos relacionados de forma muy directa con este debate: 1.º Que en el año 1964 germinó la propuesta de una Directiva (que sería la tercera) sobre el particular, proveyente de la supresión de restricciones sobre emisión de títulos en Bolsas nacionales y la adquisición de títulos extranjeros, propuesta que ante las susceptibilidades que motivó su hipotética adopción en los países miembros de la CEE fue, a la postre, prudentemente retirada por la Comisión en 1976. 2.º Que con la finalidad de debelar (o erosionar) en la medida de lo posible los inicialmente inexpugnables parapetos defensivos tras los cuales se atrincheraban las ceñidas soberanías nacionales en la cerrada defensa de todos sus dominios competenciales relacionados con esta problemática, la Comisión encargó a un grupo de reputados expertos la elaboración de un informe encaminado a evidenciar las dificultades más importantes que podían obstaculizar la fluidez y operatividad del derecho subjetivo a la libre circulación de capitales sobre el que estamos reflexionando y los objetivos inmediatos a alcanzar en este contexto de comunitariedad, objetivos que, en medida alguna, debían alejarse de la consecución de un espacio financiero integrado.

El informe en cuestión —*Rapport Segré*— puso de manifiesto —entre otras cuestiones debidamente impeditivas de la libre circulación de capitales a efectivizar en el marco normativo eurocomunitario— considerables discrepancias instrumentales entre las normativas internas de los Estados miembros, y ello es así tanto por lo que afecta a la estricta taxatividad de los cauces de adjetivación funcionales del control de cambios domésticos, como la que apunta a los acrisoladamente crematísticos (financie-

ros y fiscales) —fruto de una reglatividad interna transida de directrices plagadas de intemperancia—, ocupándose también dicho informe de facilitar ciertas propuestas al respecto, propuestas que se corporeizaron congruentemente en un luminoso memorándum relativo a «la necesidad y las modalidades de una acción en el ámbito de los capitales», que la Comisión sometió al Consejo el mes de marzo de 1969 (*Bulletin des CE*, número 5, mayo de 1969).

Siguiendo con el análisis de este orden de cosas tengo que puntualizar al respecto que agotada la relativizada euforia inicial —casi novicia— de los redactores del TCCEE, los criterios normativos ulteriores en el ámbito de las Comunidades aparecen resuelta y claramente decantados hacia la restricción, favorecida, en cualquier caso, por la existencia de incontrolados movimientos especulativos en el seno de determinados países miembros de las mismas, siendo palmario exponente de ello la 3.^a Directiva, adoptada el 21 de marzo de 1972, en base a los artículos 70 y 103 del TCCEE, «para la regulación de los flujos financieros». Tal Directiva, de una parte, autorizó a la República Federal Alemana a activar los controles permitidos *in genere* (y a nivel normativo básico) por el artículo 109 del TCCEE, ya transcrito, y de otra, permitió que el antes dicho país, así como Bélgica y Luxemburgo —obligados inicialmente a una liberación incondicional en esta área—, pudieran derogar temporalmente la apertura de los préstamos y créditos no conectados a transacciones comerciales o a prestaciones de servicios entre residentes o no residentes, autorizando a tales países a una hipotética adopción por su parte de medidas cautelares (restrictivas y de otros tipos) que extravasaban con creces la estricta reglamentación de los movimientos financieros transnacionales (control bancario y de coeficientes de reserva obligatoria para los haberes de no residentes).

En este mismo posicionamiento ordinamental, de incontestable vuelta atrás respecto a los posiblemente ingenuos y bienintencionados planteamientos fundacionales, las correspondientes Actas de Adhesión de los países nuevamente accedidos a la condición de miembros de pleno derecho de la CEE, establecieron, sin excepción, amplias medidas transitorias de cariz coercitivo, medidas que difiriendo en su concreta funcionalidad y orientación objetiva y cronológica, acreditaban como común centro de gravedad sustentativo el representar importantes y escocientes derogaciones temporales en cuanto al conseguimiento inmediato y efectividad absoluta de la libertad de circulación de capitales patrocinada a nivel de derecho originario y derivado comunitario por la preceptividad dicha (medidas, no obstante, de pulquérrima legitimidad dado su innegable enraizamiento en la normativa aportada por los artículos 108 y 109

del TCCEE, medidas que, por lo demás, han sido reiteradamente prorrogadas por sendas Decisiones de la Comisión).

Culminando esta brevísima reseña de la preceptiva derivada eurocomunitaria, tengo que efectuar una compendiosa referencia a la importante —y reciente— Directiva de 17 de noviembre de 1986, que mantiene una absoluta disonancia normativa con el abarrotado catálogo de buenas intenciones delineado conjuntamente por el «Programa para una liberalización de los movimientos de capital en la Comunidad» (*Documentos EUROPE*, núm. 1.407, 13 de junio de 1986, comunicación programática pertinentemente dirigida por la Comisión al Consejo de Ministros) y por la oportuna —y concomitante— declaración del propio Presidente de la aludida Comisión (declaración más comúnmente conocida como «Plan Delors») para «la liberalización de los movimientos de capitales en la CEE y la creación del mercado financiero unificado» (instrumentos de reflexión, análisis y trabajo de marcado carácter progresista, expresivos de criterios plenamente asumidos por la Comisión frente a la tradicional reluctancia disquisitiva y operacional del Consejo de Ministros). Tal disposición eurocomunitaria supuso, como acertadamente señala ANTONIO FERNÁNDEZ TOMÁS, en su trabajo titulado «La nueva Directiva comunitaria en materia de capitales: de la libre circulación con carácter general al reforzamiento del control estatal», publicado en el suplemento número 23 (Comunidades Europeas) de la revista *La Ley*, de 30 de abril de 1987, «un auténtico frenazo en seco» del impulso normativo comunitario en la franja de facticidad que estamos contemplando.

Tal Directiva —plena y genuinamente inscribible sin fisuras en el entorno del desarrollo preceptual del artículo 67 del TCCEE (anteriormente transcrito)— trocó el sentido ordinamental de la primera, de 11 de mayo de 1960 (sustituyendo al efecto el liberal criterio modificativo aportado a la misma por la antes mencionada de 18 de diciembre de 1962), ateniéndose en el trazado y seguimiento de sus grandes directrices básicas al oportuno mantenimiento —más bien reactualización— de la cláusula *standstill*, cláusula que devenida ya altamente perturbadora en el desenvolvimiento primigenio del derecho a la libre circulación de capitales (considerado en su fase germinal, es decir, en atención a los pedimentos básicos contenidos en el TCCEE), resulta en la actualidad decididamente anticuada —incluso vetusta—, suponiendo su sorpresiva palingenesia presente un insólito, insostenible e impresentable remozamiento de las más mostrencas y agrestes corrientes nacionalistas, derivando el aludido —e inesperado— renacimiento de la nueva redacción dada por el artículo 1 de la Directiva que estamos sucintamente escrutando al apartado 2 del artículo 5 de la de fecha 11 de mayo de 1960, precepto

que tras la reforma ha quedado así: «2. Los Estados miembros se comprometen a no hacer más difíciles los procedimientos de autorización requeridos en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. Simplificarán en lo posible las formalidades de autorización y de control aplicables a la celebración o a la ejecución de las transacciones y transferencias y, en su caso, se concertarán para lograr dicha simplificación».

El texto transcrito, fruto, como hemos dicho, de la muy reciente Directiva de 17 de noviembre de 1986, ha hecho decir al autor últimamente mencionado, en su indicado trabajo publicado —como hemos apuntado— en la revista *La Ley*, que: «La reactualización, a finales de 1986, del expediente legislativo de las cláusulas *standstill* produce la impresión de que hay algo anacrónico en el contenido de la norma comentada, pues, de algún modo, supone un regreso a la técnica jurídica existente en el artículo 71 del Tratado CEE. Si entonces se trataba de limar asperezas, de no presionar a los Estados miembros con obligaciones concretas de contenido preciso que pudieran resultarles de algún modo, o en alguna ocasión, inadmisibles, en la actualidad parece difícil pensar en la realidad de un mercado financiero unificado si las Directivas formulan obligaciones de cumplimiento de escasa taxatividad».

No obstante la trascendencia de lo argüido, demostrativo, sin duda, de un evidente y desazonante fracaso eurocomunitario en esta concreta zona de facticidad objeto de su pertinente irradiación normativa, creo que es bastante más importante el hecho de que arrojando solapadamente sus propósitos de restricción en esta área en manifestaciones anodinas y elípticas teñidas de tecnificación redaccional presuntamente perfeccionista (el preámbulo de la aludida Directiva habla de simple «reclasificación» de las operaciones que figuran en la lista B del anexo 1 de la de 11 de mayo de 1960), lo cierto es que el evidente sentido de «marcha atrás» que se desprende de la muestra preceptual que motiva estos comentarios alcanza de lleno, y directamente, al centro de flotación de la europeceptiva sobre la materia en virtud del sorprendentemente lacónico apartado 1 de su artículo 1 [«1. El artículo 2 queda derogado» (se refiere al artículo 2 de la Directiva plurimencionada de 11 de mayo de 1960)].

A pesar del depurado laconismo aducido es incontestable la enorme importancia del precepto transcrito, ya que la cláusula derogatoria expresa que contiene afecta precisamente a uno de los pedimentos de más hondo calado liberalizador de la última Directiva dicha, artículo que decía que: «Los Estados miembros acuerdan conceder autorizaciones generales para la conclusión o la ejecución de las transacciones y para las transferencias entre residentes de los Estados miembros relativos a los movimientos de capital enumerados en la lista B». En virtud de este

precepto, las operaciones transnacionales incluidas en tal lista B resultaban absoluta y efectivamente liberalizadas al ser objeto de una autorización incondicionada, general y automática hurtada a cualquier tipo de control preventivo presumiblemente ejercido con énfasis y delectación por las autoridades de los Estados miembros de la CEE.

Pues bien, a partir de la promulgación de la Directiva de 17 de noviembre de 1986, y en base a la expresión derogatoria aludida y de la oportuna y cosmética reclasificación de listas, que de cuatro pasan a tres, desaparece la autonomía de la anterior lista B (refundida en la A actual), que, como hemos apuntado, era en realidad la única verdaderamente liberalizada, resultando tal inclusión del contexto general de la aludida Directiva (y de la manifestación taxativa que sobre el particular efectúa el preámbulo de la misma ya referenciado).

A tales efectos, e incidiendo en el análisis de la concreta —y sinuosa— metodología utilizada por la indicada Directiva, el autor últimamente mencionado se demanda justamente en su indicado trabajo que: «¿En qué consiste, pues, la reclasificación?», y se responde diciendo que: «En derogar la vigencia de un núcleo elemental de movimientos de capital que podían realizarse, entre residentes de los Estados miembros, de modo automático, sin necesidad de ninguna autorización estatal de carácter previo; posiblemente por estimarse que la Bolsa era un mercado lo suficientemente transparente y dotado de publicidad como para hacer muy difícil en él la comisión de infracciones y fraudes. La derogación de la autorización general hasta ahora existente acaba, por tanto, con la que debería haber sido —desde hace veintiséis años— un primer paso hacia la creación de un espacio financiero unificado en el que las transacciones y transferencias pudieran efectuarse a lo largo y ancho de las fronteras internacionales comunitarias sin necesidad de ningún control administrativo de carácter previo».

Así, pues, y dejando al margen cuestiones de semántica legal («reclasificación» pura o algo más), lo que resulta inobjetable es que la Directiva últimamente mencionada supone un indiscutible —y escociente— retroceso en cuanto a la consecución de las últimas metas eurocomunitarias en su hipotético parangón con la de 11 de mayo de 1960, siendo asimismo absolutamente chocante el rasposo contraste que media entre la beatífica fraseología preambular y los endurecidos resultados concretos conseguidos por el articulado de la Directiva que estamos comentando.

En resumen, y tal como sintetiza admirablemente el supradicho autor en su aludido trabajo, las eventualidades inversoras sitas en la antigua lista B, pasan a ser sometidas al régimen previsto por la actual lista A, y precisa el citado autor, «ello quiere decir que van a seguir siendo ope-

raciones incondicionalmente liberalizadas, pero ahora van a dejar de serlo de un modo general, por lo cual los inversores pueden perfectamente estar obligados por la legislación nacional a solicitar la oportuna autorización administrativa caso por caso. Autorización que en ningún caso podrá estar sujeta a la discrecionalidad de la Administración, que sólo podrá efectuar un control de tipo verificación o control/conformidad, y que, por tanto, estará obligada a otorgar la oportuna autorización administrativa, incluso por la vía del silencio, si el proyecto de inversión cumple las condiciones exigidas por la legislación nacional, que tendrá que ser, a su vez, conforme con el Derecho comunitario. Ahora bien, no deja de ser curioso, por no decir contradictorio, afirmar que una transacción está incondicionalmente liberalizada para acto seguido someterla a un sistema de autorización casuística, aunque no sea discrecional. Lo cierto es que, tras la nueva Directiva, la credibilidad del espacio financiero comunitario queda de algún modo en entredicho, y eso parece grave».

Ello expuesto, y teniendo en cuenta que no nos interesa peculiarmente un seguimiento analítico exhaustivo de la reglatividad eurocomunitaria, vamos a soslayar el silueteado de lo que podría ser un debate en profundidad de la Directiva de 17 de noviembre de 1986 (que, por otra parte, y dejando al margen lo ya dicho, no ofrece sino un deslizamiento repertorial de casos a considerar en virtud de la refundición de las listas ya aludidas), limitándonos a exponer el punto relativo a la presunta aplicabilidad de tal Directiva a España, tema que ya motivó la consecuente preocupación del redactor de su preámbulo, que al efecto señaló que: «Considerando que el Reino de España y la República Portuguesa pueden aplazar, en virtud de los artículos 61 a 66 y 222 a 232, respectivamente, del Acta de Adhesión de 1985, la liberalización de ciertos movimientos de capital, no obstante lo dispuesto por las obligaciones de la Directiva de 11 de mayo de 1960, es conveniente que estos dos Estados miembros puedan aplazar, por períodos análogos a aquellos fijados en el Acta de Adhesión y por las mismas razones de orden económico, la aplicación de las nuevas obligaciones de liberalización derivadas de la presente Directiva».

Traduciendo normativamente tal intencionalidad preambular, el artículo 2 de la Directiva en cuestión, tras señalar en su apartado 1 que: «1. Los Estados miembros pondrán en vigor las medidas necesarias para ajustarse a la presente Directiva a más tardar el 28 de febrero de 1987. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión», va desgranando en los distintos párrafos de su apartado 2 un copioso y adensado conjunto de medidas transitorias especialmente afectantes a España y Portugal,

cuya dimensión y específica caracteriología depende, en suma, de la operación transnacional proyectada.

Tal amasijo normativo, de abigarrada factura conformadora y neta finalidad de regulación intersticial, ha preocupado lógicamente al autor últimamente dicho, que en su pluricitado trabajo señala que probablemente la prevención transitoria referenciada (dimanante del supradicho artículo 2) no hubiera resultado necesaria dado que el contenido de las Actas de Adhesión de dichos países a la CEE podían haberse considerado suficientes para bloquear la hipotética entrada en liza inmediata de la mencionada Directiva, y tras poner de relieve este razonamiento cardinal señala que: «Ahora bien, si es, sin duda, muy de agradecer el exquisito cuidado que el legislador comunitario dedica a los nuevos miembros, no parece hacerlo, sin embargo, con mucho conocimiento de causa, al menos por lo que respecta a España, cuya trayectoria legislativa, desde la postguerra hasta hoy, ha oscilado desde la previa autorización administrativa, individual y discrecional, hasta un muy mayoritario control/conformidad (quizá aún hoy con alguna excepción puntual), que no empieza a poner sus primeras piedras hasta el Decreto 3096/1976 sobre inversiones extranjeras, y que sólo diez años después logra generalizarse del todo. Teniendo en cuenta los antecedentes legislativos patrios, en la realidad a la Administración española le va a venir como anillo al dedo la nueva normativa comunitaria, por la sencilla razón de que es más restrictiva que la anterior y facilita en mayor medida el control estatal sobre las transacciones de capital».

Como adecuado colofón de lo que estamos diciendo, entiendo que sea cual fuere la intensidad de la pesadumbre que la Directiva que hemos parcialmente evidenciado suscite en el ánimo de los paladines de la idea de la integración europea, lo que es bien cierto es que la misma puede inscribirse perfectamente en el trazado de una línea teñida de sinceridad, coherencia y realismo innegablemente digna de encomio, ya que, y como certeramente pone de relieve el pluricitado autor en su supradicho trabajo: «Si se profundiza en este tema podrá verse que bien por la vía de la utilización de las cláusulas de salvaguardia (del art. 70, 2; del art. 73, o del art. 108), como en el caso de Francia, Italia, Irlanda, o bien por la vía de las reservas estipuladas en las respectivas Actas de Adhesión, como en el caso de Grecia, España y Portugal, la mitad de los Estados miembros no estaban aplicando alguna de las normas comunitarias sobre capitales en el momento de la adopción de la presente Directiva. Un dato más a señalar, en este orden de cosas, es que la proporción de Estados miembros partidarios de la restrictividad, que era sólo la tercera parte en 1960, ha crecido ahora hasta alcanzar la mitad. Teniendo en cuenta

que el Consejo de Ministros es el órgano comunitario representativo de los intereses de los Estados miembros en el seno de la Comunidad, no es de extrañar que la regulación actual, plasmada en la Directiva del Consejo de 16 de noviembre de 1986 sea más restrictiva que la establecida en 1960».

D) REFERENCIA A LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL COMUNITARIA SOBRE ESTA TEMÁTICA

Los esquemas de racionalización estructuralizadora del poder comunitario institucional se atienen habitualmente en su funcionamiento cotidiano a un guión preconcebido —y casi ritual— en el que frente a la inveterada progresía programática de la Comisión se opone la consabida medida y prudencia del Consejo —en ocasiones cutre y taimada—. zanjando el Tribunal de Luxemburgo las cuestiones litigiosas sometidas a su competencial conocimiento de forma generalmente extensiva no sólo en cuanto a la concreta delimitación de las zonas de influencia efectiva de la normativa comunitaria («robando» y elongando al efecto las oportunas parcelas de juridificación particularmente fronterizas con las sujetas a la correspondiente normativa dimanante de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros), sino también propugnando sin descanso una intensificación y ampliación ejercitativa de los derechos subjetivos atribuidos por el Derecho de las Comunidades a los nacionales de los países integrantes de las mismas.

Tal es, diríamos, el juego arquetípico del complejo entramado constitucional europeo, juego que por lo que atañe al área que nos ocupa quiebra espectacularmente en lo que afecta al tratamiento jurisdiccional del derecho a la libre circulación intracomunitaria de los capitales, ya que en este sector, el TJCE no ha mantenido —como en él es persistentemente habitual— una línea decisonal rigurosamente avanzada, sino que, por el contrario, la misma, en sus altibajos, ha pivotado sobre la indefinición y la incertidumbre, resultando de todo ello una línea jurisdiccional dubitativa, zigzagueante y absolutamente carente de convicción y estereotipo.

Del paquete de sentencias procedentes del TJCE que la aplicación de los artículos 67 y siguientes del TCCEE ha motivado, revisten especial importancia por su circunscrito alcance decisonal, singularmente incidente en la materia que nos ocupa, las de 11 de noviembre de 1981 (asunto Casati), 31 de enero de 1984 (asunto Luisi e Carbone) y 24 de junio de 1986 (asunto Brugnoli, L., y Ruffinengo, R., contra la Cassa di Risparmio di Genova e Imperia). En la primera de ellas, atinente al enjuiciamiento directo de la legitimidad de «las restricciones a las expor-

taciones de billetes de Banco» (enjuiciamiento perfectamente extrapolable para cualquier clase de restricción afectante a los movimientos de capital en abstracto), se debatió en profundidad, para ser resuelto negativamente. el posible efecto directo del artículo 67, 1, del TCCEE, llegándose a tal conclusión jurisdiccional en base a que la supresión de las cortapisas procedentes de los ordenamientos nacionales respectivos requería ineluctablemente la adopción de las pertinentes Directivas, cuyo ritmo de promulgación (vivo, medio sincopado) debía resultar imperiosa y sincrónicamente acoplado «a la medida necesaria para el buen funcionamiento del Mercado Común, coligiéndose de esta previa —y troncal— argumentación el que los Estados miembros de la CEE pudieren imponer nuevas restricciones a los movimientos de capitales intracomunitarios no liberalizados mediante las correspondientes Directivas, situación que se daba sin ningún género de duda en el caso debatido de los billetes de Banco.

Más recientemente, en la segunda de las sentencias argüidas, en base a un recurso prejudicial planteado por un Tribunal de Génova, el TJCE tuvo que dilucidar si: *a)* el turismo, el viaje de negocios, el viaje de estudios y los cuidados médicos dependían de las prestaciones de servicios o de las transacciones invisibles, en el sentido del artículo 106, 3, del TCCEE, o de las dos categorías a la vez, o *b)* si la transferencia de divisas para estos cuatro objetivos debía ser considerada como pago corriente o como movimiento de capital, en particular cuando se efectuase mediante la transferencia material de billetes de Banco.

A tales efectos, el aludido Tribunal, teniendo a la vista los sendos ordenamientos domésticos del control de cambios de Francia e Italia, competitivamente limitantes de la salida de divisas para fines de turismo y de salud, dada la aplicación a la misma —como movimiento de capital— de la normativa resultante del artículo 67 del TCCEE y de la procura legal procedente de la Directiva de 11 de mayo de 1960 (en tanto en cuanto tales movimientos de capitales pudiesen ser incluidos, según dichos Estados, en su lista no liberalizada D, y ello aun cuando el turismo estuviere incluido en el ámbito liberalizado de las prestaciones de servicios, acogido al amparo del artículo 106, 1 y 2, del indicado Tratado), zanjeo de forma categórica la polémica ante él residenciada y tras analizar concienzudamente el significado de las ciertamente polisémicas locuciones «prestaciones de servicios», «transacciones invisibles», «pagos corrientes» y «movimientos de capitales», señaló de modo lapidario, indubitado y contundente que los pagos transferenciales de divisas constituyen una contraprestación a realizar en el marco de una transacción subyacente, derivándose de esta consideración (y de otras colaterales de idéntico o similar cariz y parigual sustanciación) el que: «El artícu-

lo 106 del Tratado (se refiere al constitutivo de la CEE) debe ser interpretado en el sentido de que:

- Las transferencias a fines de turismo, viajes de negocios o de estudios y de cuidados médicos constituye pagos y no movimientos de capitales, incluso cuando son efectuados mediante la transferencia material de billetes de Banco.
- Las restricciones a estos pagos son suprimidas desde el final del período transitorio.
- Los Estados miembros conservan el poder de controlar si las transferencias de divisas pretendidamente afectadas a pagos liberados no son en realidad utilizados a los fines de movimientos de capitales no autorizados.
- Estos controles no podrían tener como efecto limitar los pagos y transferencias referidas a las prestaciones de servicios a un cierto montante por transacción o por período, ni hacer ilusorias las libertades reconocidas por el Tratado, ni someter el ejercicio de éstas a la discreción de la Administración...».

Aplicando su incisivo y aguzado bisturí hermenéutico sobre el «querer» jurisdiccional de la resolución supradicha, de inobjetable talante progresivo, ANTONIO ORTIZ ARCE, en su obra ya mencionada, página 299, señala acertadamente que: «Con esta decisión se constata un importante cambio respecto a la de 11 de noviembre de 1981 (asunto Casati, ya mencionado), al ampliarse el alcance de la categoría de los pagos en relación con las prestaciones de servicios y limitarse el correspondiente a los movimientos de capitales, cuyos contornos no liberalizados aparecen restrictivamente señalados... La sentencia supone también una seria advertencia para los Estados con reconocido régimen de excepción o de crisis conformado de acuerdo con los artículos 108 y 109 del TCEE, al señalarse el carácter temporal de las restricciones de cambio, ya que «tales disposiciones, que conservan su función incluso tras la realización de la libertad completa de los movimientos de capitales, solamente conciernen a períodos de crisis» y no pueden ser mantenidos durante largos períodos, ya que «los controles directos de los instrumentos se convertirían en un instrumento permanente de política económica incompatibles con las disposiciones del Tratado».

No caben dudas acerca de la importancia de la sentencia que acabamos de explicitar someramente, y que supuso un evidente cambio de orientación en la inicial inflexibilidad resultante de la anteriormente indicada. Sin embargo, la misma no provocó el establecimiento de una postura jurisdiccional inamovible transida de consolidada progresividad, como

lo demuestra de forma indiscutible el dato de que poco después, el mismo Tribunal retornara inopinadamente a la angosta posición decisional que en un principio mantuvo, resultando la misma de la última de las sentencias dichas, respecto de la cual ANTONIO FERNÁNDEZ TOMÁS, en su trabajo supraaludido, señala que: «No deja de ser curioso que en el mes siguiente a la publicación del Plan Delors, el Tribunal, en Brugnoli y Ruffinengo, realice una interpretación según la cual la decisión número 85/16 de la Comisión, que autoriza a la República Italiana a tomar medidas de salvaguardia que impliquen una restricción a los movimientos de capital, es en realidad una prórroga de las autorizaciones precedentemente otorgadas desde 1974 por vía de las correspondientes decisiones, y en su virtud, la normativa italiana que obliga a efectuar un depósito improductivo de intereses por un contravalor del 30 por 100 de la inversión que un residente efectúe en valores mobiliarios extranjeros es perfectamente válida y compatible con el Derecho comunitario».

Probablemente, el Tribunal, sintonizando con el sentir de su tiempo, no puede ir más de prisa sin poner en peligro los cimientos y paramentos básicos del Derecho europeo. De todos modos, la constatación de esta penosa y vívida realidad no empuja un ápice a que en nuestra propia exigencia expositiva nos planteemos la consternación y el desánimo que se siente ante la enorme cicatería que resulta de la aludida decisión jurisdiccional.

E) ADECUACIÓN (O NO) DE NUESTRA NORMATIVA SOBRE EL CONTROL DE CAMBIOS E INVERSIONES EXTRANJERAS A LA PRECEPTIVA DE LA CEE

Partiendo de la base de que el Tratado de Adhesión de España a las instancias comunitarias —si bien se ocupa de periodificar adecuadamente las hipotéticas inversiones de los residentes en nuestro país en el exterior— mantiene una extremosa posición silente acerca del calendario a aplicar a las inversiones foráneas en España, es evidente la importancia que la cuestión que da pie a este epígrafe tiene en la actualidad, toda vez que resulta de todo punto imprescindible el inmediato acomodo del ordenamiento nacional a las derivas preceptuales dimanantes de la normativa eurocomunitaria.

Ello dicho, tengo que señalar que recientemente, y tomando como concreto punto referencial de legitimación las procuras habilitantes contenidas en la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas, se promulgaron sucesivamente el Real Decreto Legislativo 1265, de 27 de junio de 1986, sobre inversiones extranjeras, y el Real Decreto 2077/

1986, de 25 de septiembre, por el que se aprobó el Reglamento de ejecución del texto anteriormente citado (texto normativo cuyo articulado va a ser seguidamente analizado en esta obra).

A la luz de los antecedentes alegados se plantea el problema, ahora crucial, de si tales textos se adecuan o no a las exigencias eurocomunitarias, problema que requeriría un estudio historicista y actual de considerable envergadura, que en estos momentos no podemos acometer. Empero, y con afán simplificador, sí que puedo exteriorizar mi opinión de que nuestro ordenamiento sobre inversiones extranjeras —cuyas muestras preceptuales más señeras acabamos de evidenciar— responde palmariamente en sus líneas caracteriales inmanentes y básicas a las propiciadas por la europreceptiva (e incluso las sobrepasan después de la adopción por el Consejo de la Directiva de 17 de noviembre de 1967). Así, la cláusula *standstills*, oportunamente auspiciada por el artículo 5, 2, de la Directiva de 11 de mayo de 1960 (tanto en la primitiva redacción como en la nueva aportada por la últimamente mencionada), ha sido respetada límpida y escrupulosamente por el legislador español, protagonista meritorio de una incesante evolución normativa interna encaminada sin fisuras hacia una pertinente racionalización y liberalización del fenómeno de la inversión extranjera en nuestro país (tema que será ampliamente considerado en las correspondientes reseñas históricas que con ulterioridad subseguirán en este libro cuando abordemos, en concreto, la glosa del articulado del RIE).

Por otra parte, es fácilmente detectable en nuestro sistema jurídico de inversiones extranjeras el esquema de autorización general, automática y ejecutiva, que patrocinó en su día la Directiva de 11 de mayo de 1960 para todas aquellas eventualidades inversoras incluidas en la lista B de su anexo 1 (lista ahora refundida, como sabemos, en la A, en virtud de las directrices normativas resultantes de la de 17 de noviembre de 1986). Asimismo, el sistema de verificación administrativa no discrecional y previa a la consumación de la inversión pretendida, que resultó sustanciado por la Directiva de 11 de mayo, ha sido ampliamente recibida en nuestro Derecho, primero en virtud de lo establecido por el Real Decreto 623/1981, de 27 de marzo; después, por el 1402, de 25 de mayo de 1985, y en último lugar, por la vigente legislación sobre inversiones extranjeras. Incluso podríamos señalar que la generosidad del legislador español ha superado con creces la del comunitario al arbitrar en este sistema de verificación previa la técnica operativa del silencio positivo, en virtud de la cual si la Administración no resuelve la oportuna solicitud de verificación obsecrada en un tiempo determinado, su actitud omisiva se entiende como plenamente aquiescente de la pretensión dedu-

cida por el inversor extranjero, insertándose así considerables dosis de fluidez decisional en este ámbito.

Asimismo, nuestra reglatividad se ha puesto al paso del utilizado por la comunitaria en otros aspectos de su concreta normación, acaeciéndose ello con la nueva redefinición que en los textos españoles ahora vigentes se ha dado a las inversiones directas y en cartera, redefinición que parece una copia fiel de lo propuesto por el Derecho derivado comunitario.

Por último, sólo me resta agregar que en todo el sistema de acoplamiento de nuestro ordenamiento al europeo en este entorno únicamente detecto una presunta falla, y es la que resulta de la introducción de una importante cláusula de salvaguardia en nuestros vectores de operatividad del artículo 25, 6, del RIE, precepto que dice que: «Cuando la inversión proyectada por su cuantía, naturaleza o características financieras pueda tener consecuencias perjudiciales para la economía nacional, la Dirección General de Transacciones Exteriores elevará el proyecto al Ministro de Economía y Hacienda, previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores, comunicándolo así al interesado. La resolución corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, si la inversión proyectada no excede de 1.000.000.000 de pesetas, y al Consejo de Ministros, si tuviera un importe superior.

La comunicación al interesado dejará en suspenso el plazo para dictar resolución expresa establecido en el número 2 de este artículo».

No obstante, la existencia de esta cláusula protectoral de nuestros intereses financieros (de la que no se ha hecho uso hasta ahora) no es como para rasgarse las vestiduras, puesto que la misma puede tener perfecto engarce con todo el densificado sistema de cautelas y prevenciones que al efecto resultan no sólo del Derecho constitucional y derivado comunitarios, sino también —tal como hemos visto— de la congruente postura jurisdiccional del Tribunal de Luxemburgo.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LA ADMINISTRATIVIDAD DE LA TEMÁTICA RELATIVA AL FENÓMENO «INVERSIÓN EXTRANJERA»

A) IDEAS GENERALES

No es mi propósito efectuar un ensayo —ni siquiera silueteado— sobre la proyección del Derecho administrativo en el ámbito del acotamiento ordinal de las inversiones extranjeras (cuestión, por otra parte, que recibirá su adecuado tratamiento especulativo cuando abordemos concretamente el estudio singularizado de los distintos artículos

del RIE vigente), aunque sí considero útil esbozar determinadas reflexiones sobre la administratividad general de toda la problemática que seguidamente vamos a abordar.

Al efecto, tengo que remarcar que justificándose consecuentemente la propia existencia de la Administración (en cuanto organización servicial del Estado ínsita en el círculo interior del mismo) en atención al bien común —abstractamente considerado— a alcanzar con su legítimo comportamiento, es evidente que dada la enorme vastedad —en longitud y latitud— de la fenomenología de la inversión extranjera y la gran magnitud de interés que la misma arrastra (nacionales y particulares), la inserción de la misma dentro de la metodología controladora, autorizativa y sancionadora activada por la referida Administración resulta lógica.

Empero, y a fin de ir puliendo, agudizando y depurando perfiles, tengo que constatar que la intervención administrativa en su coherente aproximación al área que estamos desbridando es dual, ya que, por una parte, la misma cristaliza pertinentemente en la existencia de abundantes muestras normativas producto de la actividad legisferante procedente de la Administración (muestras que vienen a aportar un imprescindible marco de practicidad y funcionalidad a lo que debe ser un adecuado seguimiento y resolución de las pretensiones que al efecto deduzcan los presuntos inversores extranjeros), y por otra, se materializa consecuentemente en una copiosa (casi abrumadora) entrada en juego decisonal y controlador de la referida Administración en el campo de facticidad que estamos considerando, y ello tanto en la vertiente petitoria como en la prototípicamente sancionadora.

Por lo tocante a la primera de las posibles manifestaciones administrativas dichas, tengo que traer a colación, en cuanto a su valoración global, lo que ya dije en mi obra *Estudios sobre extranjería*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, en la que dejé escrito, al referirme deslindadamente al núcleo primacial de tal obra, que iba a dejar fuera de sus páginas lo que calificué de «fecunda problemática» conectada con el tema de las inversiones extranjeras sometidas a un régimen jurídico disciplinado por un «conjunto preceptivo de variopinto origen, de generalmente fugaz vigencia, de heteroclito contenido y de compleja y difusa jerarquía». caracterización que me continúa pareciendo plenamente válida en los momentos presentes y que en el preciso instante en que escribo este libro me parece incluso más incuestionada dado lo confuso de los planteamientos derogatorios que al efecto se dan en la actualidad respecto a determinadas muestras reglamentarias —producto de la actividad legisferante de la DGTE y del Banco de España— dictadas en base a la LIE y RIE, ahora decaídos; tema, por lo demás, que resultará

debidamente contemplado en las páginas inmediatamente subsiguientes y volverá a serlo en otros pasajes de este libro, a los que me remito.

En lo que específicamente afecta al hipotético e individualizado acto administrativo en sí, tengo que puntualizar que la congruente encarnadura del mismo, en lo tocante a la singular temática motivante de estas líneas, ha oscilado sin pausa entre una operatividad penetrada de una discrecionalidad absoluta y otra mitigada, siendo escasa y poco expresiva la presencia en esta área de autorizaciones (generales o individuales) automáticas a nivel normativo básico o reglamentario. En cualquier caso, a lo largo de estas páginas se efectuarán puntuales y detalladas referencias a aquellas cuestiones claves más íntimamente relacionadas con la profunda administrativización de toda esta problemática (sistema de autorizaciones, de verificación, de control sancionador, etc.), limitándonos ahora a efectuar determinadas reflexiones de generosa elementalidad sobre la discrecionalidad residenciada en los oportunos comportamientos funcionariales, observaciones cuya puesta de manifiesto considero esencial para el hallazgo de determinadas pautas de racional coherencia en toda esta fértil y abstrusa problemática.

B) CUESTIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

El análisis de tal cuestión nos introduce en un contexto de pluralidad de líneas interpretativas que confluyen —de forma fluidamente deslizando— en los más importantes núcleos de problematización en torno a los que orbita inveteradamente la temática de los actos administrativos reglados y discrecionales, dicotomía funcional de considerable envergadura que viene a polarizar en gran medida cualquier intento de elaborar con rigurosidad una teoría general sobre el acto administrativo abstractamente considerado.

a) *Actos discrecionales y reglados*

a') *Idea general.*—Pretender establecer una línea divisoria nítida e intangible entre tales conjuntos de actos constituye una auténtica misión imposible, dado lo sumamente poroso y fluido de sus planteamientos paramentales esenciales. Sin embargo, vamos a intentar traslucir lo más sobresaliente de esta dúplice posibilidad decisional de la Administración, y lo vamos a hacer desde un enfoque de esta problemática investigadamente asentado sobre una premisa especulativa inicial oportunamente dilucidadora de la teoría de la discrecionalidad (presuponiendo que lo reglado supone justamente lo contrario de los esquemas operativos cuya

filosofía elemental vamos a tratar de evidenciar sucintamente en estas páginas).

b') *Acepciones de la locución «discrecionalidad administrativa».*— El término «discrecional», considerado como forma concreta de iniciación, impulso y culminación de la actividad administrativa, permite diversas acepciones según el punto de vista que se adopte en su investigación. Así, acto discrecional puede ser entendido como aquel cuyo origen es debido a una pura decisión volitiva del órgano administrativo competente [el cual puede optar entre dictarlo o no (o revocarlo o no, en su caso), o bien a la forma en que aquél se adopte, atendiendo de modo peculiar a la específica configuración de su inserción (o no) en los esquemas rituarios preordenados al efecto por las leyes de procedimiento, o también, en última instancia, puede atañer a la *ratio*, motivación o contenido del acto en sí].

Todas estas acepciones, que mantienen entre sí una evidente interdependencia en determinadas eventualidades, son particularmente interesantes para un hipotético estudio de exigente porte administrativo. Mas aquellas que hacen concreta referencia al libre albedrío decisonal de la Administración, en cuanto a su posible actuación de oficio en los correspondientes dominios competenciales que le son reservados, y las que apunten a que su actuación se acomode o no a un pretipificado esquema adjetivador más o menos constrictivo desde el punto de vista de su corporeización rituarial, van a quedar al margen de mis presentes alegaciones, que únicamente se ceñirán a la estricta discrecionalidad de contenido o motivacional. discrecionalidad que analizada desde dioramas expositivos de recíproca interaccionalidad y máxima abstracción aparece tratada con gran altura y detenimiento en un reciente trabajo de MARTIN BULLINGER, director del Instituto de Derecho Público de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (RFA), titulado «La discrecionalidad de la Administración Pública», contenido en el número 1.831 de la revista *La Ley* (de 30 de octubre de 1987).

En dicha aportación doctrinal, el autor supracitado define magistralmente la discrecionalidad, cuya columna vertebral estamos tratando de sustanciar en estas líneas, como «el margen de libertad que se deriva para la Administración Pública cuando su actuación no está completamente predeterminada por un Tribunal. La discrecionalidad administrativa se caracteriza, por tanto, por una independencia doble: independencia respecto de los otros poderes del Estado, el poder legislativo y la justicia».

c') *Breve apunte histórico sobre la materia.*—La conversión de la monarquía absoluta en constitucional —hecho histórico de hondo calado secuencial producido a lo largo del siglo XIX— llevó aparejada como

medida presuntamente paliativa de la consiguiente pérdida del poder regio que la misma conllevó, el que el titular de éste dispusiese en exclusiva de amplias facultades ejecutivas y reglamentarias de densa textura, constituyendo las mismas un haz de decisionabilidad de perfiles difusos, pero de independiente, rotunda y expeditiva operatividad, absolutamente sustraído —incluso con áspero y crispado énfasis— a la posibilidad de cualquier tipo de coerción legal o de control jurisdiccional (que únicamente podía intervenir en la consecvente adveración de cuestiones competenciales afectantes a la Administración que ejercía sus funciones por vía de delegación regia); sustracción que, por lo tocante al control judicial supradicho, presuponía que el organismo jurisdiccional llamado a conocer del caso planteado no pudiese entrar, bajo ningún concepto, en el análisis —profundo o no— de si el acto en cuestión incurría en la hipótesis de desviación de poder o si su motivación y racionalización era la adecuada, presumiéndose además, a todos los efectos, la intangibilidad absoluta de las presunciones de legalidad y ejecutividad (características institucionales del acto administrativo), y ello tanto si la Ley de cobertura del mismo era de textura abierta (no estableciendo ningún criterio orientador de la concreta arbitración del acto) como si tal Ley se acomodaba en su formulación a conceptos tan imprecisos y elásticos como los de «interés público» o «necesidad económica».

En definitiva, la discrecionalidad en este sentido clásico significaba, como muy bien apunta MARTIN BULLINGER, en su trabajo dicho, «un espacio libre en el que la Administración monárquica podía realizar sus 'propios fines' en la medida en que el marco de éstos no estaba prefijado por Ley promulgada por el monarca con la aprobación del Parlamento».

Siguiendo con este escueto pergeño historicista tengo que rescñar que a partir de los años veinte las cosas relacionadas con el tema crucial de estas páginas adquirieron un evidente y acelerado ritmo evolutivo, y la discrecionalidad administrativa fue entendida, en lo sucesivo, no como permitiente de una actuación administrativa descontrolada (legal y/o judicialmente), sino como simplemente legitimante de un comportamiento decisional administrativo enmarcado en un contexto de distendida flexibilidad —más o menos anchurosa—, flexibilidad cuya presencia es imprescindible para el logro de los objetivos generales y especiales cuya consecución constituye el fin (y la razón de ser) primordial del Estado y de su organización burocrática y servicial (es decir, de la Administración, así la institucional como la territorial). Percutiendo magistralmente en este tema, y actuando a modo de sutil orfebre jurídico, el autor citado nos dice en su relacionado trabajo que: «Desde luego, en la bibliografía y en la jurisprudencia ganó peso la idea de considerar la discrecionalidad ya no como un espacio excluido de la regulación legal

y control judicial libre de la Administración, sino como un campo para realizar puntual y ágilmente los objetivos trazados por la Ley. Consiguientemente, el control judicial por la vía contencioso-administrativa ya no se excluía por principio, aunque se le consideraba restringido» (restricción, añadido por mi parte, que alcanzó su cenit durante la ominosa etapa de los totalitarismos europeos, dado el protagonismo político y administrativo absoluto que representaron en aquella patética etapa histórica de la humanidad los nuevos «césares» al uso).

Consecuencia tendencialmente reaccional y lógica derivada del aludido proceso histórico fue el que a partir del año 1945 —año en que concluyó la segunda guerra mundial— los paladines del «Estado de Derecho» que se pretendía instaurar por aquel entonces con caracteres de absoluta —incluso atolondrada— urgencia en el entorno europeo occidental, se propusieron, como objetivo básico de inmediata consecución, abolir de modo radical la elevada tasa de discrecionalidad administrativa que hasta entonces había enseñoreado con énfasis e imperio el modo de proceder administrativo de las potencias del eje, y en aquellos casos en que tal cosa —es decir, su interdicción radical— no fuere posible. Con tales caracteres de rotundidad y premura, la misma sólo debía ser extendida y aplicada de modo excepcional, y ello única y exclusivamente como elemento de pertinencia moduladora de la ejecución de leyes de textualización imprecisa o evanescente, proscribiéndose de forma tajante la posible actuación «alegal» de los órganos administrativos, que no podían devenir en manera alguna —en función de los nuevos planteamientos constitucionales— titulares de las consiguientes facultades legisferantes (entendidas debidamente éstas en su sentido taxativo y estricto, es decir, como posibilitadoras de la promulgación de leyes en sentido formal), y sólo muy limitadamente podían asumir ciertas competencialidades normativas proyectadas hacia la hechura de reglamentos *intra legem* (nunca *contra* ni *extra legem*), limitándose asimismo de modo notorio las anchuras posibilidades interpretativas que tales órganos detentaron sin control ni mesura en tiempos pasados en el ámbito de la interpretación de los —congénitamente indefinidos— «conceptos jurídicos indeterminados».

Por otra parte, y en lo tocante al hipotético control judicial que por la vía de la jurisdicción especializada contencioso-administrativa pudiese recaer sobre los comportamientos resolutorios administrativos interaccionados de discrecionalidad, es sumamente remarcable el que por aquella época quedase conscientemente fracturado el principio de enumeración, listada pertinentemente englobadora de los actos concretos de tal cariz que resultaban judicialmente contrastables, medulándose en su lugar otro basado en la socorrida formulación de cláusulas generales de residencia jurisdiccional, extendiéndose así de forma harto considerable

y omnicompreensiva la adverbabilidad judicial de todo tipo de decisiones administrativas, sea cual fuere su intrínseca finalidad (petitoria o sancionadora) y su concreta metodología resolutoria (reglada o discrecional).

De todos modos, este proceso no se decantó de forma definitiva hacia la inflexibilidad (y proscripción) en el ámbito de la aludida discrecionalidad, sino que fácilmente se captó —y además, bien pronto— la idea de que la absoluta reglatividad en todo el espacio operativo administrativamente cubierto no era sino una entelequia, incompatible, por lo demás, con lo que debía entenderse como una acertada acción de gobierno, y consecuentemente con ello, se produjo una irresistible resurrección de la actuación discrecional de la Administración, si bien, y dados los nuevos aires batientes de la moderna organización constitucional de los Estados, tal renacimiento venía compensado de modo equilibrado por un pleno y exigente atenuamiento a la idea basamental de que, en cualquier caso, todo acto administrativo, por muy móviles y osmóticas que fuesen sus intrínsecas coordenadas de motivación, tenía que poder ser sometido *in toto* a lo que se articuló como un inesquivable control jurisdiccional revisador *in potentiam* de todo el conjunto de decisionabilidad y enjuiciamiento instrumental, y tanto si la labor administrativa afectaba a las hipótesis normativas claras como si, por el contrario, atinaba a aquellas sobre las que se cernía perennemente la duda de cuál fuese auténtico querer preceptual (cosa que acontece al tratar de dilucidar el nebuloso significado de los aludidos «conceptos generales indeterminados»), extendiéndose, en su caso, el contraste judicial al que nos estamos refiriendo a la comprobación de si el proceder administrativo cuestionado extravasaba o no su propia teleología existencial (la búsqueda del bien común) mediante la admisión de pretensiones contencioso-administrativas arguyentes de presunta «desviación de poder» por parte del órgano de quien dimanó el acto resolutorio jurisdiccionalmente enjuiciado.

Se produce así una reactualización de la discrecionalidad, si bien debidamente pautada por una congruente —y correlativa— reducción de su ámbito operativo y por una coetánea intensificación optimizadora de las funciones de control que sobre la misma puedan ejercerse jurisdiccionalmente, exteriorizándose tales corrientes de centrifugación y catarsis de la pureza, neutralidad e idoneidad de los comportamientos funcionariales en el dato de que, por una parte, su hipotética toma de consideración —de la discrecionalidad— quedó recluida en el entorno de la exclusiva motivación o *ratio* del contenido del acto administrativo concreto de que se tratase, y de que por otra, el plausible control jurisdiccional aludido ganó en anchura, intensidad y eficacia.

Así, pues, en esta etapa histórica resultaron drenadas importantes dosis de conflictividad en el tema de la actuación discrecional de la

Administración, actuación que superando más o menos fundados recelos experimentó una creciente influencia en el *modus operandi* de las distintas Administraciones estatales, aun de las de más sólida raigambre democrática, influencia cuya justificación también caló profundamente en las opiniones de los autores que se ocuparon de esta temática, siendo buena prueba de ello las constantes opiniones que sobre el particular vertieron intérpretes de magnificente y bien ganado prestigio, tales como REUS, BACHOF, ULE, etc., opiniones a las que en un alarde sintético se refiere BULLINGER, quien en su supraaludido trabajo pone de manifiesto, en íntima comunión alegacional con lo que estamos diciendo, que: «Al efectuar la subsunción de un caso singular bajo un concepto jurídico indeterminado, sería necesario concederle a la Administración, bajo determinados presupuestos (según BACHOF) o, en general (según ULE), un espacio, estrechamente delimitado, de enjuiciamiento valorativo; este espacio, además, debería ser respetado por el Tribunal Contencioso-Administrativo. La discrecionalidad en lo referente al supuesto de hecho dejó de ser un espacio libre para las propias finalidades de la Administración, para convertirse en el legítimo espacio de oscilación en la interpretación subjetiva del sentido de la Ley, dentro del cual el Tribunal Contencioso-Administrativo debería otorgar preferencia a la interpretación escogida por la Administración en tanto resultara ésta sostenible».

Hemos dicho también en las líneas anteriores, que en los momentos presentes —y con referencia primordial al contexto político-administrativo del Occidente europeo— toda suerte de decisionabilidad administrativa es hipotéticamente sometible al pertinente enjuiciamiento tamizador impulsado y resuelto por parte de los Tribunales especializados erigidos al efecto, enjuiciamiento controlador que presupone la previa e imprescindible judicialización de la relación o decisión cuestionada por parte de las personas singularmente legitimadas para ello, constituyendo tal posibilidad pretensional una modalización del ejercicio del derecho a la tutela afectiva judicial, que es, en suma, un soporte básico —y *sine qua non*— de cualquier Estado de Derecho. Tal principio, de general aplicación en los países de democracia formal, permite, no obstante, ser consiguientemente matizado en virtud de la profundidad, intensidad y rutilancia adverdadora del referido control jurisdiccional, que puede entenderse bien como absolutamente independiente de cualquier tipo de interpretación o aplicación normativa efectuada por la Administración demandada, o bien considerarse que la misma se hallase en posición de preeminencia respecto a ciertos pronunciamientos valorativos insertos o justificantes de su propia actitud decisional, cuya arboladura debe poder resistir el embate controlador antes dicho.

Los componentes de la aludida alternativa —que presentando como común denominador el sometimiento de todo el bloque resolutorio dimanante de la Administración a la oportuna adveración jurisdiccional difieren en cuanto a la intensidad (entendido este vocablo en su sentido más polivalente posible) de la respuesta judicial resultante de la misma—, se proclivizaron de forma indiscutible hacia la absoluta rigurosidad en la comprobación que los Tribunales competentes pudieren desplegar al respecto, comprobación que se extendió paulatinamente a la cuestión concreta de si el medio administrativo utilizado (es decir, la decisión singular adoptada) era o no el más idóneo, entre los posibles, para el logro de la específica finalidad a la que quedaba uncida teleológicamente la Ley aplicada (principio de proporcionalidad que en el ámbito sancionador administrativo acredita una importancia calculable), y ello siempre partiendo de la base de que el concepto genérico en cuestión hubiese sido interpretado y aplicado correctamente por la Administración decidiente (aspecto también sometible al pertinente debate judicializado).

Todo este estado de cosas hizo que el principio de discrecionalidad, de robusta encarnadura inicial, fuere menguando considerablemente, mengua que alcanzó cotas de inconmensurables dimensiones en todos aquellos supuestos en que la Administración operase sobre los derechos básicos de los ciudadanos (verdaderos «triumfos individuales», según genial expresión de DWORKIN en su libro *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984), respecto de los cuales los órganos jurisdiccionales competentes se reservaron no sólo las correspondientes facultades de zanjar decisoriamamente sobre la viabilidad de los actos administrativos que a ellos atinasen, sino también amplias posibilidades de dejar sin efecto —en vía preventiva— el carismático principio de la rigurosa ejecutividad de los actos administrativos (lógico corolario —tan caro a los estudiosos del tema— del principio de la legalidad de los mismos).

No obstante, y con ello paso al análisis apresurado de la fase actual, estamos asistiendo a un redescubrimiento del principio de discrecionalidad administrativa como medio favorecedor de lo que ha de ser una ágil adaptación de la decisionabilidad del propio tipo a las cambiantes e imprevisibles circunstancias socioeconómicas de la vida comunitaria actual. A tales efectos, acudo de nuevo al impagable magisterio del autor dicho, que, en su supradicho trabajo, aduce que: «Se ha abandonado la concepción de que la Administración Pública se podía y debía dirigir por el Parlamento con las menos lagunas posibles. Esta concepción causó un aluvión de leyes perfeccionistas que superaban la capacidad del Parlamento, paralizaban la Administración y hacían dificultosa la obediencia del ciudadano a la Ley».

De lo dicho se puede extraer la conclusión de que lo que debe hacer el legislador es simplemente dibujar las grandes líneas direccionales del entramado convivencial, dejando los consabidos detalles de su concreción —en ocasiones manifiestamente efímeros, dada la celeridad del incesante cambio social— a la oportuna discrecionalidad administrativa.

La formulación sistemática de tales premisas, constituyentes de lo más neurálgico de lo que se ha dado en llamar por los administrativistas «teoría de la esencialidad», reconduce el tema que estamos analíticamente escrutando a la pertinente exigencia del mantenimiento de un espacio más o menos amplio de discrecionalidad administrativa, cuya vigencia deviene insoslayable para que la oportuna consecución del bien común —razón de ser de todo tipo de acción administrativa— se logre en condiciones óptimas de idoneidad, oportunidad y puntualidad, tríptico de imprescindible objetivación que se consigue más fácilmente posibilitando una actuación administrativa de tal tipo, sustraída al rigorismo apriorístico y axiomático de unos rígidos esquemas ordenancistas de temperamento legal, incapaces de prever toda la rica problematicidad y cromatismo de matices de las situaciones cotidianas —siempre cambiantes por su propia ontología— que la acción administrativa debe resolver. Entendida la discrecionalidad que estamos debatiendo en los términos aludidos, es evidente que la misma queda desprovista de las aristas más punzantes de su conformación clásica, lo cual permite decir al autor citado, en su plurimencionado trabajo, que: «De esta manera, la discrecionalidad pierde el carácter adquirido en la postguerra, que la hacía parecer una laguna legal 'preocupante' en un Estado de Derecho, siendo misión de los Tribunales Contencioso-Administrativos eliminarla en lo posible. Tampoco es posible seguir entendiendo la discrecionalidad, en lo que se refiere a los supuestos de hecho, meramente como privilegio de la Administración de enjuiciar en cierto marco el sentido de la Ley de manera diversa del Tribunal Contencioso-Administrativo».

Sin embargo, y aun siendo todo lo dicho rigurosamente exacto, la mayor o menor dosis de discrecionalidad administrativa legítimamente tolerable en un determinado ordenamiento jurídico nacional (y la mayor o menor relevancia que sus planteamientos valorativos y aplicativos merezcan en las instancias jurisdiccionales) dependerán, en última instancia, de una serie de criterios a ponderar, de cuya enumeración —*ad exemplum*— se ocupa el precitado autor, que, en su trabajo supracitado, dice literalmente al efecto que: «Entre otras cosas, deberán considerarse a la hora de interpretar la Ley aplicable:

a) La finalidad específica de la Ley y la necesidad consiguiente de atribuir a la Administración ejecutora un margen considerable de libertad de configuración.

b) La especial necesidad de protección de los derechos fundamentales afectados; posiblemente esta protección se deberá buscar mediante una mayor flexibilidad de la Administración.

c) Si en base al rango, a la cualificación técnica y al procedimiento de la autoridad administrativa competente cabe esperar una concreción apropiada de la Ley.

d) Si el Tribunal Contencioso-Administrativo pondría en tela de juicio la consecución de la finalidad de la Ley sometiendo la actuación administrativa a un control de pleno».

d') *Supuestos de discrecionalidad.*—Partiendo de la imprescindibilidad de los principios que acabamos de verter en estas páginas, y que vienen a atenazar la analítica que estamos desplegando en las mismas a una mínima y elemental coherencia sistemática, vamos a relacionar una serie de manifestaciones de la discrecionalidad administrativa que, presentando todas ellas el común denominador de los supraargüidos principios, difieren en cuanto a su concreta operatividad y teología básica. Tales son, en la acertada terminología de BULLINGER, en su supradicho trabajo, las siguientes:

aa) *Discrecionalidad táctica.*—El autor citado define tal especie diciendo que: «Se trata de discrecionalidad táctica cuando la Ley concede a la Administración un espacio de decisión propia para que pueda realizar flexiblemente y de la manera más efectiva posible una finalidad legal 'estratégica', adaptándose a las cambiantes circunstancias reales del caso indicado».

La razón de ser de tal concreta manifestación, que constituye el tipo de discrecionalidad más comúnmente operativo, estriba en la imposibilidad metafísica de que cualquier contingencia fáctica —cuya mutación de perfiles puede ser incesante e imprevista— resulte normativamente contemplada por la Ley. De no dar beligerancia a la variante discrecional que estamos ahora glosando es obvio que sería imprescindible una muy agitada «truequebilidad» normativa que permitiera el correcto encaje de determinados supuestos fácticos en constante e inopinada evolución en las previsiones de reificación de leyes, cosa que sería prácticamente imposible de conseguir en las debidas condiciones de regularidad y puntualidad, dada la lentitud característica que toda alteración legislativa comporta por sus propias características institucionales. Por ello es relativamente frecuente que las leyes base o marco efectúen las pertinentes

delegaciones normativas de cariz reglamentario (del nivel jerárquico que éste sea) autorizando al órgano administrativo recipiendario de las mismas a dictar las disposiciones generales adecuadas para la debida consecución de los fines esenciales pretendidos por la Ley marco delegante, adecuación que se consigue permitiendo el acomodo —por la vía de las aludidas disposiciones reglamentarias dimanantes del órgano destinatario de la delegación supraaludida— de las esencialmente variables —como dijimos— circunstancias socioeconómicas a los dictados esenciales y principios rectores de la supracitada Ley marco, adaptación que no compromete su propia estabilidad.

Por lo que atañe al hipotético control jurisdiccional de tal tipo de decisiones discrecionales es destacable que el mismo sólo alcance a la mensuración de la proporcionalidad y congruencia de las mismas con el legado normativo derivado de la Ley marco, y ello si lo que se trata de advenir es tanto la normatividad reglamentaria de alcance general dictada bajo la égida de aquélla, como si tal adveración se proyecta asimismo (o sólo) sobre el acto directamente autorizado por dicha Ley marco (autorización legalmente operativa sin intermediación reglamentaria).

ab) Discrecionalidad de dispensa.—BULLINGER, en su trabajo dicho, dice sobre tal supuesto que: «La autorización de dispensa (es decir, aquella que dimana de la Ley de cobertura que permite que en determinados supuestos su contenido quede excepcionado), sin embargo, tiene en cuenta que la aplicación al pie de la letra de la disposición puede conducir, en circunstancias atípicas del caso concreto, a consecuencias contrarias al fin de la Ley».

Tal discrecionalidad de dispensa puede entenderse en sentido positivo o negativo (coincidiendo ambos supuestos en presuponer la adopción de un acto administrativo excepcional respecto a las reglas decisionales comunes impuestas por la Ley excepcionada). En la dispensa positiva, la regla administrativa *standart* es negativa (no fumar, por ejemplo), y la decisión administrativa concreta a acordar por específicas razones a ponderar discrecionalmente por la Administración, positiva (permitir fumar en determinados supuestos, siguiendo el ejemplo anterior). En la otra eventualidad admisible de discrecionalidad argüida, las cosas se reproducen en unos términos perfectamente antónimos a los descritos.

Por lo tocante al hipotético control jurisdiccional que es posible desencadenar sobre los actos administrativos que estamos contemplando, hemos de tener en cuenta que considerando el acto de constatar la presencia, la regularidad y la vigencia de los presupuestos de esta modalidad discrecional, como dice BULLINGER, como un «acto de adaptación jurídi-

ca que básicamente puede ser reconstruido también por un Tribunal Contencioso-Administrativo», su adveración y aquilatamiento por parte de las pertinentes instancias jurisdiccionales —cuya legitimidad y viabilidad no se discuten— sólo puede contraerse a los extremos relativos a si en las decisiones administrativas concretas adoptadas fueron o no respetados los criterios operativos cardinales ínsitos en la Ley de cobertura como posibilitantes de tal actuación discrecional de la Administración.

ac) Discrecionalidad insertada en evaluaciones técnicas.—Partiendo de la base de que —dice BULLINGER, en su supradicho trabajo— «la discrecionalidad puede estar destinada a ser un espacio libre para el desarrollo de un conocimiento técnico especial de la autoridad administrativa competente», se plantea el problema de precisar cuál sea el valor de tales pronunciamientos técnicos en el tratamiento jurisdiccional del acto administrativo recurrido cuando en la conformación del mismo hayan influido de forma decisiva las indicadas valoraciones.

La cuestión planteada no ha determinado el trazado de una línea de seguimiento recta y absolutamente categorizada, pero de todos modos es reseñable el dato de que, paulatinamente, los Tribunales llamados a conocer de las pertinentes pretensiones jurisdiccionales en esta área se han ido sacudiendo el yugo que el atendimiento imperativo de tales condicionamientos técnicos suponía, y así, tal como revela el autor dicho, en su supraindicado trabajo: «Los Tribunales Contencioso-Administrativos generalmente no están dispuestos a conceder a la Administración un criterio de evaluación preferente o incluso una misión y autorización de concreción configuradora en la interpretación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, y, consiguientemente, a limitarse a un control exterior solamente en base a ese conocimiento técnico».

De todo lo dicho se infiere, racional y consecuencialmente, que las evaluaciones técnicas que hayan servido de apoyatura a la pertinente decisión administrativa no vinculan mínimamente al Tribunal que haya de comprobar la legitimidad discutida del acto controvertido (y previamente judicializado), debiendo las mismas ser sometidas —como iniciales cuestiones fácticas a dilucidar— al pertinente control jurisdiccional en idéntica forma que el resto de consideraciones a debatir.

ad) Discrecionalidad de planificación.—BULLINGER, con su insuperable destreza interpretativa, define la modalidad de discrecionalidad administrativa ahora referenciada diciendo en su supradicho trabajo que: «La discrecionalidad de planificación significa necesariamente una autorización a reunir en un programa de acción determinado los fines e intereses relevantes según la Ley [como, por ejemplo, la Ley Federal (alemana) de Construcción] mediante una ponderación configuradora».

La especie de discrecionalidad que estamos evidenciando, surgida con fuerza arrolladora a partir de los años setenta como medio introductor de determinadas pautas teleológicamente paliadoras de las disfunciones más acusadas que presenta la economía de mercado (ensamblando éste, en la medida de lo posible, con la justicia social y otros fines estatales básicos), puede derivar bien de una cláusula expresa de la Ley de cobertura o bien de la inserción en la misma del consiguiente concepto indeterminado.

Por lo que atañe a su hipotético control jurisdiccional, éste deberá atinar sólo de forma directa a la legalidad del procedimiento y de la pertinencia del resultado planificador, aunque en ocasiones, apunta el autor múltiplemente referenciado en su dicha aportación doctrinal: «Puede corresponder al Tribunal la decisión en última instancia acerca de qué interés tiene preferencia al llevar a cabo la ponderación (base de la decisión administrativa concretamente adoptada)».

ae) Discrecionalidad de gestión.—Tal discrecionalidad, cuya íntima progenie es indudablemente reciente, apunta a la actuación administrativo-empresarial en determinados sectores económicos nacionales (Bancos estatales, empresas de transportes estatales o municipales, empresas de aprovisionamientos de agua, etc.).

Es evidente que, en este caso, la discrecionalidad con que puede funcionar la Administración, se confunde, en gran medida, con la libertad, que constituye la base de toda decisión genuinamente empresarial, siendo precisamente por ello el que tal discrecionalidad no pueda entenderse depuradamente como tal.

Empero, dada la considerable envergadura actual de esta hipotética actuación empresarial, resulta imprescindible enmarcar la misma en algún campo administrativo que, tomando en cuenta sus singularidades, ofrezca, aunque sea de forma matizada, metafórica y traslaticia, solución a alguno de los crasos problemas operativos y de control que la misma conlleva. Así, nada tiene de extraño que la actividad gestoria-empresarial de la Administración vaya encuadrándose —con más o menos chirridos— en una analógicamente plausible actuación discrecional de la misma, asimilación de considerable alcance a los efectos de someter tal actuación empresarial pública —y, por ende, mercantilizada y lucrativa— a las consiguientes e imprescindibles coordenadas de control jurisdiccional. En tal sentido —y con ello concluyo este apartado— tengo que poner de manifiesto la fundada opinión que sobre el particular mantiene BULLINGER, que, en su supraaludido trabajo dice al efecto que: «Sin embargo, en la medida en que la doctrina y la jurisprudencia tienden, cada vez más, a incluir total o parcialmente en la esfera del Derecho público dichas

actividades empresariales o similares de la llamada administración de servicios y, por tanto, sustraerlas al ámbito de la libertad contractual del Derecho privado, la discrecionalidad de *management* debe concebirse como forma especial de la discrecionalidad administrativa configuradora».

IV. REFERENCIA AL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO (DIP EN LO SUCESIVO) Y AL REGIMEN DE INVERSIONES EXTRANJERAS

Teniendo en cuenta que las inversiones foráneas resultan de modo inexorable de una previa o concomitante asunción de determinadas titularidades dominicales o crediticias, es evidente que el tema de la apropiabilidad de los derechos en general, y del dominio en particular, atañe con singular acento a la normativa tuteladora del régimen de tales inversiones extranjeras, inversiones cuya materialización se consustancializa en una inmensa mayoría de casos con una oportuna adquisición dominical (o asimilada) de concretos activos patrimoniales, legítimamente efectivizada por un sujeto de Derecho formalmente ajeno a la comunidad nacional del país de situación.

La constatación de tal estado de cosas engendra la necesidad de que nos ocupemos seguidamente de determinadas cuestiones que presentan un marcado interés, cuestiones relevantes que aparecen estrechamente enlazadas con la problemática relativa a la protección internacional, a la que puede resultar acreedora la titularidad dominical ostentada por extranjeros, es decir, la dimensión tuitiva que por diversos procedimientos pueda alcanzar a los «no nacionales», en cuanto a las titularidades teñidas de «economicidad» (reales o de crédito) que ostenten o disfruten sobre los bienes o recursos naturales sitos en el Estado de acogida.

A tales efectos, MANUEL DÍEZ DE VELASCO, en su libro *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 7.ª edición, Tecnos, Madrid, 1985, hace una lúcida referencia a la consternante crisis en que a nivel internacional (al igual que sucede respecto a otras perspectivas) hállase sumergido el reconocimiento de la propiedad privada (o derechos a ella asimilados), en cuanto a su concreta teleología utilitarista y funcionalidad operativa, apuntando como causas desencadenantes de la misma los movimientos socializadores, nacionalizadores o estatalizadores que surgieron apabulladores en el Este europeo en determinados momentos históricos (crisis bolchevique, derrota del nazismo y fascismo), a los que con ulterioridad, y ofreciendo matices inéditos, se sumó la influencia desplegada por el

incontenible movimiento descolonizador, acontecimientos deflagrantes que en su explosiva conjunción pusieron en peligro la estabilidad de la concepción transida de individualismo —y rigurosamente privatista— del derecho de propiedad, sumiendo a éste justo en el vértice medular de la más enconada y troncal polémica, en la que convergían (para diverger airadamente de seguidas) las más encontradas concepciones filosófico-política-económicas, concepciones en pugna que vinieron a motivar en el ámbito del DIP un inusitado —y arremolinado— interés por cuestiones hasta entonces doctrinal y/o estatalmente inefectivas (o, por lo menos, muy cadenciosamente sincopadas en cuanto a su concreta funcionalidad), cuales eran aquellas relacionadas con el denominado «principio de soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales», tema muy bien tratado por VICTORIA ABELLÁN HONRUBIA, que en su aportación a la obra últimamente referenciada efectúa un diseño conceptual y operativo de la misma, al que vamos a referirnos profusamente en las líneas subsiguientes.

La referida autora, tras caracterizar en la página 443 del indicado libro tal principio como aquel en virtud del cual «cada Estado tiene derecho a ejercer el control sobre la propiedad, exploración, explotación y comercialización de sus propios recursos naturales, así como sobre el conjunto de las actividades económicas en el mismo desarrolladas», pone de relieve la existencia de un claro consenso internacional sobre el acatamiento por parte de todo el conjunto de Estados a tal principio, si bien tal consenso, por lo demás ampliamente generalizado, no alcanza a eliminar el frontal antagonismo que enfrenta a los países desarrollados (exportadores de nacionales «adquirentes») con los países deprimidos o francamente subdesarrollados (receptores de tales extranjeros «ricos»), generando la forzosa coexistencia en la comunidad de naciones de ambos grupos de Estados toda una fértil problemática tensional sobre la materia, cuyos puntos más controvertidos, al decir de la referida autora, son los siguientes: *a)* El carácter absoluto o no de la soberanía estatal sobre sus respectivos recursos naturales. *b)* Si el Estado tiene o no obligación de pagar, según los apropiados pedimentos del DIP, una compensación adecuada por la correspondiente expropiación o nacionalización y cuáles sean los criterios determinantes de la misma. *c)* Singularización de la naturaleza jurídica de los contratos y acuerdos concertados entre los Estados y las empresas extranjeras para la explotación por parte de éstas de los correspondientes recursos naturales. *d)* Qué Ley es la que debe resultar aplicable en caso de conflicto entre el Estado huésped y el «poseyente» extranjero.

Respecto al primero de los núcleos de problematización aludidos, es

de resaltar la existencia de una consolidada corriente internacionalista orientada a la ampliación de las facultades de los Estados concernidos en esta área, siendo notable, además, la inflexión operada al efecto en el seno decisonal y programático de las Naciones Unidas (cuestión que brevemente vamos a ver de inmediato).

La primera resolución que sobre esta temática acordó tal organismo fue la 523 (VI), de 12 de enero de 1952, procedente de su Asamblea General, en la que con referencia a la cooperación internacional que tal instrumento propugnaba se decía que las medidas en que aquélla se efectivizase «no deberán entrañar ninguna condición económica o política que viole los derechos soberanos de los países insuficientemente desarrollados, incluso el derecho que tienen de determinar sus propios planes de desarrollo económico». Siguiendo por este camino analítico, he de subrayar que dicha Asamblea General continúa debatiendo el tema piramidal de nuestra exposición con notable cautela, sosteniéndose al efecto que debía «mantenerse la afluencia de capitales en condiciones de seguridad» [Resolución 626 (VII), de 21 de diciembre de 1952] y condicionarse su propia dinámica por «los derechos y obligaciones de los Estados establecidos en el Derecho Internacional» [Resolución 1515 (XV) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1960].

Un paso adelante en el decidido e irreversible proceso de corporeización del principio que estamos analizando lo dio la Resolución 1314 (XIII) de la aludida Asamblea General, de 12 de diciembre de 1958, al unir el mismo con el de la autodeterminación, reincidiendo de modo pleno en esta vertiente inédita de la cuestión que estamos viendo otra Resolución procedente del mismo órgano de las NU, la número 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960 (Declaración sobre concesión de independencia a los países y pueblos coloniales).

El estudio en paralelo —y en profundidad— de tales resoluciones (cuya enumeración y citas parciales de contenido tomo del aludido trabajo de VICTORIA ABELLÁN HONRUBIA) permite decir a dicha autora, en la página 445 del indicado libro, que: «Durante este período, como vemos, la formulación del principio de soberanía permanente era muy tímida; se reconoce como inherente a la soberanía del Estado y elemento integrante de la autodeterminación de los pueblos, pero no se concreta su contenido y, en todo caso, aparece subordinado a las exigencias de seguridad de la inversión extranjera, a la cooperación económica internacional y al Derecho Internacional».

Con la misma autora tengo que reconocer que la definitiva y racional arboladura del principio que nos ocupa sólo se inicia de forma sostenida y coherente a partir de la Resolución 1803 (XVII), adoptada por la

Asamblea General el 14 de diciembre de 1962, explayándose en forma taxativa en la misma «el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales», concretando su alcance en «la explotación, el desarrollo y la disposición de los recursos naturales» y en «la importación del capital extranjero», contemplándose asimismo en la meritada Resolución la legítima y coerciente facultad del Estado para imponer medidas de nacionalización o expropiación como una modalidad singularizada —y sectorializada— del oportuno ejercicio de su soberanía, aunque limitada por la exigencia que les afecta de justificar la específica medida adoptada por razones de utilidad pública, condicionando la efectividad de la expropiación o nacionalización decretada al abono de la justa y congruente compensación al expropiado.

A partir de tal Resolución, detonante normativo cuya presencia determinó una impactante transformación en el seguimiento de toda esta temática, el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales se agigantó a ojos vistos, incidiendo en el mismo un anchuroso conjunto de resoluciones que no considero necesario explicitar, inflexión que alcanzó su cenit, como señala la calendada autora en su dicho trabajo, a partir de 1974, configurando el mismo como «piedra angular del Nuevo Orden Económico Internacional», apareciendo el mismo literalmente explicitado en la Declaración y el Programa de Acción para el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional [Resolución 3201 (S-VI), sección IV, *e*], y Resolución 3202 (S-VI), punto VIII, de la Asamblea General], y en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados [Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, artículo 2], habiendo sido incluso referenciado tal básico principio en el UNITAR (Instituto de las Naciones Unidas para la formación profesional y la investigación), existiendo además, como señala VICTORIA ABELLÁN HONRUBIA, en su supradicho trabajo, «una larga práctica de los Estados en esta materia, que va desde las nacionalizaciones y expropiaciones de bienes extranjeros subsiguientes a las revoluciones soviéticas y mejicanas de 1917, a supuestos recientes de nacionalización de ciertos recursos naturales por los países en vías de desarrollo, afectando especialmente a empresas petrolíferas; así, entre otros supuestos litigiosos, cabe recordar los que enfrentaron al Gobierno del Irán con la Anglo Iranian-Oil Company en 1951, al Gobierno libio con la California Asiatica-Oil Company and Texaco Overseas Petroleum Company y con la Libyan American-Oil Company (IAMCO) en 1977 o al Gobierno de Kuwait con la American Independent-Oil Company en 1982».

Por lo que atañe a las legítimas facultades expropiatorias detentadas por el Estado tenemos que decir que las mismas se hallan en manos, sin

excepción, de todos los Gobiernos del mundo, variando solamente las causas concretas, los presupuestos de las mismas, las condiciones de fijación del justo precio, las variantes de su pago y las garantías a las que pueden acceder los perjudicados.

En lo referente al DIP, la autora supracitada, en su meritado trabajo, sintetiza cuáles son los requisitos para la consiguiente operatividad del derecho a la expropiación detentado por el Estado. Tales son: 1. Que se funde en motivos de utilidad pública, de interés o seguridad nacional. 2. Que no se dé en el supuesto contemplado ningún tipo de discriminación entre los extranjeros de una determinada nacionalidad, si bien, por el contrario, no debe considerarse discriminatoria «aquella que afecte principalmente o casi exclusivamente a extranjeros...», ello no lo hace necesariamente ilegal desde el punto de vista del DIP, si constituye un método racional de satisfacer las exigencias de carácter nacional (SERENI: *Diritto*, vol. II, págs. 731-732). 3. Que medie una compensación adecuada (o indemnización), tal como demanda la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 12 de diciembre de 1974.

Este último requisito, como es lógico, es el que más enconada polémica ha levantado, suscitándose la misma sobre todo porque su existencia viene a gravar onerosamente las pretensiones expropiatorias de los Estados (y a diferenciar el trasvase de las titularidades privadas a los respectivos sectores públicos causado por vía expropiatoria de aquella que opere por la correspondiente vía revolucionaria o confiscatoria).

Es evidente que aquellos Estados escasos en recursos (y voraces de voracidad dominical o rapacidad confiscatoria) son sumamente reacios a suscribir —sin muy calificadas reservas— el principio de que todo desenlace expropiatorio implica institucionalmente una situación —dejando a salvo las legítimas diferencias conceptualizadoras que procedan— de venta forzosa, situación en la que el despojado de su titularidad acredita un lógico derecho a la consiguiente percepción del justo precio de lo que se le privó forzosamente. De todos modos, las soluciones más razonables en esta área son las que —a la postre— acaban imponiéndose (con toda la suerte de matices y disquisiciones que se quiera) por ser, en suma, las más sincréticamente acordes con los principios que han devenido clásicos en el entorno de la paremiología jurídica vigente intertemporalmente, principios tales como el de debido respeto a los derechos adquiridos y el de la obstaculización, a todo trance, del enriquecimiento injusto.

También en esta área es reseñable el que los Estados no sólo adoptan (o pueden adoptar) medidas *a posteriori* (una vez erigida la situación dominical a desaparecer), sino que en multitud de supuestos —y a fin de evitar eventualidades ulteriormente indeseables, requirientes de su coac-

tiva actuación paliadora— previenen las posibles situaciones de control e intromisión desmedido por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, impidiendo, mediante la correspondiente legislación cautelar, y/o netamente prohibitiva, la hipotética inserción de los mismos en determinadas posiciones jurídico-negociales específicamente proyectadas sobre sectores económicos nacionales que se consideran clave (tema que será, por lo demás, ampliamente debatido, por lo tocante a las personas jurídicas, en los comentarios que efectuaré respecto a los criterios existentes en nuestro Derecho (y en general) sobre la dación de una concreta nacionalidad a las mismas. (Asimismo esta cuestión tendrá especial protagonismo en otros pasajes de esta obra, en los que abordaré desde la concreta perspectiva del régimen jurídico tutelante de las inversiones extranjeras, qué tipo de facticidad societaria española se haya sustraída a la posible influencia decisiva extranjera, bien sea ésta netamente capitalista en virtud del porcentaje de capital social en manos de no nacionales, bien gestoria en atención a la situación de prepotencia en la sociedad a considerar que pueda acreditar el extranjero concernido o bien mixta.)

En último término, y también en concreta alusión a las inversiones extranjeras, hemos de evidenciar la existencia de los pertinentes tratados interestatales sobre la protección de las mismas, tratados que pueden ser bilaterales o multilaterales (por ejemplo, los constitutivos de las Comunidades Europeas) y cuyo estudio *in extenso* no corresponde a este lugar. Únicamente me cabe decir que los primeros responden a una serie de características arquetípicas que resume con acierto sintético la autora dicha, que en la obra supracitada, página 449, señala literalmente que: «Los tratados sobre inversiones de carácter bilateral presentan algunas de las siguientes características: *a)* Que se prevé en los mismos generalmente una cláusula de tratamiento justo y equitativo para las inversiones extranjeras en el país receptor. *b)* Que se pacta el trato nacional respecto a la seguridad y protección de las inversiones o el trato de nación más favorecida. *c)* Que se excluyen las medidas discriminatorias en los aspectos fiscales por motivos de nacionalidad. *d)* Se establecen determinadas facilidades o autorizaciones para las transferencias al exterior según se trate de beneficios reales, intereses netos, dividendos, liquidación total o parcial de la inversión o de indemnizaciones por expropiación u otras causas. *e)* En todos los tratados en que se prevé los supuestos de expropiación, se estipula que ésta sea efectiva y adecuada. *f)* Se pacta, finalmente, el arreglo de controversias entre el Estado receptor de capitales y aquellos de que son nacionales las personas físicas o jurídicas inversoras».

En ocasiones, la solución consiste en granjear la congruente indemn-

zación singularizada en función de la tipología especial del caso concreto, peculiaridades y situación abordada, siendo admisible la estipulación en estos casos, como forma residual compensatoria, de indemnizaciones globales exigibles por bloques patrimoniales genéricos objeto de expropiación, tema que adolece de cierto alambicamiento operativo, cripticidad conceptual y cuyo consiguiente desbridamiento dejamos a los expertos del DIP.

V. NOCIONES SOBRE EL CONTROL DE CAMBIOS Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

A) IDEAS GENERALES

Considerando el Estado como aquella Entidad jurídico-política destinada a dar acabada efectividad, en condiciones satisfactorias, al proyecto de vida en común que globalmente concierne a todos sus ciudadanos —objetivo que se obtiene legítimamente mediante la pertinente puesta en práctica de las necesarias medidas resultantes de su ordenamiento jurídico— es evidente que la buena marcha de sus esquemas financieros, entendiéndolo tal locución en el sentido más amplio y polifuncional posible, constituye una premisa de ineludible implantación nacional para la adecuada consumación del fin primordial al que antes aludimos, y, en suma, para el logro del bien común al que inexorablemente queda subordinada toda acción política (de gobierno y administrativa) que dimanare oportunamente de las instancias rectoras de dicho Estado. Siendo ello así, no puede ser más lógica la existencia de una parcela de la reglatividad nacional orientada directamente a la necesaria tutela de los aludidos —y primordiales— esquemas financieros, a fin de impedir que sus más esenciales e interiorizados circuitos sufran perturbaciones de tipo técnico y político, evitándose así, en la medida de lo posible, una hipotética intromisión de soberanías ajenas o de intereses privados transnacionales —más o menos hispídicos o mostrencos— que puedan provocar en los supraindicados esquemas y circuitos domésticos distorsiones, infuncionalidades y, en definitiva, situaciones de riesgo innecesario.

Sin embargo, no deja de ser menos cierto que las crecientes tendencias hacia la «mundialización» de la vida económica internacional genera una dinámica —a la postre, imparable— que requiere para su íntima y racional funcionalidad considerables dosis de apertura de las hasta hace bien poco impermeables —incluso herméticas— fronteras nacionales, dinámica cuya dimensión, por lo que atañe al entorno europeo occidental,

ha alcanzado ya creciente y sazónada plenitud a través de la concesión a los nacionales de los países miembros de la CEE de determinados derechos (de circulación personal y de bienes, mercancías y capitales) que suponen serias e importantes limitaciones a las posibilidades de auto-protección dimanantes de los, en principio, omnímodos y —a veces— erubescientes y abruptos comportamientos estatales, provocando ello el nacimiento de una rama jurídica que aporta adecuada respuesta a la necesidad de cohonestar debidamente la imprescindible cautela que debe liderar esta materia con todas aquellas necesarias dosis de liberalización cuya presencia se impone por el fluido devenir de las circunstancias económico-políticas de cada momento histórico, respondiendo a este reto de comedido sincretismo la reciente —y fundamental— parcela jurídica que estamos ahora analizando.

Ello expuesto, paso sin más dilación al enfoque indagatorio del significado del denominado «control de cambios», frase que ha alcanzado consolidado arraigo en la urdimbre de las vertientes categoriales de tecnificación al uso, arraigo que, lamentablemente, no ha corrido parejo con el logro de una adecuada unanimidad en el esclarecimiento y consiguiente formulación de su concreto sentido y alcance, circunstancia que queda suficientemente demostrada con la fuerte polémica que la misma suscita respecto a su concreta visibilización conceptual, tema que nosotros vamos a tratar desde sus perspectivas doctrinales y legales.

B) POSICIONES DOCTRINALES AL RESPECTO

Todas las posturas doctrinales que al efecto se barajan coinciden en reconducir lo más primacial de la frase elucubrada a la existencia de un pertinente control estatal sobre determinados aspectos de la negociabilidad pública y privada nacional cuando la misma tenga por objeto, bien medios de pago internizados o externalizados en *itinere* transfronterizo o bien determinadas posibilidades operativas reconocientes o germinadoras de titularidades sobre activos españoles en favor de no residentes (ya sean éstos nacionales o extranjeros) o de titularidades sobre activos extranjeros en favor de residentes en nuestro país.

A su vez, y en la búsqueda científica del auténtico significado de la expresión que nos ocupa, los autores debaten con cierto apasionamiento —en ocasiones, bastante estéril— si sus confines de influencia tienen unos lindes precisos (con directa atinencia en el ámbito de la prohibición total o parcial, absoluta o condicionada, de la aludida negociabilidad, cuando la misma pueda poner en peligro los intereses que se consideran cruciales para las vías domésticas de canalización financiera y fiduciaria de los

distintos Estados concernidos) o si, por el contrario, el control de cambios presenta unas fronteras más permeables, distendidas y desdibujadas, permitiendo incluir dentro de sus centros nucleares de su tejido de incrvación normativa determinados comportamientos estatales ligados con la adveración, contraste o aquilatamiento de ciertas operaciones transfronterizas cuya efectividad no queda enclaustrada en el entorno de una rigurosa prohibición, aunque sí en otro en el que impera la intervención administrativa de temperamento adverdador.

Al efecto, ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, notables especialistas en esta temática, dicen en su enciclopédica obra *El control de cambios en España*, Edersa, Madrid, 1985, página 20, que:

«A la luz de cuanto hemos expuesto (coincidente en mayor o menor medida con las precisiones delimitadoras de porte esquemático que acabo de verter) y sin ánimo de establecer dogmatismos apriorísticos, podríamos definir el control de cambios, en sentido amplio, como el conjunto de disposiciones legales y administrativas que regulan las transacciones entre residentes y no residentes de las que se derivan cobros y pagos del y al extranjero en divisas o en pesetas, o adquisición o cesión de bienes y derechos», formulación doctrinal de cariz templador de posturas extremas a la que me adhiero sin reservas.

C) POSICIÓN LEGAL

Se ocupa de esta materia —desde perspectivas de máxima abstracción, aunque sin pretensiones de apresto definitorio— el artículo 1 de la Ley de Régimen Jurídico de Control de Cambios, de 10 de diciembre de 1979 (en lo sucesivo, Ley 40/1979 de RJCC), al decir que: «Quedan sometidos a los preceptos de la presente Ley los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole entre residentes y no residentes que supongan o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse cobros o pagos exteriores».

Del precepto transcrito se coligen con evidente facilidad una serie de rasgos de caracterialidad elemental, de cuya adecuada convergencia puede desprenderse una conceptualización esclarecedora, más o menos perfilada, del objetivo sustancial pretendido por el legislador con su promulgación, rasgos que son, en apresurada síntesis erística, los dos siguientes:

- Su acusada «gubernamentalización».
- Su relevante polivalencia funcional.

a) «Gubernamentalización» de la normativa sobre el control de cambios

a') *Principios generales.*—Es lógico que el Gobierno, gestor supremo de los intereses nacionales, artículo 97 de la CE, incida intensamente con su prepotente actuación en el ámbito de facticidad, más o menos elástica, cubierto por la Ley que nos ocupa. Sin embargo, lo que resulta en verdad sorprendente es que lo haga con tanta profusión, intensidad y extensión, debiendo subrayarse al respecto que la técnica de juridificación resultante de la Ley 40/1979, de RJCC —frisando con la más acendrada discrecionalidad comportativa—, es altamente singular en su concreta prestancia, toda vez que la misma se limita a conceder un abultado cheque en blanco normativo al Gobierno, en cuanto titular de la correspondiente potestad reglamentaria, para que vaya precisando en cada momento histórico, en virtud de su libre albedrío decisonal, cuáles son los actos conectados con el control de cambios debidamente requirientes de la oportuna intervención administrativa y cuál es, en suma, la modalidad encauzadora de la misma (modalidad que, por lo demás, abarca una gran variedad de matices funcionales, ya que la misma oscila desde la pura, imperiosa y expeditiva prohibición al simple control funcional realizado con ulterioridad a la ejecución del acto).

Ello quiere decir que las Cortes, en cuanto detentadoras del máximo poder legislativo, agotaron su cometido en este ámbito con la promulgación de la Ley que estamos comentando (Ley marco en su más quintaesenciada concepción), que demanda para su plena virtualidad operativa la consiguiente adopción por parte del Gobierno, en el legítimo ejercicio —aunque evidentemente desmedido— de sus funciones legisfehacientes, de los oportunos reglamentos de concreción y modulación aplicativa, cuyo alcance supera en mucho el de los típicos de simple ejecución, ya que, dado lo abstracto y volátil de los planteamientos normativos contenidos en dicha Ley, y la gran densificación y magnitud de la delegación por ella conferida, los mismos acopian un valor ordinamental de factura sobresaliente y decididamente excepcional, que los diferencia categóricamente —y de arriba abajo— del resto de reglas reglamentarias que podríamos calificar, con todas las licencias semánticas que sean de rigor, como «normales».

La utilización de tal técnica legislativa, cuya última y definitiva justificación consiste en priorizar a través de la misma el logro de una adaptación flexible y ágil de los eventos hipotéticamente sometibles a normación a los esquemas de racionalización administrativa previstos (agilidad y versatilidad adaptatorias que restan imprescindibles para que no se frustren entre vericuetos dilatorios las finalidades elementales últimas que se pretende atender con el esquema normativo del control de cambios,

situación fácilmente producible si se tuviese que modificar en cada caso una Ley formal —cual es la 40/1979— para incluir —o sustraer— de su repertorio de supuestos de hecho hipotético un fenómeno nuevo sujeto a intervención —o que ha dejado de serlo—, ha granjeado la afloración de una frondosa y polícroma reglatividad de corte reglamentario, de borboteantes y arracimados perfiles y de abigarrado aparejamiento, a la que tendremos ocasión de referirnos con insistencia a lo largo de esta obra, que constituye una muestra incontestable de la realidad del fenómeno de acusada gubernamentalización al que nos estamos refiriendo.

Por lo demás, esta característica, observándola en su estadio de concreta practicidad funcional, reluce también inequívoca y esplendorosa en todo el seguimiento rituario y de fondo de la temática directamente engastada con el control de cambios, seguimiento que demanda indeclinablemente la instrucción de los oportunos procedimientos administrativos en los que los interesados asumen la posición de instantes (o disciplinados), debiendo los órganos destinatarios de las peticiones deducidas por los dichos interesados (o enjuiciadores de sus presuntos comportamientos de ilicitud civiles o penales) proceder en consecuencia —en el ejercicio de sus facultades resolutorias— con pleno atenuamiento a los moldes administrativos recogidos en la normatividad especial moduladamente arborificada en torno al centro troncal de gravedad del control de cambios o insitos en LPA cuya aplicación supletoria resulta indiscutible (debiendo resaltarse al efecto que entre los procedimientos especiales a los que aludió *in genere* la disposición final primera, apartado 3, se sitúa, por expresa imposición del Decreto de 10 de octubre de 1958, en su artículo 1, 23, los relativos a las «actividades bancarias del Instituto Nacional de Moneda Extranjera», expresión que debe ser entendida como conferidora del marchamo de singular a todos aquellos procedimientos conectados con la materia a la que estamos aludiendo).

A estos efectos tengo que recalcar que es tan exacerbado el grado de administrativización que impregna todo el trasfondo —formal y sustantivo— de la problemática que estamos ahora analizando desde vertientes de suprema generalidad, que, en ocasiones, la misma se abate de modo indiscriminado sobre entidades y profesionales cuya congruente inserción en la órbita intimista del denominado «círculo interior del Estado» —catalizado en torno a los más depurados principios de funcionalización preordenados constitucionalmente por el artículo 10 de la CE («la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho») — es inexistente o mínima, ocurriendo ello con la prevista —y abrumadora— intervención de las entidades bancarias delegadas,

cuyo papel en el sistema erigido por la normatividad especializada a la que estamos aludiendo es sobresaliente (tal como quedará debidamente expuesto a lo largo de esta obra), y especialmente cuando abordemos el estudio del artículo 19 del RIE con los fedatarios públicos y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, cuyos decisivos roles en los esquemas de control previstos *ad hoc* por la legislación vigente sobre el control de cambios no es necesario ponderar (remitiéndome a los distintos pasajes de este libro donde los mismos quedarán puntualmente puestos de manifiesto).

Continuando con el trazado especulativo de este breve apunte caracterial sobre la «administrativización» rampante a la que estamos aludiendo, creo imprescindible subrayar que las competencias de los órganos efectivizadores de la misma no se detienen en la pura tramitación (instrucción, impulsión y resolución) de los correspondientes procedimientos petitorios y sancionadores instruidos al efecto, sino que también asumen importancia considerable en esta área —dado su indiscutible protagonismo adjetivador— las muestras de ordinamentalidad de inferior grado jerárquico (pero de extrema relevancia práctica) que resultan de las posibilidades «hacedoras» de reglas debidamente acreditadas por la Dirección General de Transacciones Exteriores y por el Banco de España, centros directivos de neurálgica repercusión en este sector —herederos funcionariales del extinto Instituto Español de Moneda Extranjera—, que ocupan el papel administrativo cardinal en la arquitecturización coherentemente sinóptica de todo el sistema de control que estamos analizando y cuyo cometido tendremos ocasión de resaltar pertinentemente en este libro, debiendo referirme ahora —aunque de forma sucinta— a las facultades legisferantes que acreditan en este ámbito prescriptivo la indicada DGTE y el supradicho Banco de España, así como a la suerte normativa que tras la entrada en vigor de la nueva legislación sobre inversiones extranjeras haya corrido la preceptividad reglamentaria anterior dimanante de las antes dichas entidades, temas de máxima importancia que van a ocupar mi atención —desde las aludidas coordenadas analíticas de máxima brevedad— en las páginas siguientes.

b') *Facultades normativas de la Dirección General de Transacciones Exteriores.*—La constatación de que el Gobierno gozaba de la pertinente facultad legisferante reglamentaria antes de la promulgación de la vigente Constitución (y continúa gozando tras la misma) es un dato indiscutible sobre el que no es menester insistir, siendo suficiente, al respecto, con resaltar el contenido de la Ley preconstitucional del RIAE, disposición que atribuyó al Consejo de Ministros la facultad de «proponer al Jefe del Estado la aprobación de los reglamentos para la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado», artículo 10, 6, y de la

propia Constitución, cuyo artículo 97 sienta, por su parte, que: «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes».

Sobre la base de tales pedimentos fundamentales (y también apoyándose en los principios rectores contenidos en la LPA, que vino a suministrar las pertinentes dosis de rituariedad adjetivadora a tener en cuenta en el proceso de adopción de las disposiciones de carácter general) se articula toda la teoría jurídico-operativa acerca de las facultades reglamentarias, teoría de perfiles siempre brumosos en su adecuado delimitamiento, en la que adquieren especial trascendencia temas de máxima puntualidad, tales como si la palabra «Gobierno», que utiliza el artículo 97 del texto básico supracitado, debe entenderse de modo circunscrito como «Consejo de Ministros» o bien, más amplia y polivalentemente, como un conjunto de órganos unipersonales o colegiados de imbricación institucional, alternativa repleta de consecuencialidad en cuanto a la posible latitud e intensidad del ejercicio de la facultad reglamentizadora que estamos viendo (y cuyo estudio —que preocupa honda y legítimamente a los administrativistas— vamos a soslayar). Asimismo, es particularmente importante en la hipotética elaboración de la susodicha teoría general el aludido a la posible existencia de reglamentos autónomos o *praeter legem*, que son los que no requieren la previa promulgación de una Ley que desarrolla categoría preceptual en la que se integran aquellos que —por lo que acabamos de evidenciar— no son propiamente de ejecución de un texto legal (tema también de incontables y filamentosos flecos de problematicidad y por ello objeto de insenscente y enriquecedora discusión).

Por mor de la escuetez que pretendo imprimir a estos comentarios voy a limitarme a decir ahora que las resoluciones, circulares e instrucciones dimanantes de la DGTE (que en puridad no deben calificarse de reglamentos porque ello induciría a una evidente confusión metodológica y conceptual) hallan su entronque ordinamental legitimador en una adecuada interpretación extensiva de la estricta literalidad del artículo 18 de la LRJAE, según el cual: «Los subsecretarios y directores generales, en cuanto se refiere a la organización interna de los servicios dependientes de los mismos, podrán dictar circulares e instrucciones» (criterio de cariz operativo también oportunamente confirmado por el artículo 7 de la LPA, según el cual: «Los órganos superiores podrán dirigir con carácter general la actividad de los inferiores mediante instrucciones y circulares»).

Asimismo, y en esta búsqueda del venero de indicios normativos legitimadores de las facultades reglamentarias de la DGTE, hemos de citar

que también la figura de la posible delegación de atribuciones prevista en los artículos 22 y siguientes de la referida LRJAE resulta indiscutiblemente útil a estos efectos, aunque no puedo menos de puntualizar que tal delegación —en lo que la misma suponga de conferimiento representativo general de competencialidad normativa— ha sido rechazada de plano por el Tribunal Supremo en alguna de sus Sentencias, tal como la de 25 de enero de 1982, Sala 3.^a

Lo cierto es que si bien en términos de pulida rigurosidad conceptual las habilidades que pudieren efectivizar los departamentos ministeriales en el entorno de la ordinalidad debían quedar exigentemente confinadas en el «ejercicio de la potestad reglamentaria en las materias propias de su departamento» (frase cuya mejor interpretación conduce a lo estrictamente orgánico con efecto *ad intra*), no se pueden cerrar los ojos a la evidencia de que tales habilidades se han ido agigantando a ojos vistos hasta constituirse en la actualidad en una torrentera normativa directa con indiscutibles efectos respecto de terceros, siempre que sus productos preceptuales aparezcan debidamente publicados en el *BOE*, asumiendo así una fisonomía bifronte de normas de régimen interior y de alcance general, binomialidad funcional reconocida incluso por el propio Tribunal Constitucional en su *modus agendi* decisonal, forma de proceder jurisdiccional cuya *ratio decidendi* ha sido duramente criticada por la doctrina, siendo buena prueba de ello las autorizadas opiniones vertidas por ALFREDO GALLEGO ANABITARTE y ANGEL MÉNDEZ REXACH, que en el libro colectivo *Comentarios a las leyes políticas*, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo VIII, Madrid, 1985, dicen, al glosar el artículo 97 de la CE, en su página 89, nota a pie de página 101, que: «Los conceptos 'instrucción', 'circular' y 'resolución' son formas susceptibles de diversos contenidos, como ha señalado el Tribunal Constitucional en Sentencia 27/1983, de 20 de abril (fundamentos 1 y 2). Pero no se puede compartir la opinión del Alto Tribunal cuando mantiene que, a veces, un mismo contenido puede calificarse de 'norma o de acto interno', con la consecuencia de que si el órgano tiene competencia para dictar normas y actos internos habría que atender al criterio de la 'finalidad perseguida' para calificar el contenido de que se trate. Esta tesis parte, en primer lugar, de identificar 'norma' y 'disposición de carácter general'; en segundo lugar, parece dar por supuesto que la jerarquía no da lugar a 'disposiciones' (normas), sino sólo a 'actos internos cuando por esa vía se puedan dictar normas jurídicas' (internas, pero jurídicas); finalmente, acude para calificar la naturaleza jurídica de un acto a un criterio teleológico ('la finalidad perseguida') que es irrelevante, ya que la naturaleza de un acto jurídico depende de su contenido, no de la intención del órgano que lo dicte. En la Sentencia 57/1983, de 28 de junio (fundamen-

to I), el Tribunal Constitucional se refiere a una circular o instrucción como 'directriz para los órganos estatales', sin carácter de norma, lo que no impide que constituya presupuesto para un conflicto de competencias, ya que 'desde ese valor de directriz' puede no respetar el orden de competencias (establecido en la Constitución y el Estatuto). Estas observaciones ponen de relieve que falta claridad sobre el concepto de 'norma', ya que el dualismo 'disposición de carácter general' *versus* 'acto interno' no refleja la realidad. ni se basa en criterios precisos».

Impactando con fuerza y acierto en el mismo orden de cuestiones, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, en su libro *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 4.^a edición, Madrid, 1984, página 195, sobre la base de distinguir —siguiendo orientaciones doctrinales prístinamente germánicas— entre reglamentos jurídicos y administrativos (afectando los primeros, directa e inmediatamente, a los ciudadanos y restringiendo su acción vinculante los segundos a las cuestiones domésticas relativas a la organización de los correspondientes servicios administrativos), ponen de relieve que la facultad reglamentaria, en su acrisolada mismidad, sólo corresponde al Consejo de Ministros, compitiendo únicamente a los departamentos ministeriales las consiguientes facultades normativas en el reducto organizativo interno, salvo habilitaciones legales específicas.

Ya en directa y quintaesenciada atinencia al tema que primordialmente nos preocupa, los autores supracitados ponen de relieve en su obra antes dicha, y en la misma página, que: «Lo que se ha dicho hasta aquí del poder reglamentario de los ministros puede decirse igualmente, y con mayor motivo todavía, de las 'autoridades y órganos inferiores', a las que se refiere el ya citado artículo 23 LRJAE al establecer la jerarquía normativa. En estos casos, se trata también de un poder doméstico, restringido en su alcance al ámbito estrictamente organizativo, o de un poder derivado que se ejerce en virtud de habilitaciones legales concretas (bandos de policía y buen gobierno de las autoridades de policía general —gobernadores civiles, alcaldes o incluso, en caso de 'estado de sitio', las autoridades militares—, circulares y resoluciones de Direcciones Generales: en cuanto, como es frecuente, incluyan 'normas interpretativas o aclaratorias', las normas vincularán por razón de obediencia jerárquica a 'los órganos de gestión de la Administración Pública' dependiente de la Dirección General de que se trate —cfr. artículo 18, 2, LGT—, pero carecerán de valor normativo propio para los ciudadanos y los Tribunales). Sólo con este carácter derivado puede entenderse, por tanto, el poder reglamentario de los órganos y autoridades inferiores al Gobierno, único depositario de la potestad reglamentaria originaria que la Constitución reconoce a la Administración del Estado».

En cualquier caso, y aun reconociendo lo bien fundado de todas las reputadas posiciones doctrinales vistas, lo que es incuestionable es que las referidas disposiciones han ido adquiriendo de forma paulatina carta de naturaleza normativa, impulsadas no sólo por una inveterada práctica funcional, sino también por una decidida actuación jurisdiccional al respecto procedente de los Tribunales, que de forma constante en sus respectivos comportamientos decisorios —aunque en ocasiones interpretando de forma *sui generis* la pura normatividad— han sancionado inequívocamente el vigor preceptual de las aludidas circulares, resoluciones e instrucciones, atribuyéndoles el carácter de disposiciones generales, abstractas y vinculantes que obligan indeterminadamente a todos los miembros de la comunidad siempre que las mismas hayan sido —en forma pertinente— promulgadas y publicadas en el *BOE*, postura que, por lo demás, ha recibido últimamente un fortísimo espaldarazo del legislador reglamentario del máximo grado jerárquico a través del artículo 32 del Real Decreto 222/1987, de 20 de febrero, organizador del Ministerio de Economía y Hacienda, que al desgranar el rosario de competencias atribuidas a la DGTE menciona en su párrafo *b*) la consistente en «la elaboración de normas relacionadas con las operaciones a que se refiere la letra anterior» refiriéndose dicha letra a aquellas competencias asumidas por dicha Dirección General en cuanto a «la autorización, verificación y control estadístico de las siguientes operaciones», operaciones que son, en suma —y según expresa dicción literal del artículo referenciado— las siguientes:

- Los cobros y pagos derivados de operaciones comerciales, operaciones invisibles, contratos de prestación de servicios y transferencias sin contrapartida entre residentes y no residentes, así como las operaciones financieras relacionadas con las anteriores.
- Las inversiones extranjeras en España, en los términos contenidos en el Real Decreto Legislativo 1265/1986, de 27 de junio, y en el Real Decreto 2077/1986, de 25 de septiembre, de inversiones españolas en el exterior, en los términos contenidos en el Real Decreto 2374/1986, de 7 de noviembre.
- Los préstamos, créditos y avales entre residentes y no residentes, con la excepción de la obtención por residentes de créditos en divisas.

c') *Facultades normativas del Banco de España.*—Tal institución —cuyos contornos operativos aparecían fuertemente oscurecidos en la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946, sobre ordenación bancaria, e incluso en el Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio, referente a su nacionalización y reorganización (en donde se le sitúa en una posición de

absoluto deshueramiento legisferante)— ha ido consiguiendo paulatinamente considerables cotas de poder normativo y operacional en la sutil tramoya de racionalización financiera del Estado español, posiblemente porque, y cito literalmente a GONZALO PÉREZ ARMIÑÁN en su obra *Legislación bancaria española*, Banco de España, 6.ª edición, Madrid, 1983: «El recelo que inspiró a los redactores de la Ley de Bases y del Decreto-ley nacionalizador la posible independencia técnica del Banco de España ha ido dando paso al reconocimiento de que es prácticamente imposible hacer una política monetaria razonable si las autoridades de tutela pretenden no sólo lo que es función propia de los órganos de decisión política monetaria, sino también sustituir al órgano técnico en lo que es su competencia específica: la articulación de aquellas directrices. En consecuencia, y a lo largo de los últimos años, el Banco de España ha ido asumiendo cada vez más competencias y responsabilidades, y hoy puede decirse que la panoplia de sus instrumentos de intervención en los mercados financieros y las modalidades operativas de su utilización son comparables con los de cualquier Banco central de un país desarrollado».

Por lo demás —añade el precitado autor, en su dicho libro y en la misma página—, «muchas disposiciones promulgadas en cumplimiento de la Ley de Bases establecieron la posibilidad de delegar en el Banco de España las facultades que en relación con la Banca privada correspondían al Ministerio», afirmación que, por lo que atañe al ámbito sobre el que estamos elucubrando, resulta lineal y lapidariamente exacta, siendo por ello reseñable al efecto el que el Decreto 2799/1969, de 14 de noviembre, traspasase a dicho Banco las funciones que en aquel momento acreditaba el —con ulterioridad extinguido— Instituto Español de Moneda Extranjera (institución de importancia proteica en los albores conformativos del moderno Derecho sobre inversiones extranjeras, y que nacida en virtud de la Ley de 25 de agosto de 1939, feneció en virtud del Decreto-ley 6/1973, de 17 de julio), arrancando de tal concreta disposición las posibilidades de «hacer» normas en el entorno operativo que le era propio (facultad que acredita rasgos excepcionales dado que la aludida Entidad no es propiamente «Gobierno», y ello es rigurosamente exacto con independencia de cuál sea el sentido lato o restringido que se atribuya a tal vocablo), posibilidades que luego fueron a su vez reafirmadas por otras disposiciones corroboradoras de directa incidencia en el sector de las cuentas bancarias relacionadas con el sector exterior, pudiendo legítimamente citarse en tal sentido la Orden del entonces Ministerio de Economía y Comercio de 23 de enero de 1981, reguladora de las cuentas extranjeras en pesetas convertibles, en la que en su instrucción séptima podía leerse que: «Se faculta al Banco de España para: a) Dictar las normas necesarias para el desarrollo, ejecución y control de lo dispuesto

en esta Orden. b) ...», siendo igualmente indicativo de lo dicho —es decir, de la optimización de las facultades ordinamentales del Banco de España— la disposición final primera del Real Decreto 1723/1985, de 28 de agosto, simplificador y unificador del sistema de cuentas extranjeras en pesetas, en la que se lee que: «El Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España quedan facultados, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, para dictar normas complementarias en desarrollo del presente Real Decreto».

En suma, y sea cual fuere la auténtica naturaleza de las atribuciones legisferantes que en la actualidad acredita sin lugar a dudas la prealudida institución bancaria, lo cierto y verdad es que en el día de hoy su papel ordinamental es enormemente importante en el sector exterior, compartiendo con la DGTE el papel estelar de protagonista en la conformación del entramado normativo tendente a ofrecer cauce rituario para el seguimiento de las pretensiones que puedan deducir los que intenten acceder regularmente a la titularidad de alguna de las inversiones extranjeras previstas en nuestros esquemas jurídicos.

d') *Situación normativa actual de la preceptividad anterior a la LIE y RIE de 1986 dimanante de la DGTE y del Banco de España.*—La legislación pretérita, aportante normativo de las oportunas pautas de juridificación básicas en la materia que estamos escrutando (y de las que nos vamos a ocupar desde atalayas historificadoras en los oportunos pasajes de este libro), ha quedado derogada expresamente tanto por la disposición final quinta del texto articulado de la vigente Ley de Inversiones Extranjeras, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1265/1986, de 27 de junio («quedan derogados el Decreto 3021/1974, de 31 de octubre...»), en cuanto a la LIE, y por la disposición final tercera del RIE actual [«1. Quedan derogadas las siguientes normas jurídicas de carácter general relativas a las inversiones extranjeras en España: Decreto 3022/1974, de 31 de octubre (*Boletín Oficial del Estado* de 6 de noviembre); Real Decreto 2619/1978, de 29 de septiembre (*Boletín Oficial del Estado* de 8 de noviembre), por el que se desarrollan y complementan las disposiciones adicionales del RIE; Real Decreto 622/1981, de 27 de marzo (*Boletín Oficial del Estado* de 6 de abril), sobre adaptación del régimen de inversiones extranjeras a lo dispuesto en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Control de Cambios, y Real Decreto 1042/1985, de 29 de mayo (*Boletín Oficial del Estado* de 2 de julio), por el que se liberaliza el régimen de autorización de las inversiones extranjeras en España»].

Así, pues, y dado el absoluto brío y apodicticismo normativo de las cláusulas derogatorias expresas supratranscritas, cuya diafanidad preceptual e imperiosa contundencia no deja margen a cualquier quiebro, enfi-

lada o resquicio de duda en cuanto a su concreta eficacia abrogante, es evidente que toda la normativa mencionada ha quedado sin fuerza ordenativa. Pero con tal constatación no queda resuelta toda la problemática que ha motivado el pase de un esquema normativo a otro, por lo tocante a la cesación o persistencia de la vigencia de la legislación reglamentaria no mencionada taxativamente en la cláusula derogatoria expresa.

Al respecto, tengo que poner de relieve que la disposición final del actual RIE contiene, en su apartado 2, la clásica fórmula derogatoria por incompatibilidad («2. Quedan derogadas, en lo que se opongan a lo dispuesto en el presente Reglamento, las demás normas jurídicas de carácter general relativas a inversiones extranjeras en España»).

Tal fórmula locucionaria es clásica en el lenguaje denotativo legal, imponiendo un planteamiento derogatorio que *lege silente* se produciría en todo caso dada la terminante literalización del fundamental artículo 2, 2, del Código Civil («Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior...»).

Ahora bien, la inserción de esta fórmula derogatoria por incompatibilidad —que exige para su correcta utilización que el aplicante oficial del derecho concernido efectúe un minucioso cuidado y responsable enjuiciamiento, tanto de la norma presuntamente derogada como de la hipotéticamente derogante (que debe ser posterior, de igual o superior rango y esencialmente contradictoria con la anterior)— resulta impropio respecto de las muestras normativas reglamentarias *intra* o *secundum legem*, ya que, en tales hipótesis, la abrogación —expresa o por contradicción— de la norma básica ejecutada o complementada, es decir, de la norma-madre, provoca la cesación *ope legis* de toda la reglatividad reglamentaria que la misma motivó.

Así, pues, y por lo que nos concierne, la derogación de la LIE tuvo que provocar, sin más, el decaimiento automático de la vigencia del RIE (que a mayor abundamiento fue expresamente derogado, tal como tuvimos ocasión de señalar en las líneas supraescritas) y de toda la normatividad reglamentaria de ejecución o aplicación de la propia LIE, o bien de su Reglamento de ejecución, es decir, del RIE.

Partiendo de estas premisas —de absoluto y coherente engarce con los principios teóricos básicos cimentadores de una bien construida teoría general del Derecho— resulta lógico sostener que todo el paquete de reglas reglamentarias instructorias y aplicativas que levitaron en torno a la ejecución del bloque preceptual básico (la LIE y el RIE) ha devenido en la actualidad consiguientemente inoperante en virtud de las inobjetables y elementales consideraciones especulativas anteriormente vertidas.

De todos modos, cabría otra «lectura» doctrinal y jurisdiccional de esta temática —aunque indudablemente no exenta de lógicos riesgos—, y es aquella que atribuyendo a la reglamentización de tono menor que hemos proclamado como posiblemente derogada en virtud de las observaciones que han antecedido —cesación de la vigencia de la norma base—, no sólo la fisonomía de un paquete de preceptividad de alcance general y abstracto, sino también el carácter de una genuina reglatividad instructoria atenable a los pedimentos de los artículos 18 de la LRJAE y 9 de la LPA, convendría que la legitimidad de la fuerza normativa de tales patrones de ritualización —presuntamente derogados por lo supra- producido y tendencialmente dirigidos de modo primordial a enmarcar la concreta procesalidad y adjetivación de los expedientes de inversión extranjera— no derivaría (en cuanto a su faceta ordenancista internizada) de la LIE y RIE, ahora abrogados, sino de los artículos últimamente citados, infiriéndose de ello que tales directrices del «quehacer administrativo», de presencia imprescindible en el sector ritualizante de la referida inversión extranjera (y del consecuencial derecho de transferencia al exterior), quedarían legítimamente sustraídas a la regla general derogatoria de los reglamentos que hemos tenido ocasión de exponer en sus grandes líneas maestras, postura que, por lo demás, puede encontrar importante apoyo en la doctrina resultante de la Sentencia 27/1983, de 20 de abril, del Tribunal Constitucional, antes mencionada en el contexto de la cita literal que hemos insertado recogiendo las opiniones emitidas por ALFREDO GALLEGO ANABITARTE y ANGEL MÉNDEZ REXACH, acerca de las facultades reglamentarias materializadas en disposiciones tales como «instrucciones», «circulares» y «resoluciones», cita que ha quedado plasmada en las páginas precedentes, y en la que se recoge la novedosa —y controvertible— teoría del doble carácter de determinadas muestras de ordinalidad conectadas con las categorías supradichas.

b) *Polivalencia de la normativa de la LRJCC*

Por otra parte, y ya desde la concreta objetivación de la temática que ahora nos ocupa especialmente, es indudable que la locución utilizada por el legislador del artículo 1 del texto legal supracitado no puede ser más versátil (tanto jurídica como económicamente) cuando habla de «actos, negocios, transacciones y operaciones» (vocablos cuya categorización y consecuente esclarecimiento es objeto de importantes —e inagotables— estudios en las obras generales de Derecho a las que me remito).

Si de la pretendida objetivación fáctica pasamos a la funcional, la imprecisión aducida continúa siendo un elemento de influencia decisiva en el *modus operandi* del legislador de la Ley 40/1979, materializándose

netamente la misma en el artículo 2 de dicha Ley, cuando al aludir a los plausibles mecanismos de intervención que era dable instaurar al efecto señaló que: «El Gobierno, mediante la reglamentación del control de cambios, podrá prohibir, someter a autorización previa, verificación o declaración y, en general, a cualquier tipo de control administrativo...».

A tales efectos, e incidiendo de nuevo sobre el punto relativo a la imprecisión funcional argüida, tengo que remarcar que la misma no sólo se extiende a que el Gobierno pueda elegir libérrimamente entre cualquiera de las posibilidades operativas dichas, sino también a que la Ley a la que nos estamos refiriendo se cuida muy mucho de establecer el más mínimo criterio que pudiese mediatizar o menoscabar en alguna medida la referida elección, por lo que es indudable que el aludido cheque en blanco puesto por el poder legislativo en manos del Ejecutivo en este ámbito reviste una impresionante vastedad.

D) CONTROL DE CAMBIOS E INVERSIONES EXTRANJERAS

Entiendo que la legislación de estas últimas constituye una parcela individualizada de la relativa al control de cambios (si bien participando de los mismos rasgos caracteriales). La inversión extranjera no es sino una concreta manifestación del conjunto de posibilidades jurídico-económicas que la Ley 40/1979 permite que sean objeto de la correspondiente reglamentación de cambios, definiendo sustancialmente la misma el dato de que el inversor extranjero advenga, en determinadas condiciones, a la situación de titular de activos patrimoniales sitos en España, constelándose en torno a esta titularidad proyectada (o ya adquirida) los movimientos de fondos transfronterizos que al efecto puedan consumarse.

En cualquier caso, me interesa matizar con convicción que el haberse promulgado una Ley especial sobre la temática que estamos abordando —la LIE de 25 de junio de 1986— constituye una empiria, inobjetablemente corroborante de su singularidad, y una concluyente y nítida constatación de su importancia, pero no un hecho normativo de ineluctable presencia, toda vez que entiendo que el RIE podía hallar pleno apoyo legitimador, en cuanto a su razón de ser normativo, en los pedimentos contenidos al efecto, con carácter general, en la Ley 40/1979, considerándose el mismo como una muestra concreta más de las «reglamentaciones de cambios» que la misma posibilita (máxime cuando la tipificación genérica de los supuestos fácticos tomados en consideración por la LIE hállese bastante precisamente formulada, por cierto, por los artículos 2, 2, de la Ley supracitada 40/1979 [«A estos efectos, y mediante la reglamentación de control de cambios, podrá (el Gobierno) prohibir, someter a auto-

rización previa, verificación o declaración, y, en general, a cualquier tipo de control administrativo: a) Los actos de adquisición y disposición realizados por un residente sobre bienes o derechos poseídos en el extranjero, y los mismos actos referentes a bienes o derechos poseídos en España, cuando el adquirente o disponente sea un no residente. Se entiende por bienes o derechos poseídos en el extranjero: 1. Los bienes inmuebles o muebles que estén sitos en el extranjero y los derechos establecidos sobre los mismos. 2. Las acciones, obligaciones y cuotas representativas de partes alícuotas de capital y participaciones, en general, en sociedades y empresas domiciliadas en país extranjero, así como cualquier otro título mobiliario. Se entiende por bienes o derechos poseídos en España los definidos en el párrafo anterior sitos en España, referentes a sociedades y empresas domiciliadas en España... d) Los actos de cobro y pago entre residentes y no residentes», y 3 del Real Decreto, también antes citado, 2402/1980, que se refiere directamente al tema de crucialidad máxima en el entorno de inversión extranjera («Requieren previa autorización administrativa... 5. Los actos de adquisición realizados por un no residente sobre bienes o derechos materiales o inmateriales de carácter patrimonial poseídos en España por un residente, salvo los derivados de un acto de disposición *mortis causa*»).

Empero, no resulta en absoluto vituperable —por ociosa e innecesaria— la labor del legislador español al promulgar la LIE, sobre todo teniendo en cuenta que la misma no es sino la sucesora de otra similar anterior —la de 31 de octubre de 1974—, a la cual le cupo el mérito de iniciar —y ello antes de la Ley 40/1979— el camino de la unificación —y no sólo puramente formal— en el ámbito de la inversión extranjera, promulgación que no viene sino a patentizar la importancia que la especificidad de la problemática de la que se ocupa reviste para el supradicho legislador español, importancia que a su juicio justifica el trascendente hecho de la adopción de tal LIE como rama jurídica especializada.

Ello dicho tengo que añadir —a fin de ir cerrando resquicios de hesitación sobre esta materia— que sobre las inversiones extranjeras cabe ofrecer una dúplice perspectiva en base al índice de incentivación objetivadora que se les atribuya. Así, hay autores, como NÚÑEZ LAGOS, que incluyen dentro de su fenomenología las adquisiciones lucrativas, diciendo al respecto en su obra dicha, página 11, que:

«Puede entenderse que el adquirente a título gratuito no es inversor extranjero, porque nada invierte. Sin embargo, no es así. Las personas enumeradas en el artículo 1 de la Ley, por título gratuito, efectúan algunas adquisiciones de bienes en España, se convierten en titulares de una inversión extranjera. No está producida a título oneroso, no ha empleado

el adquirente ninguno de los medios de pago que la Ley contempla; pero es inversión extranjera por sus efectos, que es lo más importante en el campo jurídico; el régimen jurídico de esos bienes, por pertenecer a una de esas personas enumeradas en el artículo 1 de la Ley, es el régimen jurídico que la misma Ley señala. Ciertamente no son aplicables en estos casos todas las normas de la Ley, pues de suyo no es posible aplicar las relativas a los medios de pago. Pero le son aplicables muchas normas de esta especial legislación. Existe, por tanto, una inversión extranjera producida a título gratuito o, si se prefiere, una adquisición gratuita que está sujeta en sus efectos jurídicos al régimen de la legislación de inversiones extranjeras. Es preciso tenerlo en cuenta.»

Por mi parte, entiendo que tales adquisiciones lucrativas son supuestos perfectamente encajables en el marco del control de cambios, pero no, en puridad, en el de inversiones extranjeras, cuya característica institucional más importante es, por su propia esencialidad ontológica, su inmanente e irrenunciable onerosidad. Sin embargo, no dejo menos de reconocer que la postura doctrinal aludida resulta metodológicamente atendible, sobre todo porque en determinados supuestos el adquirente gratuito deviene automáticamente inversor extranjero por vía subrogatoria (cuando hereda de un inversor o cuando su donante lo es), justificándose así el estudio de tales posibilidades adquisitivas unidas a la gratuidad en el entorno expositivo de las prototípicas inversiones extranjeras (cosa que también haré yo).

Siguiendo con este orden de cosas tengo que alegar que frente al simplismo bipolar de la normativa sobre el control de cambios, que en su oportuna subjetivación atiende —de modo exclusivo, como vimos— a la situación de residente o no de los hipotéticos intervinientes en la negociabilidad (o más bien facticidad) tomada en consideración, en el ámbito de las genuinas inversiones extranjeras se aquilata bastante más, por cuanto que, aunque en principio el sistema que las rige también apunta referencialmente a esta trascendente dualidad residencial, en realidad la figura del español no residente en cuanto inversor presenta inconfundibles matices de singularidad (punto que será debidamente tratado en los correspondientes pasajes de esta obra).

En último término, y con ello concluyo este elemental apunte introductorio —y con él este primer capítulo—, tengo que reseñar que tampoco debe confundirse el tema de la inversión extranjera con el de la extranjería en general, condición personalizada que repercute directamente —y de suyo— en las posibilidades adquisitivas y ejercitativas que los súbditos foráneos puedan desplegar sobre los activos patrimoniales localizados en España, posibilidades interpretadas en clave de restricción y que no tienen

en cuenta la onerosidad o gratuidad del negocio jurídico al efecto celebrado ni la situación residencial o no del extranjero en cuestión.

Por lo que a mí afecta, tengo que reseñar que en el libro *Estudios sobre extranjería*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1987, me ocupé en profundidad de la situación jurídica del extranjero en España (no inversor extranjero) proyectando mi circunstanciada y detallista visión analítica sobre determinados aspectos conectados con las aludidas posibilidades. Sin embargo, y a fin de obtener en esta obra una visión lo suficientemente amplia de lo que podría ser el esbozo sin pretensiones de una presunta teoría general sobre un hipotético Derecho patrimonial de extranjería (rama jurídica susceptible por su importancia presente de evidente especialización y engrosamiento), me ocuparé de estudiar determinadas cuestiones relacionadas con la problemática esencial que ya traté en mi dicho anterior libro, especialmente la relacionada con las limitaciones, trabas y cortapisas que por razones de defensa nacional se imponen a todos los extranjeros (y a las que, por otra parte, aluden los artículos 12 del vigente RIE y 12 de la LIE), sea cual fuere su situación residencial en nuestro país y el título (*inter vivos* o *mortis causa*, oneroso o gratuito) por el que devengan titulares de derechos reales recayentes sobre inmuebles emplazados en las zonas de acceso restringido a la propiedad de los mismos.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD
Registrador de la Propiedad

DICTAMENES Y NOTAS

1. *Chlorophyll a* (Chl a) is the primary photosynthetic pigment in most plants and algae. It is a green pigment that absorbs light energy in the blue and red regions of the visible spectrum. Chl a is essential for the light-dependent reactions of photosynthesis, where it converts light energy into chemical energy in the form of ATP and NADPH.

Los requisitos del pacto de sobrevivencia en Cataluña

La Compilación de Derecho Civil de Cataluña regula en el título tercero del libro primero «el régimen económico conyugal». Este es el encuadre que el legislador ha querido para una peculiar institución catalana: las compras con pacto de sobrevivencia, a las que se dedican los dos artículos —61 y 62 que constituyen el capítulo XII del título al principio indicado.

La cuestión de la naturaleza jurídica del pacto de sobrevivencia ha hecho correr ríos de tinta. Sin menospreciar la importancia que el llegar a alguna conclusión puede tener a la hora de concretar algunos efectos del pacto de sobrevivencia, trataré en estas líneas de sortear la discusión dogmática, pues quiero que se ciñan a sólo algún limitadísimo aspecto para el que aquella cuestión conceptual no me parece que tenga trascendencia.

A estos efectos podemos decir que el pacto de sobrevivencia es, de acuerdo con la sistemática del legislador, un régimen económico del matrimonio. Un régimen económico conyugal de carácter *singular* (puesto que se refiere a bienes determinados y no a masas de bienes) y que *se desarrolla como excepción dentro de otro régimen económico del matrimonio* que es la regla general (el régimen de separación). Así concebido, lo primero que se observa es que el régimen de sobrevivencia está deficientemente regulado por la Compilación y que ésta ha dejado demasiadas cosas en el aire. Lo cual fue lógico en su momento, habida cuenta del origen consuetudinario del pacto de sobrevivencia, pero ya va dejando de serlo. Más aún cuando la Compilación ha *extendido* el ámbito de aplicación de la institución, que inicialmente se usaba sólo en determinadas comarcas y que hoy es susceptible de ser usada —y usada efectivamente en todo el territorio de Cataluña.

No quiere, sin embargo, este estudio tratar ninguna de esas cuestio-

nes que están sin regular y acerca de las que, precisamente porque están sin regular, tiene tanta importancia la discusión dogmática de que antes hablábamos. Al contrario, se ceñirán estas líneas al tratamiento de una de las cuestiones que sí está regulada por el Derecho positivo. Concretamente, al estudio de uno de los requisitos que la Compilación exige para que el pacto sea posible.

Desde ese punto de vista —el de sus requisitos— puede decirse que el pacto de sobrevivencia es: aquel pacto que celebran *entre sí* los *cónyuges* casados *en régimen de separación de bienes* y que *no hayan otorgado heredamiento en favor de los contrayentes o heredamiento puro en favor de los hijos*; que lo celebran —el pacto— *en el propio título de adquisición* en el que compran bienes conjuntamente y *por cuotas iguales*, por virtud del cual, al fallecimiento de uno de ellos, *el sobreviviente hace suya la totalidad* del bien adquirido.

Con arreglo a esto pueden señalarse como *requisitos del pacto de sobrevivencia* los siguientes:

1.º Que los que celebren el pacto han de ser *cónyuges* entre sí. No cabe, por consiguiente, el pacto entre personas no casadas entre sí. Al menos, no cabe el pacto de sobrevivencia que la Compilación regula y con independencia de la cuestión de si dos personas cualesquiera pueden celebrar un pacto de iguales o parecidos efectos. Es de señalar, a este respecto, que antes de la Compilación se daban pactos de sobrevivencia también entre no consortes.

2.º Que es un pacto que los *cónyuges* celebran *entre sí*, es decir, que no lo celebran con quien les vende el bien de que se trate.

3.º Que, a pesar del requisito ahora mismo señalado, *el pacto ha de celebrarse precisamente en el mismo título de la compraventa*, sin que quepa pactarlo fuera de ésta, por ejemplo, posteriormente entre los dos *cónyuges* y con referencia a bienes que habían adquirido con anterioridad. Hasta qué punto este requisito contradice o desvirtúa el anterior es cosa en que no vamos a entrar ahora. Sólo señalar que la contradicción es más aparente que real y que la exigencia de que el pacto se celebre en el propio título de adquisición del bien que a él va a estar sujeto parece coherente con el carácter de *excepción* (frente a la regla general del régimen de separación de bienes) que la Compilación quiere dar a la institución.

4.º Que los *cónyuges* que quieran celebrarlo han de estar casados *en régimen de separación de bienes*. En relación con esta exigencia podría plantearse la cuestión de si basta con que se cumpla la letra de la misma o si es necesario que el régimen de separación sea concretamente el legal supletorio que establece el Derecho civil de Cataluña. Creo que dándose

los demás requisitos para que el pacto sea posible importa poco cuál sea el origen del régimen de separación que rige el matrimonio de los consortes. De modo que podrían celebrar la sobrevivencia tanto los que tienen régimen de separación porque no han pactado otra cosa, como los que lo tienen porque lo pactaron en capitulaciones matrimoniales, y esto tanto si este pacto se celebró antes como si se celebró después que adquiriesen la vecindad civil catalana.

5.º Las relaciones patrimoniales entre los consortes que celebren el pacto han de regirse por el Derecho civil especial de Cataluña. Así resulta del artículo 3.º de la Compilación, que remite al título preliminar del Código Civil, estableciendo éste que el Derecho de Cataluña es aplicable a las relaciones patrimoniales entre los consortes que tengan vecindad civil catalana. Poco debe importar que esta vecindad catalana sea de origen o adquirida por la residencia continuada.

6.º Es necesario que el bien sea adquirido por los cónyuges *por cuotas iguales*, es decir, por mitad y *pro indiviso*. No cabe el pacto si la adquisición se ha realizado en cuotas desiguales, y mucho menos si la realiza uno de ellos, que establece el pacto en favor de su consorte.

7.º Un último requisito, en el que nos hemos de detener especialmente, es el que requiere el último inciso del párrafo 1.º del artículo 61 de la Compilación:

«Este pacto de sobrevivencia no podrá estipularse cuando los cónyuges hayan otorgado heredamiento en favor de los contrayentes o heredamiento puro en favor de sus hijos.»

Con relación a este requisito deben ser tratadas varias cuestiones:

A) LOS HEREDAMIENTOS QUE IMPIDEN EL PACTO

Impiden el pacto de sobrevivencia, en primer lugar, los heredamientos *en favor de los contrayentes*. Aunque esto sea obvio, quizá no sea ocioso aclarar que no es este heredamiento en favor de los contrayentes aquel por virtud del cual los cónyuges hacen contractualmente una institución recíproca de heredero en favor de aquel de los dos que sobreviva al otro. El heredamiento en que los consortes hacen esto es el heredamiento mutuo que la Compilación regula en sus artículos 95 y 96. Naturalmente, la existencia de un heredamiento mutuo no impide la celebración de un pacto de sobrevivencia, pues éste, se ha dicho a veces, no es más que un heredamiento mutuo de efectos circunscritos a un bien determinado y que excepcionalmente se pacta fuera de capítulos matrimoniales.

El heredamiento en favor de los contrayentes es aquel que se celebra

en las capitulaciones de éstos y por virtud del cual se confiere a un contrayente, *con carácter irrevocable*, la cualidad de heredero contractual del heredante y se transmite al heredatario aquellos bienes que el heredante le hubiese donado de presente.

Dicho heredamiento en favor de los contrayentes puede ser *simple o de herencia* (que no atribuye más que la condición —irrevocable— de heredero contractual); *cumulativo* (que además atribuye, con carácter universal y sin perjuicio de señaladas excepciones, la titularidad de los bienes presentes del heredante), y *mixto* (que además de la cualidad de heredero contractual atribuye la titularidad de bienes concretos que el heredante dona al heredatario de presente).

El otro heredamiento que impide el pacto de sobrevivencia es el *heredamiento puro en favor de sus hijos*. El *heredamiento en favor de los hijos de los contrayentes*, que la Compilación regula en sus artículos 86 a 95, puede ser de tres tipos: *puro* (que ya atribuye la cualidad de heredero), *preventivo* (que es una especie de institución supletoria de heredero para el caso de fallecer el instituyente sin heredero contractual o testamentariamente designado) y *prelativo* (que es una limitación que el heredante impone a su libertad de designar heredero). De estos tres tipos, *sólo los heredamientos puros* impiden la celebración del pacto de sobrevivencia.

Los dos heredamientos que impiden el pacto de que hablamos son, pues, heredamientos en favor de personas distintas de los propios cónyuges. La *ratio legis* está clara: en uno y en otro caso los consortes ya han señalado, mediante el heredamiento, cuál es la trayectoria que tras su fallecimiento quieren que sigan los bienes que en el futuro adquieran. Y han señalado esa trayectoria en el seno no de un acto unilateral, sino dentro de un contrato familiar, como son las capitulaciones matrimoniales. Sobre esto, y en el caso del heredamiento en favor de los contrayentes, hay una institución contractual de heredero que tiene carácter irrevocable y que se vería burlada por la vía de hacer salir (o mejor, no entrar) los bienes del caudal relicto a través del pacto de sobrevivencia que se va celebrando a medida que los bienes se van adquiriendo.

Visto todo lo cual hay ahora que comenzar a hacer precisiones, señalando, en primer lugar, que, a pesar del tenor literal de la Compilación, *no todos los heredamientos en favor de los contrayentes ni todos los heredamientos en favor de los hijos de los contrayentes impiden el pacto de sobrevivencia*. Efectivamente:

a) El artículo 66 de la Compilación permite que se excluyan expresamente bienes del heredamiento. Dicho precepto, que está situado entre las disposiciones que la Compilación dicta con carácter general

y aplicables a todo tipo de heredamientos, afecta a los dos tipos de heredamientos nombrados en el artículo 61 para obstaculizar el pacto de sobrevivencia. No cabe duda de que si en el heredamiento que sea se han excluido *bienes determinados*, todavía no adquiridos en el momento de las capitulaciones, dichos bienes podrán ser objeto de compraventa posterior que contenga pacto de sobrevivencia.

b) El mismo artículo 66 de la *Compilación* permite que en el heredamiento se establezca una *reserva de testar*. ¿Qué efectos tendrá esa reserva de testar contenida en el heredamiento respecto de la pretensión posterior de comprar con pacto de sobrevivencia? El párrafo 1.º del artículo 66 de la *Compilación* indica:

«El heredamiento válido revocará el testamento, codicilo, memoria testamentaria y donación por causa de muerte anteriores a su otorgamiento. Los posteriores sólo serán eficaces en la medida en que permita la reserva para testar o los bienes expresamente excluidos del heredamiento.»

Para determinar si es admisible un pacto de sobrevivencia cuando hay heredamiento anterior de los que en principio lo impiden, pero en el que se estableció una reserva de la facultad de testar, habrá que estar en cada caso a los términos en que esté redactada dicha reserva. Lo que importa señalar es que esa reserva puede implicar que el pacto de sobrevivencia sea admisible, aun habiendo heredamientos anteriores.

c) Cabe que el heredamiento contenga reserva de la facultad de comprar con pacto de sobrevivencia. Y esto tanto con referencia a bienes determinados como con carácter general. Sería absurdo no admitir esa posibilidad cuando la misma *Compilación* no pone límites a la reserva de la facultad de testar y cuando contempla incluso el heredamiento referido a cosa cierta y determinada (art. 68 de la *Compilación*).

d) Hasta aquí lo que se refiere a los heredamientos en general. En cuanto a los *heredamientos en favor de los contrayentes*, el artículo 68 de la *Compilación* establece, efectivamente, que:

«El heredamiento no perderá su carácter aunque se limite a los bienes presentes del heredante o a cosa cierta y determinada.»

Naturalmente que si se da uno u otro supuesto (limitación del heredamiento a los bienes presentes o limitación a cosa cierta y determinada), la existencia del heredamiento no impide la posterior celebración del pacto de sobrevivencia.

e) Respecto de los *heredamientos puros en favor de sus hijos*, hay que decir que impide, desde luego, el pacto de sobrevivencia, el heredamiento puro que en favor de sus propios hijos (o de alguno o algunos

de ellos) hayan otorgado en sus capitulaciones matrimoniales los consortes que ahora quieren acordar la sobrevivencia. Ahora bien: ¿impide el pacto de sobrevivencia el heredamiento puro que uno de los cónyuges que quieren celebrarlo ahora otorgó en capitulaciones matrimoniales de un matrimonio suyo anterior ya disuelto? Dicho de otra manera, para que el heredamiento impida la sobrevivencia, ¿debe haber sido pactado por ambos cónyuges o basta con que haya intervenido en él uno de ellos? Y también: el «sus hijos» del artículo 61, ¿debe entenderse que hace referencia a los hijos que sean comunes de los dos cónyuges o también queda obstaculizada la sobrevivencia cuando los heredatarios son hijos de sólo uno de los consortes que quieren pactarla?

Habida cuenta de que la *ratio legis* es evitar que el pacto de sobrevivencia disminuya la cuantía de lo que se recibirá por la vía de la institución contractual de heredero, creo que hay que entender que *cualquier heredamiento otorgado por uno de los consortes en favor de sus propios hijos* (aunque éstos no lo sean del cónyuge actual con quien se trata de pactar la sobrevivencia, sino que sean fruto de un matrimonio anterior) *impide celebrar la compraventa sujeta a pacto de sobrevivencia*.

No puede olvidarse, sin embargo, para el caso de que ese matrimonio anterior al actual (del que son frutos tanto el heredamiento como el heredatario) se haya disuelto por vía de divorcio, lo que dispone el artículo 10 de la Compilación, según la redacción que le ha dado la Ley de 20 de marzo de 1984:

«El divorcio produce la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales... Conservan su eficacia (sin embargo) los heredamientos a favor de los descendientes del matrimonio en consideración al cual se habían otorgado las capitulaciones, *pero los puros serán revocables.*»

Lo que esa disposición viene a decir es que la institución contractual de heredero en favor de los hijos de los contrayentes, que luego se divorcia, se vuelve tan revocable como lo es la institución testamentaria de heredero. Siendo así hay que concluir que *tampoco el heredamiento puro en favor de los hijos de los contrayentes impide el pacto de sobrevivencia* cuando el matrimonio al que se refería el heredamiento quedó disuelto por vía de divorcio.

Queda claro que ni los heredamientos preventivos ni los prelativos impiden el pacto, pues no constituyen instituciones contractuales y definitivas de heredero.

B) EL CONTROL DE LA INEXISTENCIA DE LOS HEREDAMIENTOS
QUE IMPIDEN EL PACTO DE SOBREVIVENCIA EN EL MOMENTO
DE CELEBRARSE DICHO PACTO

Habida cuenta de todo lo que con referencia a los heredamientos, y al pacto de sobrevivencia llevamos dicho, hay que sentar una primera conclusión: puede ocurrir que los cónyuges que quieren pactar la sobrevivencia hayan celebrado heredamientos de los que determina el artículo 41 y que, sin embargo, el pacto sea posible. Por consiguiente, si los cónyuges manifiestan que esos heredamientos efectivamente existen, lo que deben hacer es presentar el documento que los contenga —la escritura pública de capitulaciones matrimoniales— al Notario y al Registrador para que éstos puedan calificar la improcedencia o procedencia del pacto.

¿Y cuando no hay heredamientos de los que, según el artículo 61 de la Compilación, impiden el pacto de sobrevivencia? Creo que los consortes deben manifestarlo así en la escritura pública de compraventa, y que esa manifestación debe ser requisito imprescindible, pero suficiente, para la inscripción del pacto en el Registro de la Propiedad.

Aquella manifestación ya era aconsejada por los Notarios RAMONEDA y ROCHA en la encuesta que, acerca del pacto de sobrevivencia, publicaron en la revista *La Notaría* en 1968. Lo cierto es que su consejo no ha sido seguido y que los pactos de sobrevivencia se celebran y se inscriben sin hacer manifestación alguna referente al requisito de la ausencia de heredamientos. La práctica, aunque es, sin duda, viciosa, tiene pocas consecuencias prácticas por el elemental motivo de que la figura de los heredamientos está poco menos que olvidada por el tráfico jurídico.

Existe, desde luego, un sistema de mayor control que la mera manifestación de los consortes que quieren celebrar el pacto. Al fin y al cabo, los heredamientos son un acto de última voluntad cuya existencia consta en el Registro de estos actos que lleva el Ministerio de Justicia. Un certificado de dicho Registro sería el insuperable medio de prueba de que los heredamientos que impiden el pacto no existen. No se puede olvidar, por lo demás, que la presentación de dichos certificados —con referencia a ambos consortes— es perfectamente posible, pues el artículo 5 del anexo II del Reglamento Notarial (que regula dicho Registro) incluye entre los casos tasados en que podrán expedirse certificaciones aquél en que éstas sean pedidas por los propios otorgantes». No es necesario, pues, contra lo que muchas veces se piensa, el que la persona a que la certificación de últimas voluntades se refiere haya fallecido para obtener un certificado del Registro del Ministerio de Justicia.

Entiendo, sin embargo, que la exigencia de dichas certificaciones sería excesiva por varias razones:

1.^a Porque el Notario autorizante de la escritura del pacto de sobrevivencia no puede, desde luego, controlar la inexistencia de los heredamientos más que mediante la manifestación que en ese sentido le hagan los consortes compradores. Efectivamente, para que la certificación del Registro de últimas voluntades acredite por completo la inexistencia de heredamientos debe ser de fecha posterior a la escritura de compraventa, pues los heredamientos podrían haberse otorgado incluso hasta unos minutos antes de la compraventa y tendrían que transcurrir los plazos reglamentarios para que lleguen a constar en el Registro del Ministerio. Si el Notario puede autorizar la escritura con la sola manifestación, hay que estimar que el Registrador podrá inscribir con el mismo requisito.

2.^a Porque la poca incidencia práctica de este obstáculo al pacto de sobrevivencia hace exagerado exigir algo más que una manifestación.

3.^a Porque los efectos que el pacto de sobrevivencia produce entre los momentos de su celebración y del fallecimiento del primero de los cónyuges son efectos limitados a sólo ambos consortes, que no podrán ir en contra de la manifestación que en el momento de la compraventa hicieron.

Este último argumento podría servir para justificar la práctica actual de no controlar en absoluto la existencia o inexistencia de heredamientos en el momento de la celebración e inscripción del pacto de sobrevivencia. Efectivamente, los efectos que este peculiar «régimen económico matrimonial reducido a un solo bien» produce son los tres que recoge el artículo 62 de la Compilación: 1.º La enajenación o gravamen del bien exige el consentimiento de ambos cónyuges. 2.º Ninguno puede transmitir a un tercero su derecho sobre la cosa. 3.º Necesariamente deberá mantenerse la indivisión de la cosa comprada.

Siendo todo esto cierto creo, sin embargo, que el control de la legalidad del pacto de sobrevivencia es imprescindible:

1.º Porque si hubiese heredamientos de los que el artículo 61 señala el pacto de sobrevivencia sería nulo de pleno derecho. Y no es admisible que actos nulos sean autorizados por los Notarios ni revestidos de las apariencias de legalidad que les otorga su publicación por el Registro de la Propiedad.

2.º Porque si se inscribiese en el Registro el pacto de sobrevivencia sin haber realizado aquél control de su legalidad y sin hacer salvedad alguna; comprobado que fuere que el pacto no era posible porque existían los heredamientos en cuestión resultaría que el Registro sería inexacto. Y su inexactitud sería de las de la letra d) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, es decir, de las derivadas «de la nulidad del título que

hubiere provocado el asiento y, en general, de otras causas no especificadas anteriormente». Inexactitudes, las de este grupo, para cuya rectificación se requiere el consentimiento de los interesados o, en su defecto, resolución judicial. Sin que se pueda olvidar que los intereses de «los interesados» (heredatarios, de un lado, y cónyuge sobreviviente, de otro) serán intereses encontrados en el momento en que se descubra la inexactitud.

3.º Porque, en ese mismo sentido, la inscripción en el Registro del pacto de sobrevivencia sin que en el asiento se haga ninguna salvedad es, en el fondo, la inscripción de un verdadero derecho: el derecho del cónyuge sobreviviente a que al fallecimiento de su consorte se inscriba, a su instancia, el bien en cuestión a su nombre. En este sentido, si ocurre, por ejemplo, que tras la muerte de uno de los cónyuges, se presenta en el Registro una escritura en que el heredatario (nombrado en un heredamiento de los que impiden el pacto de sobrevivencia) se adjudicase el bien inscrito en el Registro con tal pacto, esa escritura encontraría para su inscripción un obstáculo derivado del tracto sucesivo.

Entiendo, pues, a modo de conclusión, que para la autorización y para la inscripción de una compraventa con pacto de sobrevivencia deben los cónyuges compradores hacer en ella la manifestación de que no han otorgado heredamientos de los que, según la Compilación, impiden dicho pacto. Y entiendo que en la inscripción en el Registro debe hacerse constar la existencia de esa manifestación. Todo ello sin perjuicio de que sea mucho más completa la documentación si se acompaña a la escritura de compraventa los certificados del Registro de últimas voluntades de ambos cónyuges expedidos con fecha posterior a la escritura de compraventa y resultando de ellos que no existen aquellos heredamientos.

C) EL CONTROL DE LA INEXISTENCIA DE LOS HEREDAMIENTOS DEL
ARTÍCULO 61 DE LA COMPILACIÓN EN EL MOMENTO DE LA
«PURIFICACIÓN» DEL PACTO DE SOBREVIVENCIA

Por «purificación» del pacto de sobrevivencia se conoce en la práctica la producción del efecto fundamental del mismo: es decir, la adquisición por parte del sobreviviente de la mitad indivisa del premuerto. Se suele documentar esa transmisión habitualmente por medio de una escritura pública a la que se acompaña el certificado de defunción del fallecido. Otras veces se presenta ese certificado acompañado de una instancia que firma el sobreviviente solicitando la liquidación del impuesto correspondiente y la inscripción en su favor de la mitad indivisa que pertenecía

a su consorte. Lo que tampoco se hace nunca, que yo sepa, en la práctica, es controlar, tampoco en ese momento, el tema de la ausencia de heredamientos de los que hubieran hecho imposible el pacto.

Contra esa práctica habitual creo que ese control es, en el momento a que me refiero, absolutamente inexcusable. Efectivamente, aquí no se trata ya de consignar en el Registro una expectativa jurídica (que es de lo que antes se trataba). Aquí se trata de inscribir en favor de una persona la mitad indivisa de un bien en base a un título cuya legalidad resultará que no se ha **calificado nunca**.

Hay que distinguir, con todo, varios supuestos:

a) Que se hayan presentado en el momento de la inscripción del pacto de sobrevivencia los certificados de últimas voluntades de ambos cónyuges acreditativos de la no existencia de heredamientos. En este caso, como lo que hay que acreditar ya se acreditó antes, la inscripción en favor del sobreviviente podrá practicarse en base al certificado de defunción y a la escritura o la instancia. Naturalmente, previo pago del impuesto correspondiente.

b) Que en el momento inicial del pacto se haya hecho por los cónyuges la manifestación acerca de la inexistencia de los heredamientos, pero sin haberse presentado aquellos certificados del Registro general de actos de última voluntad. Creo que, en tal caso, es inexcusable, para la «purificación», la presentación de este certificado, *referente a ambos cónyuges*, premuerto y sobreviviente. Ello, además de los otros documentos de que venimos hablando, es decir, el certificado de defunción, la instancia o escritura y los acreditativos del pago del impuesto correspondiente. Efectivamente, puede pensarse que la mera manifestación de los cónyuges baste para consignar en el Registro una expectativa y un régimen económico que sólo a los cónyuges afecta. No puede admitirse, sin embargo, que aquella mera manifestación baste para hacer constar en los libros una transmisión cuando la legalidad del título en que esa transmisión se basa puede controlarse por medios más seguros.

c) Que la sobrevivencia conste en el Registro sin ninguna salvedad, sea porque no se hizo manifestación alguna por los consortes compradores referente a los heredamientos, sea porque esa manifestación se hizo, pero no consta en la inscripción. Estamos para lo que nos interesa, en el mismo caso señalado bajo la anterior letra b), y debe exigirse, para la «purificación», los mismos documentos.

Se observará que hace un momento hemos subrayado la necesidad de que los certificados de últimas voluntades que se presenten sean *los de*

ambos cónyuges (premuerto y sobreviviente) y no sólo el del premuerto. Ello puede parecer excesivo, pero no lo es.

Efectivamente, pongámonos en el caso de que el pacto de sobrevivencia que se celebró y que se trata de purificar hubiese sido imposible, pero no por heredamientos otorgados por el premuerto, sino por heredamientos otorgados justamente por el que sobrevive. Podría pensarse que nadie sale perjudicado de que la mitad indivisa del fallecido se inscriba en favor del sobreviviente, puesto que aquél no tiene heredatarios. Con arreglo a lo cual bastaría con presentar la certificación del Registro de últimas voluntades referente al premuerto y no sería necesario presentar la del cónyuge que sobrevive. Sin embargo, aquella apreciación acerca de los posibles perjudicados y acerca de los intereses en juego no es cierta, como ahora veremos. *Es preciso exigir los certificados de últimas voluntades de ambos cónyuges:*

a) Porque se trata de controlar la legalidad del título de una transmisión. Y el pacto de sobrevivencia —que es ese título— sería tan nulo (y la transmisión tan inexistente) en el caso de que el heredante hubiese sido el premuerto, como en el caso en que lo hubiese sido el sobreviviente.

b) Porque si el pacto de sobrevivencia era nulo hay alguien (además de los inexistentes heredatarios del premuerto) que puede salir perjudicado de que el pacto de sobrevivencia nulo produzca, a pesar de esa nulidad, sus efectos. Y ese alguien es el heredero del cónyuge premuerto cuando sea persona distinta del consorte que sobrevivió.

D) HEREDAMIENTO POSTERIOR A LA COMPRAVENTA CON PACTO DE SOBREVIVENCIA

Puede, desde luego, ocurrir que en esos certificados de últimas voluntades que hay que obtener en el momento de la purificación del pacto aparezca que se ha otorgado algún heredamiento de los que impiden el pacto de sobrevivencia, pero que ese heredamiento es de fecha posterior a este pacto. Cabe plantearse si estos heredamientos posteriores al pacto de sobrevivencia pueden afectar de algún modo a la eficacia de éste.

El artículo 66 de la Compilación determina cuáles son los efectos de los heredamientos respecto de actos anteriores a ellos mismos:

«El heredamiento válido revocará el testamento, el codicilo, la memoria testamentaria y la donación por causa de muerte anteriores a su otorgamiento.»

Los pactos de sobrevivencia no están incluidos en esa norma entre los

actos afectados por el heredamiento y debe entenderse que siguen, por consiguiente, con completa vigencia.

Sólo si se entendiese que el pacto de sobrevivencia entraña una donación por causa de muerte podría estimarse que quedaría afectado por el heredamiento posterior. En contra de estimar que el pacto de sobrevivencia tenga aquella naturaleza jurídica militan, sin embargo, numerosas razones que no es ahora el momento de exponer. Con más razón cuando entran de lleno en el ámbito de aquella discusión dogmática de que se habló al principio y que se ha tratado todo el tiempo de orillar.

MANUEL BALLESTEROS ALONSO
Registrador de la Propiedad

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) TRATADOS INTERNACIONALES Y NORMAS COMUNITARIAS

1. *Convención Interamericana sobre Derecho extranjero.*—El *Boletín Oficial del Estado* del día 13 de enero publica el Instrumento de adhesión de España a la Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979. España designa como autoridad central, a los efectos de lo que se acuerda, a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

El contenido esencial del convenio se centra en los siete primeros artículos, cuyo texto es:

Artículo 1

La presente Convención tiene por objeto establecer normas sobre la de cada uno de los Estados partes proporcionarán a las autoridades de elementos de prueba e información acerca del Derecho de cada uno de ellos.

Artículo 2

Con arreglo a las disposiciones de esta Convención, las autoridades de cada uno de los Estados partes proporcionarán a las autoridades de los demás que lo solicitaren los elementos probatorios o informes sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho.

Artículo 3

La cooperación internacional en la materia de que trata esta Convención se prestará por cualquiera de los medios de prueba idóneos previstos, tanto por la Ley del Estado requirente como por la del Estado requerido.

Serán considerados medios idóneos a los efectos de esta Convención, entre otros, los siguientes:

- a) La prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia o precedentes judiciales.
- b) La prueba pericial, consistente en dictámenes de Abogados o expertos en la materia.
- c) Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho sobre determinados aspectos.

Artículo 4

Las autoridades jurisdiccionales de los Estados partes de esta Convención podrán solicitar los informes a que se refiere el inciso c) del artículo 3.

Los Estados partes podrán extender la aplicación de esta Convención a la petición de informes de otras autoridades.

Sin perjuicio de lo anterior, serán atendibles las solicitudes de otras autoridades que se refieran a los elementos probatorios indicados en los incisos a) y b) del artículo 3.

Artículo 5

Las solicitudes a que se refiere esta Convención deberán contener lo siguiente:

- a) Autoridad de la que provienen y naturaleza del asunto.
- b) Indicación precisa de los elementos probatorios que se solicitan.
- c) Determinación de cada uno de los puntos a que se refiera la consulta con indicación del sentido y alcance de la misma, acompañada de una exposición de los hechos pertinentes para su debida comprensión.

La autoridad requerida deberá responder a cada uno de los puntos consultados conforme a lo solicitado y en la forma más completa posible.

Las solicitudes serán redactadas en el idioma oficial del Estado requerido o serán acompañadas de una traducción a dicho idioma. La respuesta será redactada en el idioma del Estado requerido.

Artículo 6

Cada Estado parte quedará obligado a responder las consultas de los demás Estados partes conforme a esta Convención, a través de su autori-

dad central, la cual podrá transmitir dichas consultas a otros órganos del mismo Estado.

El Estado que rinda los informes a que alude el artículo 3, *c*), no será responsable por la opinión emitida ni estará obligado a aplicar o hacer aplicar el Derecho según el contenido de la respuesta proporcionada.

El Estado que recibe los informes a que alude el artículo 3, *c*), no estará obligado a aplicar o hacer aplicar el derecho según el contenido de la respuesta recibida.

Artículo 7

Las solicitudes a que se refiere esta Convención podrán ser dirigidas directamente por las autoridades jurisdiccionales o a través de la autoridad central del Estado requirente, a la correspondiente autoridad central del Estado requerido, sin necesidad de legalización.

La autoridad central de cada Estado parte recibirá las consultas formuladas por las autoridades de su Estado y las transmitirá a la autoridad central del Estado requerido.

2. *Recomendación CEE sobre formación profesional de la mujer.*— Sobre esta materia y con fecha 24 de noviembre de 1987, la Comisión de las Comunidades Europeas ha formulado la Recomendación 87/567/CEE, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 1

Se recomienda que los Estados miembros adopten una política orientada a favorecer la participación de las mujeres jóvenes y adultas en las acciones de formación, especialmente en las vinculadas a profesiones con futuro, y a desarrollar medidas específicas, principalmente en el ámbito de la formación en profesiones en las que las mujeres se encuentran infrarrepresentadas.

Artículo 2

Se recomienda que los Estados miembros adopten, continúen o fomenten iniciativas destinadas a:

a) Insertar la formación de las mujeres en un proceso amplio que implique la colaboración del conjunto de los agentes afectados: las autoridades y organismos responsables de la educación, la orientación escolar y profesional, las partes sociales, los organismos de formación, los proveedores de fondos, las autoridades gubernamentales y/o regionales y/o

locales, los organismos que luchan por la igualdad en las empresas, las agrupaciones o asociaciones femeninas.

b) Prever, en los servicios de orientación, la formación y contratación de personal cualificado para responder a los problemas específicos de las mujeres (por ejemplo, consejeros en materia de igualdad) y la sensibilización necesaria de los formadores.

c) Adaptar los servicios de orientación escolar, universitaria y profesional de forma que se dirijan a las personas afectadas, en lugar de que estas últimas se vean obligadas a dirigirse a ellos.

d) Facilitar la participación de las mujeres jóvenes y adultas a los cursos de formación mediante la descentralización y una distribución más amplia de los medios de educación y formación.

e) Desarrollar actividades de sensibilización y de información con el fin de ofrecer a las mujeres y a su entorno social imágenes de mujeres desempeñando actividades no tradicionales, como, principalmente, aquellas relacionadas con profesionales de futuro.

f) Fomentar la participación de las chicas en la enseñanza superior, principalmente en los campos técnico y tecnológico:

— Previendo, en el marco de los sistemas de becas, medios para compensar la doble desventaja, sexual y social, que pesa sobre las jóvenes procedentes de sectores menos favorecidos.

— Adoptando medidas para que las jóvenes puedan beneficiarse en condiciones de igualdad de los programas creados en el contexto de los vínculos que deben desarrollarse entre la Universidad y la empresa (especialmente el programa COMETT) y de acuerdos interuniversitarios destinados a promover la movilidad de estudiantes (especialmente el programa ERASMUS).

— Realizando esfuerzos para enviar a las jóvenes a los sectores clave de las nuevas tecnologías.

g) Favorecer, en el ámbito de la formación profesional inicial exterior al sistema de enseñanza, una mayor participación de las jóvenes en los diferentes sistemas, sobre todo de aprendizaje, distintos de los de determinadas ocupaciones «femeninas» y adaptar y suprimir, en su caso, las formaciones femeninas que no desemboquen en ninguna profesión o que no tengan salida.

h) Estimular a las jóvenes y a las mujeres para crear su propia actividad, su propia empresa o cooperativa, mediante el establecimiento de ofertas especiales de formación y de perfeccionamiento destinadas principalmente a:

- Formarlas en el sector financiero.
- Informarles sobre el aspecto de las actividades de apoyo y sobre las facilidades financieras.

i) Desarrollar medidas destinadas a promover la formación continuada por parte de las mujeres que incluyan:

- Campañas de información y de aprovechamiento de la formación.
- Acciones de fomento de dicha formación, por ejemplo, adoptando las condiciones de los cursos de formación (horarios, duración y modalidades de la formación) a los problemas específicos de las mujeres y fijando, cuando sea conveniente, objetivos traducidos en cifras que se deberán revisar regularmente, principalmente en los sectores y profesiones en que las mujeres están infrarrepresentadas.

j) Prever, para determinadas categorías de mujeres, principalmente las mujeres desfavorecidas y las que se reincorporan a un empleo tras una interrupción, formaciones especialmente destinadas a ellas o formaciones específicas en las fases de toma de confianza, sensibilización o preformación.

k) Abrir el conjunto de las formaciones (sobre todo, las destinadas a los parados) a las mujeres que desean reincorporarse a un empleo y alentar a las partes sociales para que desarrollen proyectos de «reincorporación» que impliquen la formación adecuada para lograr la reincorporación de la persona en la empresa en el nivel que poseía antes de su partida.

l) Ofrecer la posibilidad a los cónyuges de los trabajadores independientes que participen en la actividad independiente de beneficiarse de acciones de formación en las mismas condiciones que el trabajador independiente.

m) Prever medidas complementarias y de apoyo, tales como fórmulas flexibles de cuidado de los niños y la creación de infraestructuras sociales apropiadas con objeto de permitir a las madres de familia participar en las acciones de formación, el establecimiento de incentivos financieros o el pago de subsidios durante la formación.

n) Reconocer las competencias adquiridas en el seno del hogar y de la familia (dispensas para determinadas asignaturas de formación, etc.).

o) Garantizar el seguimiento de las mujeres que se hayan beneficiado de acciones de formación, principalmente en las profesiones en que están representadas

Artículo 3

Los Estados miembros informarán a la Comisión, dentro de los tres años siguientes a la fecha de la presente Recomendación, sobre las medidas adoptadas con objeto de aplicarlas, de forma que la Comisión pueda elaborar un informe al respecto.

Artículo 4

Los destinatarios de la presente Recomendación serán los Estados miembros.

3. *Convenio europeo sobre protección social a los agricultores.*—El *Boletín Oficial del Estado* del 27 de febrero ha publicado el Instrumento de ratificación de este Convenio, hecho en Estrasburgo el 6 de mayo de 1974. Según su artículo 2, se entenderá por agricultor todo aquel que en calidad de trabajador autónomo dedique exclusiva o principalmente su actividad a una profesión agrícola, silvícola, hortícola, vitícola o similar, entendiéndose que podrán secundarlo en sus faenas miembros de su familia, asalariados o unos y otros. En el artículo 3, las partes contratantes se comprometen a garantizar a los agricultores y sus familias y asalariados los mínimos sociales que se detallan en los artículos 4 a 13 del Convenio, que transcribimos:

Artículo 4

1. Toda parte contratante aplicará, en todo lo conveniente, a los agricultores y sus derechohabientes las normas de Seguridad Social previstas en sus legislaciones respectivas para las restantes categorías protegidas de la población.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, toda parte contratante otorgará a los agricultores, en las condiciones y los plazos apropiados, la protección de la Seguridad Social, al menos, para cuatro de los siguientes casos: enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, deceso, accidentes laborales, enfermedades profesionales y cargas familiares.

Artículo 5

1. Toda parte contratante procurará que cuando un agricultor cese en su actividad agrícola por razones de orden estructural u otras que ella misma determine, se beneficien de medidas oportunas ese agricultor,

los miembros de su familia y, dado el caso, los asalariados por él empleados.

Estas medidas comprenderán:

a) Otorgar facilidades para que puedan dedicarse a una nueva actividad, de preferencia en su propia región, y en especial facilidades para su orientación, formación y readaptación profesionales.

b) Abonar subsidios temporales que les permitan prepararse para otra actividad.

c) Mantener los derechos, tanto adquiridos como a punto de serlo, en materia de Seguridad Social.

d) Abonar indemnizaciones equitativas o primas adecuadas al agricultor que, por razones de edad, tenga dificultades para emprender otra actividad, y a condición de que el cese en la actividad agrícola lleve consigo una mejora estructural.

2. A los efectos del presente artículo, no se deberá interpretar que la noción de cese de actividad excluye para el agricultor la posibilidad de conservar, para sus necesidades personales, un terreno agrícola de superficie limitada.

3. Toda parte contratante procurará que cuando un agricultor cese parcialmente en su actividad por razones de orden estructural u otras que ella misma determine, se beneficien el agricultor, los miembros de su familia y, en su caso, los asalariados por él empleados, de las medidas mencionadas en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 que antecede, adaptadas a las necesidades.

Artículo 6

Toda parte contratante adoptará medidas idóneas para poner a los agricultores al corriente de los objetivos de su política agrícola, consultar siempre que sea necesario a los medios agrícolas acerca de esa política y tener a los agricultores informados de los acontecimientos internacionales en materia agrícola que puedan interesarles.

Artículo 7

Al formular su política de ordenación territorial, toda parte contratante tendrá en cuenta los problemas planteados por la pérdida de empleo en las zonas agrícolas, facilitando sobre todo allí la creación de empleos nuevos.

Artículo 8

1. Toda parte contratante adoptará las medidas oportunas para:
 - a) Garantizar en las zonas agrícolas servicios socioculturales adecuados.
 - b) Fomentar el mejoramiento de las condiciones de vida e higiene en las explotaciones agrícolas, en beneficio del agricultor, los miembros de su familia y, dado el caso, los asalariados por él empleados.
 - c) Otorgar ventajas —como préstamos a largo plazo, subvenciones o tipos de interés reducido— a los agricultores para facilitar, entre otras cosas, la puesta en práctica de las medidas a que se refiere el precedente apartado b).

2. Toda parte contratante adoptará, asimismo, las medidas oportunas para que los agricultores puedan, en zonas que ella determine, proseguir sus actividades agrícolas y al propio tiempo contribuir a la salvaguarda y protección del paisaje, a la conservación de la naturaleza, al aprovechamiento de las posibilidades de tiempo libre y al mantenimiento de un equilibrio demográfico apropiado en esas zonas.

Artículo 9

Toda parte contratante adoptará o favorecerá toda clase de medidas oportunas para asegurar a los niños que vivan en las zonas agrícolas una formación y una educación de nivel equivalente al procurado en las zonas urbanas. Esas medidas consistirán concretamente en:

- a) Otorgar ayudas que permitan construir las escuelas necesarias para abolir progresivamente la enseñanza en clases únicas.
- b) Transportar a los escolares.
- c) Destinar en número suficiente a las escuelas de las zonas agrícolas a un personal docente cualificado.

Artículo 10

Toda parte contratante adoptará o promoverá medidas a favor de los jóvenes de las zonas agrícolas, en especial a fin de:

- a) Garantizarles una orientación profesional adaptada a sus necesidades y dispensada por personas cualificadas, incluso antes de concluir la escolaridad.
- b) Asegurarles una formación general y profesional adecuada que

les brinde oportunidades iguales a las ofrecidas a los restantes jóvenes en orden a su inserción en la vida profesional.

c) Crear o habilitar, siempre que sea necesario, escuelas profesionales, centros de formación y perfeccionamiento profesionales o escuelas superiores de agricultura.

d) Concederles becas de estudio en condiciones que les brinden oportunidades iguales a las que disfruten los restantes jóvenes.

Artículo 11

Toda parte contratante estimulará la puesta a disposición de la población de las zonas agrícolas de servicios de información y consulta sobre cuestiones agrícolas y sobre la evolución del mercado de empleo en otros sectores de la economía.

Artículo 12

A fin de asegurar en las explotaciones agrícolas unas condiciones laborales lo más favorables posible, toda parte contratante facilitará y favorecerá las diversas formas de cooperación y ayuda mutua entre agricultores, proporcionándoles, llegado el caso, mano de obra provisional.

Artículo 13

A fin de facilitar la ejecución de las tareas inherentes a la vida familiar en las explotaciones agrícolas, toda parte contratante favorecerá:

a) La utilización de medios destinados a simplificar y aliviar las labores domésticas.

b) La prestación de servicios de ayuda familiar a domicilio.

4. *Gastos de la política agraria comunitaria.*—Según el Reglamento (CEE) número 3183/1987, del Consejo, por el que se establecen las normas especiales relativas a la financiación de la política agrícola común, los Estados miembros deberán poner a disposición de los servicios y organismos designados los medios necesarios para efectuar el pago de los gastos de la Sección de Garantía del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola.

El artículo 17 de la Ley General de Presupuestos para 1988 autoriza al Ministerio de Economía y Hacienda para llevar a cabo, con vigencia exclusiva para 1988, las operaciones de Tesorería exigidas por las relaciones financieras con las Comunidades Europeas, cancelándose los anti-

cipos que a favor o por cuenta de las Comunidades Europeas se puedan realizar con los correspondientes reintegros de la misma.

Por ello, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 8 de febrero de 1988 (BOE del 17) regula el procedimiento para cubrir estos gastos, que se contemplan en el artículo 1, 2.º, del Reglamento CEE número 729/1970, y dispone que de conformidad con lo previsto en el artículo 1 del Reglamento (CEE) número 3183/1987, que modifica el Reglamento 729/1970, los fondos destinados a cubrir los gastos de la Sección Garantía del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola serán adelantados por el Estado español.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Propiedad horizontal*.—La Ley 2/1988, de 23 de febrero, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 27 siguiente, viene a reformar la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, en sus artículos 9, 15, 16 y 20.

La modificación que más nos interesa profesionalmente es la adición a la obligación quinta del artículo 9 del siguiente párrafo:

«En la escritura por la que se transmita el piso o local a título oneroso deberá el transmitente declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos o, en su caso, expresar los que adeudare; el transmitente a título oneroso quedará sujeto a la obligación legal de saneamiento o por la carga no aparente de los gastos a cuyo pago esté afecto el piso o local.»

En los artículos 15 y 16 se modifican los modos de convocar las juntas de propietarios y de obtener las mayorías necesarias para la validez de los acuerdos, fijándose que en segunda convocatoria serán válidos los adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes.

En el artículo 20 se establece que:

«1. Las obligaciones a que se refiere el número quinto del artículo 9 serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local, en el tiempo y forma determinados por la Junta. Si no lo hiciere, podrá el Presidente o el Administrador, si éste hubiere sido autorizado por la Junta, exigirlo por vía judicial sin necesidad de requerimiento previo alguno, salvo si los Estatutos exigiesen el requerimiento.»

2. Cualquiera que fuere el procedimiento que se utilizare para el cobro, la certificación del acuerdo de la Junta, aprobatorio de la liquida-

ción de la deuda, será documento suficiente, a los efectos del número 1.º del artículo 1.400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que pueda decretarse el embargo preventivo de los bienes del deudor, siempre que tal acuerdo haya sido notificado al deudor en el domicilio en España que previamente haya designado o, en su defecto, en el propio piso o local.»

2. *Modificaciones en el Reglamento Hipotecario.*—Por Real Decreto 1752/1987, de 30 de diciembre (BOE de 15 de enero, con corrección del 4 de febrero), se hacen las siguientes modificaciones:

- Se amplía en una hora el tiempo hábil para presentación de documentos y despacho al público en los Registros de la Propiedad, siendo en adelante de nueve a catorce horas (art. 360).
- Se hace una nueva regulación completa de las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, estableciendo la posibilidad del funcionamiento simultáneo de dos Tribunales (arts. 504 a 508 y 515).

3. *Acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas.*—El Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero (BOE del 23), establece ésta posibilidad en cuanto a las escalas y cuerpos que específicamente se señalan. Entre ellos están los Cuerpos Jurídicos del Ejército de Tierra: de la Armada y del Ejército del Aire.

C) COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Durante los pasados meses de enero y febrero se han publicado en los correspondientes *Boletines* autonómicos las siguientes disposiciones destacables:

a) *De rango legal*

1. *Ley sobre la Compilación del Derecho Civil de Galicia.*—Tiene fecha de 10 de noviembre de 1987 y se publicó en su *Diario* regional el 20 de enero.

Se da una nueva redacción a los artículos 1 y 2 de la Compilación, que en adelante dirán así:

Artículo 1. Las disposiciones del Derecho civil de Galicia se aplican en el territorio de la Comunidad Autónoma gallega, sin perjuicio de la vigencia que puedan tener en otros ámbitos territoriales, al amparo de la correspondiente normativa autonómica o estatal.

Artículo 2, párrafo 1.º De conformidad con lo establecido en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía, el Derecho propio de Galicia en materia de su Derecho civil es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro.

Se modifican los artículos 47, 53 y 90; se suprimen la disposición adicional y la final tercera; se modifican las disposiciones finales primera y segunda y las transitorias tercera y cuarta, y se derogan definitivamente los artículos 3 al 46, que regulaban el foro, y los artículos 88 y 89, sobre montes en mano común.

2. *Ley de Iniciativa Legislativa Popular en Galicia.*—Es de 19 de enero de 1988 (*Diario Oficial* del 27 siguiente). Se otorga tal iniciativa a los gallegos, que podrán presentar proposiciones de Ley al Parlamento gallego, firmadas, al menos, por 15.000 ciudadanos censados.

3. *Ley modificando la de Hacienda General del País Vasco.*—De fecha 16 de diciembre de 1987, publicada en el *Boletín* regional del 20 de enero. Modifica la Ley de 22 de junio de 1983, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de varios de sus preceptos, que se citan, anulando o corrigiendo su texto.

4. *Tribunal Superior de Castilla y León.*—Por Ley de dicha Autonomía de 29 de diciembre de 1987, publicada en su *Boletín* el 11 de enero siguiente, se fija en Burgos la sede del Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad.

5. *Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en Navarra.*—La Ley Foral de 29 de diciembre de 1987 (*Boletín Oficial de Navarra* de 1 de enero) modifica parcialmente la norma reguladora de este Impuesto reductando los artículos referentes a la cuota tributaria para la transmisión de inmuebles, muebles y constitución de derechos de garantía (art. 8), a la escala para transmisión de acciones (art. 9) y declara la exención de la reventa de vehículos usados (art. 36, 1, B).

6. *Gobierno de la Región Murciana.*—Por Ley de 7 de enero de 1988, que inserta el *Boletín Oficial de la Región de Murcia* del 14 siguiente, se regulan las funciones del Presidente, Consejo de Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

b) *Normas reglamentarias*

1. *Decretos sobre el Impuesto de Sucesiones.*—Como consecuencia de la publicación de la Ley reguladora de este Impuesto, de fecha 18 de diciembre de 1987, varias Autonomías han dictado Decretos atribuyendo competencias liquidadoras a los Registradores de la Propiedad de Distrito Hipotecario. Hasta el momento hay Decretos en este sentido en Asturias, Cataluña, Castilla y León, Galicia, Murcia y Valencia.

2. *Reglamento del Patrimonio de Andalucía*.—Por Decreto de 11 de noviembre de 1987, publicado en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* el 8 de enero, se publica el Reglamento que desarrolla la Ley del Patrimonio de la Comunidad Andaluza de 5 de mayo de 1986.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Conferencias sobre reforma del Derecho de sociedades*.—En el Ilustre Colegio de Abogados de Castellón de la Plana se ha celebrado un ciclo de conferencias sobre el anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, que ha tenido lugar en los meses de noviembre y diciembre del pasado año y enero y febrero del actual.

Los conferenciantes han desarrollado los siguientes temas:

- «La fundación simultánea de la Sociedad Anónima», por don VICENTE LUIS SIMÓ SANTONJA, Notario y Consejero de la Unión Internacional del Notariado Latino.
- «Las acciones de la Sociedad Anónima», por don ANTONIO FITERA GÓMEZ, Notario.
- «Pactos limitativos sobre transmisión de acciones de la Sociedad Anónima», por don SALVADOR MÍNGUEZ SANZ, Registrador de la Propiedad.
- «Modificación de Estatutos: Aumento y reducción del capital en la Sociedad Anónima», por doña MARÍA LOURDES FRÍAS LLORENS, Notario.
- «El anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», por don FRANCISCO LLOVERA DE YRIARTE, Notario.
- «Contabilidad en las Sociedades Anónimas según el anteproyecto de Ley de Reforma», por don LUIS MARTÍ MINGARRO, Abogado, Secretario General Técnico del Consejo General de la Abogacía y Catedrático de Hacienda Pública.
- «Directrices en materia de sociedades en estudio por el Consejo de la CEE», por don SEBASTIÁN ALBELLA AMIGÓ, Letrado del Estado y Delegado de España ante la CEE.
- «Problemática actual del Derecho mercantil», por don ROBERTO BLANQUER ÜBEROS, Notario y Presidente de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios de España.

2. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—Se está desarrollando el primer ciclo de conferencias en conmemoración del cente-

nario del Código Civil, habiéndose pronunciado ya tres de ellas, que han sido:

- El día 18 de enero, el Académico de número don ALFONSO GARCÍA-GALLO Y DE DIEGO, sobre «Las fuentes legales vigentes a comienzos del siglo XIX».
- El día 1 de febrero, el Presidente del Tribunal Constitucional y Catedrático de Historia del Derecho, don FRANCISCO TOMÁS VALIENTE, sobre «Aspectos generales del proceso de codificación en España».
- Y el día 15 de febrero, el Académico de número, Secretario General de la Corporación y Consejero de Redacción de nuestra *Revista*, don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, sobre «La polémica de la codificación. La escuela filosófica y la escuela histórica».

3. *Academia Matritense del Notariado*.—Se han celebrado dos conferencias en esta Academia del Ilustre Colegio Notarial de Madrid:

- El día 28 de enero, el Notario don JOSÉ MARÍA SEGURA ZURBANO disertó sobre «Los préstamos y el interés variable».
- Y el día 25 de febrero, don JOSÉ-CÁNDIDO PAZ ARES, Catedrático de Derecho Mercantil, sobre «La desincorporación de los títulos-valores».

4. *Curso sobre Legislación Hipotecaria y Mercantil*.—En la Escuela Profesional de Práctica Jurídica, el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona ha organizado, conjuntamente con el de Registradores de la Propiedad, este curso de conferencias, desarrolladas en los meses de enero a abril de este año.

El programa completo de disertaciones ha sido el siguiente:

- «Urbanismo y Registro de la Propiedad», por el profesor don RAFAEL ARNAIZ EGUREN, Registrador de la Propiedad.
- «Aspectos fisonómicos de la futura legislación sobre las Sociedades Anónimas», por el profesor don ANTONIO HUESO GALLO, Registrador de la Propiedad.
- «Extranjería y Registro de la Propiedad», por el profesor don MARIANO ALVAREZ PÉREZ, Registrador de la Propiedad.
- «Créditos preferenciales laborales y Registro de la Propiedad», por el profesor don JOSÉ MARÍA ALFÍN MASSOT, Registrador de la Propiedad.
- «Visión analítica del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», por la

profesora doña PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, Registrador de la Propiedad, **Notario excedente.**

- «Nuevas orientaciones en torno al Derecho de hipoteca», por el profesor don JULIÁN MURO NAVARRO, Registrador de la Propiedad.
- «La escritura de hipoteca ante el Registro de la Propiedad», por el profesor don PEDRO AVILA NAVARRO, Registrador de la Propiedad, **Notario excedente.**
- «Configuración general de la hipoteca», por el profesor don ANTONIO GARCÍA CONESA, Registrador de la Propiedad, **Notario excedente.**
- «Repercusiones del Derecho comunitario en el ámbito registral **español**», por el profesor don JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Registrador de la Propiedad, **Notario excedente.**
- «Anotación de demanda y de Derecho hereditario», por el profesor don ANTONIO ISAC AGUILAR, Registrador de la Propiedad.
- «La anotación preventiva de embargo», por el profesor don CELESTINO PARDO NÚÑEZ, Registrador de la Propiedad.
- «Perspectivas societarias actuales», por el profesor don JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ DEL VALLE, Registrador de la Propiedad.
- «La comunidad de gananciales y la institución registral», por el profesor don TOMÁS GIMÉNEZ DUART, **Notario.**
- «Principio hipotecario de la fe pública», por el profesor don JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, Registrador de la Propiedad.
- «La Sociedad de Responsabilidad Limitada: su problemática», por el profesor don ALBERTO DOMINGO PUCHOL, **Notario.**
- «Capacidad de la Sociedad Anónima en su fase dinámica y extintiva», por el profesor don VICENTE MARTÍNEZ BORSO, **Notario.**
- «Registro de la Propiedad y Constitución», por el profesor don JOSÉ ANTONIO MIGUEL CALATAYUD, Registrador de la Propiedad.
- «La institución registral a la luz del Derecho civil», por el profesor don VICENTE TORRALBA SORIANO, Abogado, Catedrático de Derecho civil.
- «Condición y Registro de la Propiedad», por el profesor don TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI MARTÍN CÓRDOVA, Registrador de la Propiedad.
- Clausura de curso por el excelentísimo señor Decano del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, don CARLOS MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO.

5. *Conferencia en el Colegio de Registradores de la Propiedad.*—

El día 8 de febrero, en el salón de actos de dicho Colegio en Madrid, el diplomático don JUAN ANTONIO MARTÍN BURGOS expuso el tema «La

publicidad registral en la URSS y los países del Este», que resultó interesantísima, en cuanto que nos permitió comprobar la radical diferencia de este sistema en relación con el normal en nuestra área.

Hay inscripción no sólo obligatoria, sino constitutiva, pero en favor del Estado, dueño absoluto de todos los bienes. La vivienda, que no puede exceder de 60 metros cuadrados, no es objeto de propiedad de la familia, sino concesión estatal, y esta concesión se refleja en el Registro más como control que como derecho, por supuesto. La propiedad rústica tiene los mismos patrones, anotándose la concesión en favor del Koljós como comunidad, y nunca en favor del agricultor individual.

6. *Primer Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León.*—Ha tenido lugar del 20 al 22 de enero pasado en Burgos, organizado por los Departamentos de Derecho Procesal de las Facultades de Derecho de Valladolid y Burgos, bajo el tema general «Crisis de la justicia y reformas procesales».

Han asistido prestigiosos juristas en gran número, que debatieron los temas en cuatro mesas redondas: I. Reforma orgánica.—II. Reforma del proceso civil.—III. Reforma del proceso penal.—IV. Reforma del proceso administrativo.

La amplitud del programa ha permitido contrastar opiniones, proponer soluciones y destacar ideas, concretadas en las ponencias y comunicaciones presentadas y debatidas, poniendo de manifiesto la permanente preocupación de los juristas por estos temas.

LA REDACCIÓN

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 17 de junio de 1987.*—INDEFENSION.—No se produce cuando los interesados no usan, por negligencia, de su posibilidad de alegar y probar sus propios derechos.—Sala 1.ª—Ponente: Sr. Rubio Llorente (*BOE*, 9 de julio).

Hechos.—*a)* Por Providencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Salamanca, de 3 de marzo de 1983, se tuvo por promovido juicio declarativo ordinario de menor cuantía, por don Aurelio C. B., contra la Entidad solicitante de amparo «Gresco», sobre reclamación de 246.830 pesetas más intereses.

b) Con fecha, se dice, 21 de marzo de 1983, la Entidad demandante de amparo fue emplazada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Madrid, en virtud de exhorto procedente del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Salamanca, para que en término de nueve días hábiles, más tres días por razón de la distancia, compareciera en los correspondientes autos del juicio declarativo, antes referido, bajo apercibimiento de ser declarada en rebeldía.

c) Por escrito de 7 de abril de 1983, la Entidad solicitante de amparo promovió cuestión de competencia por inhibitoria al amparo del artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

d) El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Salamanca declaró en rebeldía a la solicitante de amparo por Providencia de 9 de abril de 1983.

e) El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid, por Providencia de 11 de abril de 1983, admitió a trámite la cuestión de competencia planteada, teniéndose por parte en los actos incoados a «Gresco, Cooperativa Gremio Salchicheros».

f) El 6 de mayo de 1983, el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid dirigió oficio requiriendo de inhibición al de igual clase número 2 de Salamanca.

g) El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Salamanca, por Providencia de 12 de mayo de 1983, acuerda suspender el procedimiento y oír a la parte demandante sobre la cuestión de competencia planteada por la entonces demandada «Gresco, Cooperativa Gremio Salchicheros».

h) Por Auto de 26 de mayo de 1983, el Juzgado de Primera Instancia

número 2 de Salamanca acordó inhibirse en favor del de igual clase número 7 de Madrid, al que fueron remitidos los autos con emplazamiento de las partes, por término de quince días, para que pudiesen comparecer ante él a usar de sus derechos.

La representación de la Entidad solicitante de amparo afirma que ésta no tuvo conocimiento del auto referido por estar declarada en rebeldía, ni pudo usar de sus derechos por no hallarse en momento procesal oportuno para contestar a la demanda o proponer pruebas, dado que habían transcurrido los correspondientes plazos ante el Juzgado *a quo*.

i) Por Providencia del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid, de 22 de junio de 1983, fue alzada la suspensión de los autos de juicio declarativo. Este Juzgado dictó sentencia condenando al pago a la Entidad demandada y recurrente de amparo en fecha 19 de octubre de 1983.

Apelada la sentencia del Juzgado número 7 de Madrid ante la Audiencia Territorial, fue confirmada por Sentencia de 19 de diciembre de 1985, y contra ella la Entidad recurrente aduce haber quedado indefensa en el procedimiento que antecede, con la consiguiente lesión del derecho que se declara en el artículo 24, 1, de la Constitución, porque, a resultas de una serie de omisiones e irregularidades que imputa a los órganos judiciales intervinientes, no se le dio ocasión de defender sus derechos e intereses, contestando la demanda interpuesta contra ella y proponiendo y realizando la prueba que permitiera acreditar la razón de su tesis. Los actos u omisiones judiciales a los que se imputa esa indefensión no quedan identificados con precisión en la demanda de amparo, pero sí se deduce de lo expuesto en ella que, para la actora, la lesión de su derecho fundamental se vino a producir como consecuencia de la sucesión de las actuaciones procesales que anteceden y en sus dos instancias, concurriendo a la producción del efecto lesivo la inicial declaración de rebeldía dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Salamanca, la prosecución ante este órgano judicial de las actuaciones, pese a haberse planteado por la entonces demandada cuestión de competencia por inhibitoria, la falta de citación para su comparecencia ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid, finalmente reconocido competente, el rechazo, ya en la sentencia recaída en Primera Instancia de su petición de nulidad de actuaciones y, en fin, la denegación por la Audiencia Territorial de Madrid, tanto del recibimiento a prueba ante ella interesado, como de la petición de nulidad de actuaciones que se reiteró en la alzada. Para la representación actora, en suma, la lesión inicial de su derecho, por no habersele dado ocasión para contestar a la demanda y proponer pruebas, se habría producido tanto en las actuaciones seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia de Salamanca, como en la prosecución de este procedimiento ya ante el Juzgado número 7 de los de la misma clase de Madrid. Esta indefensión, de otra parte, habría sido reiterada —por no reparada— en la sentencia recaída en la Primera Instancia y también en las resoluciones mediante las que la Audiencia Territorial de Madrid denegó aquellas peticiones de recibimiento a prueba y de nulidad de actuaciones (Auto de 29 de abril de 1985 y Sentencia de 19 de diciembre del mismo año).

Fallo.—El Tribunal Constitucional niega el amparo que se solicita, explicando la decisión a lo largo de los siguientes

Fundamentos de Derecho.—2. *La indefensión que se prohíbe en el artículo 24, 1, de la Constitución no nace, como con reiteración hemos dicho, de la sola y simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, pues el quebrantamiento de esta legalidad no provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución sustancial de los derechos que corresponden a las partes en razón de su posición propia en el procedimiento ni, en consecuencia, la indefensión que la Constitución proscribire. Si surge esta indefensión —diciéndolo con las palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1986, de 1 de julio, en donde se reitera y resume esta doctrina— de la privación del derecho a alegar y a demostrar en el proceso los propios derechos, y tiene su manifestación más trascendente cuando por el órgano judicial se impide a una parte el ejercicio de este derecho a la defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar, y en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (fundamento jurídico 2.º).* Hemos dicho, asimismo (desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1981, de 23 de julio, fundamento jurídico 3.º), que este derecho constitucional a la defensa se ha de preservar en cada instancia y también que el mismo puede resultar igualmente comprometido cuando, en relación con el derecho a valerse de las pruebas pertinentes para la propia defensa (art. 24, 2, de la Constitución), la probanza interesada, siendo efectivamente pertinente, ha sido rechazada sin motivación o con una motivación manifiestamente irrazonable. La indefensión, con todo, no se producirá cuando, aun habiéndose quebrantado la legalidad procesal por el juzgador, el propio interesado, por impericia o por negligencia, no haya utilizado sus posibilidades de defensa, desdeñando los remedios hábiles para hacer valer sus intereses y cooperando con ello al menoscabado de su posición procesal (por todas las resoluciones en este sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 109/1985, de 8 de octubre, fundamento jurídico 3.º).

Este derecho constitucional a la defensa —por referirnos ya al procedimiento que está en la base del presente— debe ser igualmente preservado cuando se promueva, por quien sea citado por Juez incompetente, una *cuestión de competencia* a través de uno u otro de los cauces al efecto dispuestos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante), esto es, mediante declinatoria o inhibitoria (*arts. 72 y sigs.*). Cualquiera de estas vías es apta para defender, en el proceso civil, el *derecho a que el litigio sea dirimido por el Juez competente*, pero no cabe ahora desconocer que el acudir a la inhibitoria —aquí emprendida por quien demanda amparo— suscita, a diferencia de lo que ocurre cuando se opta por la declinatoria, algunas dificultades en orden, justamente, a la preservación del derecho a la defensa de quien así discute la competencia del Juez que conoce inicialmente del asunto. Planteada la inhibitoria ante el Juzgado o Tribunal que se estima competente, su sola formulación por la parte no suspende el curso de las actuaciones ante el órgano judicial cuya competencia se controvierte, aunque sí tiene este efecto suspensivo el requerimiento de inhibición que se puede dirigir, en su caso, a este último juzgador por aquel ante quien se formuló la cuestión de compe-

tencia. (art. 114 de la LEC). Si el auto resolutorio de la cuestión tarda en adoptarse y si el procedimiento principal en su día iniciado sigue en curso, se corre el riesgo de que quien formuló la inhibitoria quede marginado de trámites procesales trascendentes para la conformación y resolución del proceso y de que, ausente una de las partes en su tramitación, se vengán así a menoscabar los principios de contradicción y de defensa, garantizados, según se ha dicho, en el artículo 24, 1, de la Constitución. Esta eventualidad —de verificación no improbable por la combinación del sistema previsto en los artículos 84 y siguientes de la LEC con lo prevenido en el artículo 58, 2, del mismo texto legal— impone, desde luego, una interpretación y aplicación de las normas procesales positivamente orientada a impedir la lesión del derecho fundamental aquí comprometido y, en particular, en un entendimiento ajustado a la constitución de la regla presente en el artículo 115 de la LEC, precepto en el que, como se ha recordado por quienes han alegado en este proceso, se determina que «todas las actuaciones que se hayan practicado hasta la decisión de las competencias serán, válidas, sin necesidad de que se ratifiquen ante el Juez o Tribunal que sea declarado competente». Baste ahora con señalar que esta disposición legal no puede ser entendida en términos tales que, determinado finalmente cuál sea el órgano judicial competente y remitidas al mismo las actuaciones ya realizadas ante otro Juzgado o Tribunal, se venga a impedir a la parte que formuló la inhibitoria ejercitar sus derechos de alegación y de prueba, cuando esta defensa procesal, por estar aún pendiente de la resolución de la cuestión de competencia, no se haya podido realizar ante el órgano judicial que luego resolvió inhibirse del conocimiento del asunto. Ni del tenor literal del artículo 115 se desprende, en defecto, que resulte ya impracticable, ante el Juez competente, toda actuación procesal que antes no se hubiere podido realizar ante el que no lo fuera, ni, desde luego, semejante entendimiento del precepto se acomodaría a las exigencias de lo prevenido en el artículo 24, 1, de la Constitución, pues ello, como bien observa el Ministerio Fiscal, entrañaría un menoscabo del derecho a la defensa de quien usó, por los cauces legales adecuados, del remedio que la Ley pone en sus manos para ser juzgado por el órgano judicial que resulte competente.

Así dice la actora que se produjo en este caso, mas la consistencia de su alegato debe ser apreciada, como también antes se dijo, a la luz del examen de las actuaciones y del comportamiento procesal de la Entidad recurrente.

3. Los dos primeros reproches que dirige la demandante a lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Salamanca —haberla declarado rebelde mediante Providencia de 9 de abril de 1983 y no haber suspendido la tramitación del pleito, pese a la formulación por la parte de una cuestión de competencia ante otro órgano judicial— no pueden ser compartidos por este Tribunal, pues de tales actuaciones judiciales no se derivó de modo directo indefensión alguna para la entonces demandada. Debidamente emplazada en su día por el Juzgado ante el que la demanda se presentó, «Gresco, Cooperativa», optó por discutir la competencia de ese órgano judicial por la vía de la inhibitoria y eludió toda personación ante el Juzgado, que consideró incompetente, para evitar que se entendiera tal hipotética actuación como aceptación implícita de la competencia que se discutía (art. 58, 2, de la LEC). Obrando de este modo, no dejó la actora, ciertamente, de ejercer el derecho que la Ley procesal la reconocía;

pero también en virtud de lo dispuesto en la Ley misma su declaración como «rebelde», transcurrido el término de emplazamiento, no puede decirse irregular ni lesiva de su derecho (art. 685 de la LEC), y otro tanto se debe concluir respecto de la no suspensión de las actuaciones, sino luego de que el Juzgado número 2 de Salamanca recibiera el correspondiente requerimiento de inhibición, pues, como antes observamos, la suspensión del procedimiento sólo viene impuesta por la Ley (arts. 89 y 114) cuando el órgano judicial sea formalmente requerido de inhibición por el Juzgado o Tribunal que aceptase su competencia para conocer del asunto (art. 86). En contra de lo argüido por la representación de quien comparece hoy como demandado, *no cabe reprochar a la recurrente de amparo su no personación, con anterioridad a la resolución de la cuestión de competencia, ante el Juzgado que consideró incompetente, pero tampoco es plausible imputar lesión alguna del derecho constitucional que aquí se defiende a unas actuaciones judiciales llevadas a cabo a instancia de quien, como demandante, ejercía también entonces su derecho a la debida tutela judicial y en aplicación de lo legalmente dispuesto para el caso de la no comparecencia en el juicio del demandado.* Cuestión diferente es, como ya dijimos, que al deberse esta incomparecencia a la interposición y tramitación de la inhibitoria planteada por la hoy recurrente, y no a su culpa o negligencia, se haya de llegar a una interpretación conforme a la Constitución de las normas que regulan la reanudación del proceso, una vez resuelta la cuestión de competencia (art. 115 de la LEC).

Para preservar, justamente, este derecho de las partes de personarse y alegar ante el órgano judicial considerado finalmente competente, se dispone en el artículo 92 de la Ley procesal que «consentido o ejecutoriado el auto en que los Jueces o Tribunales se hubieren inhibido del conocimiento de un negocio, se remitirán los autos al Juez o Tribunal que hubiere propuesto la inhibitoria, con emplazamiento de las partes, por término de quince días, para que puedan comparecer ante él a usar de su derecho». Aduce también la actora que al haber sido declarada en rebeldía por el Juzgado de Primera Instancia de Salamanca, no fue emplazada por este órgano judicial como prescribe el precepto citado, ni pudo, en consecuencia, hacer valer su derecho, en el momento procesal oportuno, ante el Juzgado de Primera Instancia de Salamanca; no fue emplazada por este órgano judicial como prescribe el precepto citado, ni pudo, en consecuencia, hacer valer su derecho, en el momento procesal oportuno, ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid. Sin embargo, la indefensión que por esta infracción procesal se aduce tampoco llegó a verificarse en este caso.

Pudo tal vez el órgano judicial, que resolvió inhibirse, proceder al emplazamiento personal de la representación de «Gresco, Cooperativa», en virtud de lo prevenido en el mencionado artículo 92 de la LEC, sin que para ello fuera obstáculo insalvable la anterior declaración de rebeldía de esta Entidad, pues desde la recepción del oficio en el que se la requería de inhibición, conocía ya el Juzgado de Primera Instancia de Salamanca que la incomparecencia de la demandada tuvo por causa el planteamiento y posterior tramitación de la inhibitoria. Pero si bien es cierto que tal emplazamiento fue posible y que no consta, en las actuaciones que ante nosotros obran, la correspondiente diligencia, esa conducta procesal ni vulneró norma alguna ni produjo la indefensión que ahora se denuncia. Aparece en esas mismas actuaciones, en efecto, la Providencia de fecha

11 de junio de 1983, mediante la cual el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid acusó recibo de los autos remitidos por el de igual clase de Salamanca y ordenó se diera cuenta de la comparecencia del entonces demandante o del transcurso del término de emplazamiento si tal comparecencia no se llegara a producir. Esta resolución se le notificó en forma a la representación procesal de «Gresco, Cooperativa», dándose así ocasión a quien hoy demanda para alegar lo que a su derecho conviniere y alcanzándose con ello lo procurado por el artículo 92 de la Ley procesal, esto es, el conocimiento por la parte de la resolución de la inhibitoria y de la consiguiente posibilidad en orden a hacer valer su derecho ante el órgano judicial competente. Si aquel deber de emplazamiento se omitió en este caso, no por ello, en definitiva, quedó en indefensión la recurrente actual, que pudo, desde el inicio mismo de la reanudación de las actuaciones ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, actuar como demandada que era, pidiendo, en su caso, que se le diera ocasión procesal para contrarrestar, mediante la pertinente probanza, lo expuesto por la otra parte en su demanda. Dice hoy la actora que esta posibilidad de alegar y de probar lo alegado —no impedida, según señalamos, por lo que se dispone en el artículo 115 de la LEC— se le negó, sin embargo, por el órgano judicial, lo que habría consumado la indefensión que motiva su queja. Es este alegato el que, para concluir, debe ser ahora objeto de consideración.

4. La queja principal de la recurrente es, como se acaba de recordar, que habiéndole sido imposible contestar a la demanda y proponer prueba en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Salamanca, no se le dio tampoco ocasión para realizar estas actuaciones, indispensables para la defensa de su derecho cuando, resuelta ya la inhibitoria, se reanudó el curso del proceso ante el Juzgado competente de Madrid. Si así hubiera ocurrido, habría de convenirse en que el órgano judicial, al rechazar la petición de la parte para defender sus derechos, conculcó la garantía constitucionalmente establecida en el artículo 24, 1, de la Constitución, pues ya se ha dicho que lo prevenido en el artículo 115 de la LEC no puede ser entendido en términos tales que se llegue a privar del derecho fundamental a la defensa a la parte que, por haber formulado en su día una inhibitoria, vio transcurrir en su ausencia, ante el Juez que estimaba incompetente, etapas decisivas del procedimiento. No hubo tal, a despecho de lo que en la demanda se dice, en este caso, pues *ni existe constancia procesal de que la recurrente de amparo pidiera entonces —cuando fue notificada de la resolución a su favor de la inhibitoria— la reapertura del término previsto para la propuesta y realización de pruebas, ni se acudió tampoco por la representación de «Gresco, Cooperativa», a los recursos legalmente previstos, en ambas instancias del proceso, para obtener de los juzgadores que aquí resolvieron el reconocimiento del derecho por cuya vulneración se suscita la queja constitucional.*

Ya hemos observado que desde la notificación que se le hizo de la Providencia de 11 de junio de 1983, del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid, *conocía la actora la culminación de la inhibitoria y, por lo mismo, su posibilidad de alegar y, en lo que ahora interesa, de postular ante el Juez la reapertura, sin merma para su derecho de defensa, del procedimiento.* Nada alegó entonces la recurrente y en la misma pasividad incurrió cuando se le notificaron las Providencias de los días 22 y 29 de junio de 1983, mediante las que el juzgador resolvió, respecti-

vamente, alzar la suspensión de los autos —aguardando, para decidir lo procedente, hasta que concluyera la práctica de las pruebas— y convocar a las partes para la vista, que se fijó en el día 17 de octubre. Una y otra de estas resoluciones fueron, sin duda, susceptibles de ser recurridas en reposición (art. 376 de la LEC), pero la parte pasó por ellas sin protesta y esperó hasta la celebración de la vista, meses después, para deducir, sólo entonces, una petición de nulidad de actuaciones que fue rechazada en la Sentencia dictada el día 19 de octubre de 1983. Desde la perspectiva constitucional que se ha de tener aquí en cuenta, no se puede dejar de apreciar que actuando de este modo, *la demandante desaprovechó los remedios existentes para la defensa del derecho que hoy invoca e hizo nacer en la parte adversa la confianza, contrariada luego en el acto de la vista, de que el procedimiento hasta entonces seguido no le merecía tacha de tipo alguno.*

Mas no acabó aquí la indiligencia de la actora. Interpuesto por ella recurso de apelación frente a la sentencia recaída en la instancia *pidió entonces el recibimiento a prueba, con cita de lo prevenido en los artículos 707 y 862 (núms. 2.º y 5.º) de la LEC, pero no formuló recurso alguno frente al Auto de 29 de abril de 1985, mediante el que la Audiencia denegó su pretensión*, pese a la expresa previsión legal (párrafo segundo del artículo 867) de los recursos de súplica y, en su caso, de casación frente al rechazo de esa solicitud. De nuevo aquí se aguardó por la recurrente, sin protesta alguna, hasta la celebración de la vista, el día 16 de diciembre de 1985, acto éste en el que, como parece deducirse del fundamento primero de la sentencia recaída en la alzada, se reiteró la petición de que se declarase la nulidad de todo lo actuado.

Se desprende de todo lo anterior, sin sombra de duda, que *la actual demandante no vio vulnerado su derecho de defensa por las actuaciones judiciales que aquí se sucedieron, pues su propio comportamiento procesal fue, cuando menos, negligente, omitiendo, cuando pudo hacerlo, toda petición formal de que se le diera ocasión para ejercer sus derechos procesales y desdeñando después los recursos existentes frente a las resoluciones que ordenaron, en la Primera Instancia, la prosecución del procedimiento, y que denegaron, en la alzada, su petición de recibimiento a prueba*; como hemos dicho en el segundo de los fundamentos de esta sentencia, el recurso de amparo constitucional no existe cuando en él se invoca el derecho declarado en el artículo 24, 1, de la Constitución para supervisar la regularidad formal de lo actuado ante los órganos judiciales. Existe sólo, respecto de tal garantía constitucional, para preservar el derecho de todos a la debida tutela judicial, sin indefensión; pero esta lesión no es reconocible cuando quien la denuncia, como también observamos, no supo o no quiso defender su derecho por los medios que el ordenamiento procesal le brindaba, pues, en tal caso, la obtención del amparo vendría a hacer buena, en demérito de los derechos de la otra parte, la indiligencia o la pasividad de quien asistió, sin reaccionar oportunamente, a lo que califica luego de vulneración de su derecho fundamental. Así ocurrió en este caso y por ello la petición de amparo se debe rechazar.

2. *Sentencia de 22 de junio de 1987.*—ACTUACIONES POR JUZGADO INCOMPETENTE.—Serán válidas cuando no supongan desconocimiento de los derechos constitucionales de las partes a ser oídas y hacer las alegaciones pertinentes.—Sala 2.ª—Ponente: Sr. Latorre Segura (BOE, 9 de julio).

Hechos.—La Entidad DAFSAE, en liquidación, demandó en juicio ejecutivo cambiario a la Sociedad recurrente ADASA, ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid, ejercitando una acción ejecutiva derivada de letra de cambio domiciliada en Avilés. Citada de remate con fecha 11 de noviembre de 1982, la demandada promovió la inhibitoria ante el Juzgado de Primera Instancia de Avilés con fecha 13 siguiente. Dicho Juzgado dictó auto requiriendo de inhibición al de Madrid, pero cuando éste recibió el oficio de inhibición ya había decretado la rebeldía de la demandada, aunque posteriormente accedió a la inhibición por Auto de fecha 14 de febrero de 1983. Por Providencia de 12 de marzo de 1983, el Juzgado de Avilés notificó a las partes la recepción de los autos para que instaran lo que conviniese a su derecho. La recurrente en amparo interesó que se le concediera plazo para oponerse a la ejecución, a lo que accedió el Juzgado por Auto de 6 de abril de 1983. Siguió el procedimiento por sus trámites y el Juzgado dictó Sentencia de fecha 11 de octubre de 1983, mandando seguir adelante la ejecución.

Apelada la sentencia por la recurrente en amparo, la Audiencia Territorial de Oviedo, en Sentencia de 13 de julio de 1984, declaró la nulidad de actuaciones a partir del Auto de 6 de abril de 1983, «las que se seguirán tramitando con arreglo a Derecho», tras considerar que se había interpretado erróneamente el artículo 115 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en relación con el 114 de la misma, pues todas las actuaciones practicadas ante el Juzgado requerido antes de recibir el requerimiento de inhibición y acordar la suspensión son válidas, menos la sentencia. Devueltos los autos al Juzgado, la recurrente en amparo solicitó a éste la nulidad de actuaciones del proveído dictado por el Juzgado de Madrid declarándole en rebeldía, así como de las actuaciones llevadas a cabo por dicho Juzgado, a excepción de las originadas por la tramitación de la cuestión de competencia. El Juzgado de Avilés no admitió a trámite el incidente por Auto de 5 de septiembre de 1984, confirmando en reposición por el de 22 del mismo mes y año. La recurrente en amparo apeló contra este último auto. El Juzgado de Avilés dictó el 25 de septiembre de 1984 sentencia de remate, también apelada. La Audiencia Territorial desestimó, por Sentencia de 8 de marzo de 1985, ambos recursos, confirmando íntegramente las citadas resoluciones.

Contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo citada últimamente interpone la Sociedad ADASA recurso de amparo.

Fallo.—El Tribunal Constitucional otorga parcialmente dicho amparo, en el sentido de que se vuelva a ver la apelación por la Audiencia Territorial de Oviedo, declarando la validez de lo actuado hasta la Sentencia de 11 de octubre de 1983 y decretando, en cambio, la nulidad de las actuaciones posteriores, tal como se detalla en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—Primero.—De las alegaciones de la recurrente debe descartarse, en primer término, la pretendida vulneración del artículo 14 de la Constitución, vulneración que habría sido ocasionada por-

que la Audiencia de Oviedo se apartó en sus resoluciones de la opinión recogida en otras sentencias de distintas Audiencias Territoriales. Como acertadamente dice el Fiscal, *para apreciar una vulneración del principio de igualdad provocada por resoluciones judiciales es necesario ofrecer un término válido de comparación, que sólo puede ser otra u otras resoluciones del mismo órgano judicial en casos sustancialmente análogos.* En este caso no se ha ofrecido ese término de comparación, por lo que procede rechazar este motivo de amparo.

Segundo.—Mayor atención merece la alegada *vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, consagrado en el artículo 24, 1, de la Constitución.* Entiende el recurrente, y concuerda con su opinión el Fiscal, que el artículo 115 de la LEC no puede interpretarse como lo hizo la Audiencia de Oviedo. Dice, en efecto, ese artículo:

«Todas las actuaciones que se hayan practicado hasta la decisión de las competencias serán válidas, sin necesidad de que se ratifiquen ante el Juez o Tribunal que sea declarado competente.»

El Juzgado de Madrid recibió el oficio requiriendo de incompetencia después de que hubiese declarado la rebeldía de la demandada al no comparecer ante él en el plazo legal (art. 1.462 LEC) y después de que hubiese dictado sentencia de remate. Para la Audiencia, las actuaciones practicadas por el Juez incompetente son todas válidas, a excepción de la sentencia. En consecuencia, el Juez de Avilés debió limitarse; como lo hizo finalmente, a dictar nueva sentencia sin dar lugar a la oposición de la demanda ni a la fase de contradicción y prueba del juicio ejecutivo. Pero es cierto que *tal interpretación conduce en este caso concreto a un resultado manifiestamente inconstitucional al privar a la demandada de su derecho de defensa por causas que no le son imputables.* Enfrentada con una demanda ante el Juez que consideró, con razón, incompetente, la demandada optó por promover la cuestión de competencia por inhibitoria y al hacerlo ejercitó su derecho, sin que pueda exigírsele que lo hiciera mediante declinatoria, como parece sostener la Audiencia. Ciertamente es que si hubiese elegido este último cauce procesal se hubiera evitado la declaración de rebeldía. La Ley, sin embargo, concede al demandado la libre elección entre ambos instrumentos procesales, determinando que no pueden utilizarse los dos a la vez o sucesivamente (arts. 77 y 78 de la LEC). No cabe, pues, que de esa libre elección se le irroguen perjuicios, y entre ellos, el gravísimo de reducirlo a indefensión. También es evidente que, salvo personarse en el Juzgado de Madrid y proponer la declinatoria, renunciando, por tanto, a la inhibitoria, ninguna gestión podía hacer ante dicho Juzgado que supusiese la sumisión tácita a su competencia (artículo 58, 2, LEC). *La demandada, en conclusión, obró en el ejercicio de su derecho al promover la inhibitoria y no presentarse en el plazo legal ante el Juzgado de Madrid, y no incurrió en acción u omisión alguna que pueda reprochársele y que justifique que sufra los efectos de esa rebeldía. Una interpretación conforme a la Constitución del artículo 115 de la LEC supone, como dice el Fiscal, que serán válidas las actuaciones judiciales practicadas por el Juzgado incompetente que no supongan desconocimiento de los derechos constitucionales de las partes a ser oídas y a hacer las*

alegaciones pertinentes a su pretensión. Válidas podrían ser actuaciones como la admisión de la demanda, notificaciones, embargos de bienes u otros que supongan actividades de aseguramiento y dirección del proceso, cuya anulación y nueva realización atacarían el principio de economía procesal, pero *no aquellas actividades que suponen una limitación del derecho de la parte a ser oído en el proceso.* Esta interpretación fue la seguida por el Juez de Avilés en su Auto de 6 de abril de 1983 y es la obligada para ajustar el precepto legal a la Constitución. Es también la adecuada a su misma finalidad, que es evitar las dilataciones que en el procedimiento supondría la inútil repetición de las actuaciones ya practicadas y no la de impedir la oposición de quien al promover la inhibitoria en lugar de la declinatoria se limita a usar de su derecho. En nada obsta a estas consideraciones que por tratarse en el presente caso de un juicio ejecutivo cambiario los cauces de oposición del demandado estén rigurosamente tasadas ni que las sentencias en ellos dictadas no produzcan la excepción de cosa juzgada y dejen a salvo el derecho de las partes para promover el juicio ordinario sobre la misma cuestión (art. 1.479 LEC). Reconocido como está dentro de ciertos límites el derecho de defensa y la existencia de una fase contradictoria en los juicios ejecutivos, la garantía constitucional del artículo 24, 1, de la Norma Suprema les es aplicable, y no puede ser suprimida o recortada por una interpretación excesivamente restrictiva de las normas legales.

Tercero.—El Fiscal suscita otra cuestión en la que hace particular hincapié la representación de DAFSAE. Cabría la posibilidad, señala el Fiscal, de considerar que la indefensión de ADASA fuese puramente formal y no material, ya que en realidad la oposición de ADASA a la ejecución fue admitida por el Juez de Avilés por el Auto de 6 de abril de 1983 y se tramitó el procedimiento, en consecuencia, con contradicción de la demandante y recibimiento a prueba, dictándose sentencia ampliamente razonada (la de 11 de octubre de 1983), en que se desestimaron los motivos de oposición y se ordenó que siguiese la ejecución adelante. Cierto es que el Auto de 6 de abril y todas las actuaciones posteriores del Juzgado de Avilés fueron declaradas nulas por la Sentencia de la Audiencia de 13 de julio de 1984. Pero podría decirse que, de hecho, la demandada tuvo la oportunidad de defenderse y que la repetición del procedimiento conduciría, lógicamente, a la misma conclusión desestimatoria, provocando inútiles dilaciones en perjuicio de la demandante. El Fiscal, que interesa la estimación del amparo, rechaza esta argumentación por dos razones: La primera, porque la resolución impugnada niega un derecho constitucional, como es el derecho a ser oído en un proceso, y la restauración de ese derecho constituye una exigencia constitucional, lo que, en definitiva, constituye la esencia del recurso de amparo, y, en segundo lugar, porque la interpretación de los preceptos procesales aplicados no puede ser unificada por un Tribunal superior dentro de la jurisdicción ordinaria, al estar atribuido el conocimiento de este tipo de procesos en última instancia a las audiencias, por lo que al declarar este Tribunal cuál es la interpretación constitucionalmente correcta unifica de manera indirecta, pero efectiva, la posible interpretación de esas normas. Pero es que, además, las resoluciones de la Audiencia al declarar de oficio la nulidad de las actuaciones de lo actuado en el Juzgado de Avilés y establecer la validez de la declaración de rebeldía pronunciada por el de Madrid, obligando al Juez de Avilés a dictar nueva sentencia de remate, como si la oposición no

hubiera existido, cercenaron también posibilidades efectivas de defensa, concretamente la posibilidad de que la Audiencia en apelación revisase lo actuado por el Juzgado y reconsiderase los argumentos esgrimidos por la demandada en su oposición. La Audiencia, en efecto, no entró en ninguna de sus sentencias en el fondo del asunto, lo que hubiera tenido que hacer si no hubiese declarado la nulidad de las actuaciones del Juzgado.

Cuarto.—Por otra parte, tampoco el otorgamiento del amparo supone necesariamente la repetición del procedimiento ante el Juez de Avilés, que terminó con la Sentencia de 11 de octubre de 1983, con la dilación que esa repetición acarrearía. El recurrente pide la anulación de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 8 de marzo de 1985 y que se declare la nulidad de la rebeldía dictada por el Juez de Madrid y las demás actuaciones posteriores, excepto las relativas a la cuestión de competencia, y, consiguientemente, que se declare también la nulidad de los Autos del Juzgado de Avilés de 5 y 22 de septiembre de 1984. Pero el acceder a esta petición supone reconocer *a contrario sensu* la validez de las actuaciones realizadas por el Juzgado de Avilés desde el Auto de 6 de abril de 1983 hasta la Sentencia de remate de 11 de octubre del mismo año, puesto que la validez de estas últimas es consecuencia obligada de la nulidad de las primeras, como también es por las mismas razones declarar la nulidad de la Sentencia de la Audiencia de 13 de julio de 1984. Es decir, o son válidas las actuaciones del Juzgado de Madrid o lo son las del Juzgado de Avilés, pero no cabe declarar simultáneamente la nulidad de ambas, porque la validez de las actuaciones de un Juzgado está condicionada por la invalidez de las del otro. Dado que la nulidad de las actuaciones del Juzgado de Madrid a partir de la declaración de rebeldía viene impuesta por los motivos ya expuestos, el alcance del amparo que debe otorgarse en este recurso supone reconocer la validez de las actuaciones del Juzgado de Avilés, incluida la Sentencia de 11 de octubre de 1983, y retrotraer las actuaciones hasta el momento anterior al de dictarse la Sentencia de la Audiencia Territorial de 13 de julio de 1984, para que este órgano judicial pueda conocer de la apelación interpuesta por la recurrente, sin que sea procedente conceder a la solicitante del amparo nuevo plazo para formalizar la oposición al juicio ejecutivo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

II. Resoluciones de la Dirección General

Por CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA Y
JUAN PABLO RUANO BORRELLA

EN LAS CLAUSULAS DE INTERES VARIABLE DEBE FIJARSE CLARAMENTE EL MAXIMO DE RESPONSABILIDAD, SEA EN CANTIDAD O EN PORCENTAJE. NO ES ADMISIBLE MEZCLAR LOS INTERESES REMUNERATORIOS Y LOS MORATORIOS. TAMPOCO LO ES LA FORMULA GENERICA SEGUN LA CUAL LA HIPOTECA GARANTIZA «EN GENERAL LOS GASTOS DE ESTA OPERACION QUE, SIENDO A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA, HAYAN SIDO SATISFECHOS POR EL PRESTAMISTA». NO ES INSCRIBIBLE EL PACTO OPUESTO AL ARTICULO 112 DE LA LEY HIPOTECARIA DE QUE LA HIPOTECA SE EXTIENDA A MEJORAS O EDIFICACIONES COSTEADAS POR UN TERCER POSEEDOR DE LA FINCA (RESOLUCIÓN DE 23 DE OCTUBRE DE 1987. «BOE» DE 18 DE NOVIEMBRE).

INTRODUCCIÓN

La importancia de la resolución citada, por la abundancia y conjundia de la doctrina que sienta respecto a la calificación de las actuales fórmulas bancarias de hipoteca, ha provocado ya que numerosos compañeros me hayan formulado, como autor de la calificación que motivó el recurso, la petición de algunos datos complementarios. En efecto, no obstante la admirable labor de síntesis realizada por el Centro Directivo para exponer los prolijos antecedentes de hecho y condensar al máximo los fundamentos jurídicos, hay cuestiones de matiz que se escapan, al no haber sido posible transcribir íntegramente todas las cláusulas calificadas, ni tampoco exponer completamente los razonamientos formulados. Y todo ello, a pesar de la considerable extensión de la importante resolución.

Por tal motivo, sin ningún afán de protagonismo, sino exclusivamente el de rendir un servicio a los compañeros que les interese, a la vez que me alivia la tarea de dar contestación individual a tan justas peticiones, abordo el examen analítico de tal resolución, con arreglo al siguiente esquema: 1. Cláusula calificada. 2. Nota de calificación. 3. Argumentos del recurrente, sea en interposición o en apelación. 4. Informe del Registrador. 5. Informe del Notario. 6. Auto presidencial. 7. Doctrina de la Dirección.

8. Apostillas. (Motivadas por el único deseo de profundizar aún más los problemas con vistas al futuro, sobre la base firme de la doctrina de la Dirección.)

INTERES VARIABLE

1. CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Segunda.—*Intereses*: El préstamo devengará un interés de *catorce enteros cincuenta centésimas por ciento anual (14,50)*. Transcurridos los *dieciocho primeros meses* de la vigencia del préstamo, contados a partir de la fecha de la presente, se aplicará en cada semestre un tipo de interés que será el resultante de añadir *un punto porcentual* a la media aritmética de los tipos de intereses preferenciales que para los préstamos por plazo de un año tengan establecidos los Bancos (se cita a tres distintos en la cláusula...) y que hayan sido publicados en el *Boletín Económico del Banco de España* o en cualquier otra publicación de la misma naturaleza, o acreditado mediante certificación del Banco de España. Este pacto se completa con las siguientes normas:

a) Cada período de seis meses o semestral posterior al inicial de dieciocho, se denominará *período de interés*.

b) El tipo de interés aplicable en cada período de interés se denominará *tipo de interés vigente*.

c) El tiempo real sobre el que se aplica el tipo vigente en cada período de interés, se denominará *período de devengo*.

d) La media aritmética de los tipos de interés preferencial, antes expresados, se denominará tipo de *interés de referencia o tipo de referencia*.

e) El tipo de referencia que se tendrá en cuenta en cada período de interés y al que se adicionará el diferencial pactado, será el vigente al inicio de cada mes anterior al comienzo de cada período de interés, según la publicación o certificación referidas. La sociedad prestamista comunicará a la parte prestataria el tipo de interés publicado por los Bancos y para las operaciones referidas en el párrafo primero, con referencia a su publicación y con expresión de tipo de interés resultante y aplicable al préstamo ahora convenido. Con independencia de cualquier otro medio fehaciente que pueda utilizarse se considerará que el Banco cumple bien el indicado deber de comunicación, mediante el envío durante los diez días primeros del mes anterior al comienzo del período de interés una carta con acuse de recibo conteniendo los datos anteriormente citados, dirigida a la parte prestataria en el domicilio fijado en la cláusula undécima.

La parte prestataria, a su vez, inexcusablemente deberá hacer llegar al Banco, antes de los diez días del comienzo del período de interés, bien por telegrama, bien personalmente o por cualquier otro medio fehaciente, la comunicación de su aceptación o rechazo del nuevo tipo de interés así fijado y vigente para el semestre siguiente como período de interés.

Si por cualquier razón, incluso fuerza mayor, la parte prestataria no

llevara a efecto la comunicación prevista en el párrafo anterior o el Banco no la recibiera en el tiempo y forma indicada, se entenderá que la parte prestataria acepta el tipo de interés comunicado.

Si dicha parte prestataria comunica al Banco su negativa a aceptar el nuevo tipo de interés comunicado, a causa de la variación producida en el tipo de interés de referencia, este contrato quedará resuelto de pleno derecho por la alteración de circunstancias el día final del período de interés en curso, y vencidas, serán exigibles desde dicho día las obligaciones de la parte prestataria. Esta dispondrá de un plazo de gracia de un mes para llevar a efecto la devolución del principal y el pago de los intereses correspondientes a este plazo de gracia, que serán calculados al tipo por ella aceptado y vigente durante el período último anterior al vencimiento.

2. NOTA DE CALIFICACIÓN

Primera.—En la cláusula segunda, al establecerse la posibilidad de variación del tipo de interés inicialmente fijado, no se determina, ni directamente ni en relación con la cláusula octava —conforme después se verá—, *una cifra o límite máximo de responsabilidad* por dicho concepto, con infracción de lo dispuesto en los artículos 12 y concordantes de la Ley Hipotecaria, 219 de su Reglamento, y la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 y 31 de octubre de 1984.

3. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

La cláusula segunda de la escritura calificada se refiere, como de su tenor literal se deduce, a la fijación del interés del préstamo concertado entre las partes con carácter previo y cuya existencia reconoce y eleva a público de forma unilateral la deudora por medio de escritura.

Esta relación contractual *inter partes* no tiene más límites que los que los contratantes quieran imponer. Otro problema es que, en relación a la garantía hipotecaria accesoria del contrato principal, sea preciso establecer un límite de responsabilidad en perjuicio de terceros (art. 114 de la Ley Hipotecaria); pero ello se establece en la cláusula octava de constitución de hipoteca, y no en esta cláusula, que, repetimos, sólo se refiere al reconocimiento unilateral de la existencia de un contrato de préstamo previo, por lo que nos remitimos al contenido del defecto sexto, que más adelante desarrollaremos.

En apelación:

c) El señor Registrador confunde en su nota calificadora y en el informe que elevó al excelentísimo señor Presidente de la Audiencia en defensa de aquélla, el préstamo con la hipoteca, achacando al primero supuestos defectos que sólo podría presentar la segunda. Así se explica el defecto primero, que carece de sentido, pues al establecer las líneas generales del préstamo no tiene por qué fijar cifra alguna de responsabilidad.

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Fundamentos jurídicos: Cuestión previa.—Primero.—El recurso gubernativo se haya planteado dentro de *plazo* (art. 113 del Reglamento Hipotecario). En cuanto a la *legitimación activa* para interponerlo (fundada en el art. 112 del mismo), cabe observar que, por tratarse de *hipoteca unilateral*, hasta que la aceptación no se produzca no hay adquisición de la hipoteca por el acreedor, por lo cual, en lógica consecuencia, mientras no conste registrada la aceptación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, tampoco podría ejercitar dicho acreedor ninguno de los derechos y acciones derivados del título de hipoteca otorgada unilateralmente a su favor; hipoteca no aceptada ni, por tanto, perfeccionada. Ni siquiera, en el presente caso, inscrita y constituida legalmente.

Ello no obstante, y teniendo en cuenta que la aceptación pudiera producirse en cualquier momento, por razones de economía procesal y asimismo por el deseo de lograr que instancias superiores puedan dictaminar cuestiones sustantivas muy importantes, el Registrador que informa renuncia expresamente, si necesario fuere, a negar la legitimación activa del Banco Español de Crédito, S. A., para interponer el presente recurso, aunque sí destaca la apariencia de la hipoteca constituida unilateralmente a su favor como acto debido y basado en un previo contrato de adhesión.

Segundo.—En cuanto al *primer defecto* señalado en la nota de calificación, el recurrente, después de un introito relativo al principio de la autonomía de la voluntad, «que no tiene más límites (*sic*) que aquellos que los contratantes quieran imponer» (con olvido de que sí hay límites a tal principio y de que, en este caso y de momento, no hay «contratantes», sino simple voluntad unilateral), parece considerar, como si fuera cuestión accesoria, lo relativo al «límite de responsabilidad en perjuicio de terceros (art. 114 de la Ley Hipotecaria)», por lo que en realidad reduce su argumentación a remitirse al contenido del defecto sexto de la nota de calificación, que tendremos ocasión de examinar.

Con ello, el recurrente viene a reconocer que la cláusula está *incompleta* en sí misma considerada, puesto que «no en esta cláusula», sino en la octava, es donde dice fijarse el límite.

Precisamente, por no fijarse en la cláusula segunda de la escritura calificada, a pesar de su considerable extensión, un concreto límite de responsabilidad es por lo que, a juicio del que informa, existe el primer defecto señalado en la nota, en base a las razones siguientes:

En primer lugar, y como *apreciación de principio* necesaria para centrar las diversas cuestiones debatidas en el presente recurso, es notorio que en nuestro Derecho positivo vigente sólo tienen regulación reglamentaria las cláusulas de estabilización del capital o principal del préstamo, en el artículo 219, párrafo 3.º, del Reglamento Hipotecario. No, en cambio, respecto de los intereses que devengue el crédito. Hay que observar, sin embargo, que una práctica bancaria muy extendida en los últimos tiempos de crisis económica, con apoyo en circulares del Banco de España (que no se publican en el *BOE* ni constituyen Derecho privado de la contratación, aunque puedan imponer obligaciones administrativas a la Banca privada), suele establecer en todos los contratos de préstamos otor-

gados a medio y largo plazo cláusulas de *revisión o fluctuación del interés* pactado.

Dicho pacto o cláusula de interés variable debe considerarse, en principio, lícito, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1.255 del Código Civil), siempre que responda a módulos plenamente objetivos, no unilaterales (art. 1.256), y respete los límites impuestos por la buena fe, el no abuso del derecho y el no perjuicio a terceros (arts. 7 y 6 del mismo Código), o los más específicos de la Ley de Represión de la Usura de 1908 (no derogada, aunque poco invocada), o los más modernos impuestos para los contratos tipo, en masa y de adhesión, por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE de 24 de julio, Aranzadi núm. 1.906), que en su amplio artículo décimo sanciona con pena de nulidad de pleno derecho las cláusulas, condiciones o estipulaciones que (núm. 1) carezcan de «concreción, claridad y sencillez en la redacción», o que contradigan el «justo equilibrio de las contraprestaciones», como las «condiciones abusivas de crédito» [1, c), 4.º], o los «incrementos de precio por servicios... que no correspondan a prestaciones adicionales» (*id.*, 5.º).

Aparte de las anteriores consideraciones generales, quizá de *lege ferenda* (ante el vacío normativo existente respecto de la cláusula de interés variable), en el terreno específico del derecho real de hipoteca y su publicidad registral es interesante destacar:

1.º Que la hipoteca es, sin duda, el único derecho real cuyo contenido se puede determinar exactamente en puros términos numéricos. Tanto la responsabilidad por *principal*, como por *intereses y costas*, han de expresarse obligatoriamente en cantidades fijas o en tantos por ciento de las mismas, siempre mediante datos matemáticos exactos. De ahí también que en este puro derecho de realización de valor incida con la máxima fuerza el principio hipotecario de *especialidad o determinación*.

2.º Que en aplicación concreta del arquetípico principio de determinación, la legislación hipotecaria vigente estatuye:

En el artículo 12 de la Ley, que «las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los *intereses*, si se hubiesen estipulado». Regla general que impone, conforme a lo antedicho, la expresión de la cantidad o tanto por ciento claro y preciso del interés pactado, lo cual permitirá en todo momento, y tanto entre partes y respecto a tercero, cuál es la responsabilidad máxima por este concepto de réditos.

Especificando el precepto anterior, y para el supuesto de que, pactado el devengo de intereses, no se hubiese señalado tiempo, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria precisa que la hipoteca «no asegurará, con perjuicio de tercero ..., sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente». El mismo artículo, en su párrafo segundo, limita la autonomía contractual en orden al tiempo (al objeto, sin duda, de evitar vinculaciones excesivas, que conviertan respecto de tercero la obligación accesoria en más gravosa cuantitativamente que la principal) y dispone que «en ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años». Precepto desarrollado explícitamente por el artículo 220 del Reglamento Hipotecario, según el cual, «cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder

del pago de intereses no podrá exceder del importe correspondiente a cinco anualidades».

Se observa, pues, que la Ley se preocupa de establecer concretamente, de modo muy preciso, el *límite mínimo y máximo* entre los que la responsabilidad hipotecaria por intereses puede fluctuar.

3.º Que en relación al *casus litis* planteado por los límites (no respecto de su apreciación general, expresamente excluida en los considerandos) de la cláusula de interés variable, dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de idéntico contenido, de fechas 26 y 31 de octubre de 1984 (BOE de 5 y 11 de diciembre del mismo año), literalmente afirman que en «la cláusula de fluctuación de interés se está ante una hipoteca de seguridad, que *hace necesario señalar una cifra máxima de responsabilidad*, circunstancia que no se ha hecho constar en la (presente) escritura, que *se ha limitado simplemente a prever su repercusión sin ninguna referencia al límite máximo que puede alcanzarse*, por lo que antes esta *indeterminación* no cabe que en su actual redacción pueda acceder a los libros del Registro, si bien el defecto tiene el carácter de subsanable».

En el caso del presente recurso nos encontramos ante *idéntico supuesto*, al fijarse el tipo inicial de interés y los criterios, no muy fehacientemente acreditados, en base a los cuales podría fluctuar en el tiempo futuro; pero *no se establece en la misma cláusula un máximo de responsabilidad* por tal concepto, con perjuicio para el propio deudor hipotecante, que no puede calcular de antemano las responsabilidades máximas que asume, del posible tercero hipotecario, que tampoco podría cuantificar gravamen tan impreciso (con mengua de la seguridad del tráfico); del principio de legalidad, toda vez que la obligada calificación registral no podría apreciar si se cumple o no el tope legal de cinco anualidades marcado por los artículos 114 de la Ley y 220 de su Reglamento, antes citados, y, finalmente, con demérito de la propia publicidad registral, al ser imposible facilitar puntualmente información exacta sobre la responsabilidad máxima hipotecaria, en contra del servicio e interés público que el Registro debe cumplir.

Así se razona la existencia del primer defecto imputado a la escritura calificada, que impide su inscripción, siquiera sea de carácter subsanable.

5. INFORME DEL NOTARIO

El Notario autorizante informó: Que en la calificación registral subyacen dos problemas básicos que es necesario examinar, que son: Ante qué tipo de contrato nos encontramos y la extensión de la inscripción en relación a las obligaciones garantizadas. Que de la calificación e informe del señor Registrador se infiere que el contenido de la escritura calificada hace relación a un contrato de préstamo hipotecario de adhesión y al que se adhiere de forma unilateral la parte deudora hipotecante. Que se considera que el contrato es de un préstamo que se perfeccionó fuera de la órbita del documento público al ser de naturaleza real, y es de préstamo mercantil por ser comerciante uno de los otorgantes (art. 311 del Código de Comercio); que la parte deudora unilateralmente lo ha elevado a público y asimismo ha prestado una garantía hipotecaria en favor de la

Entidad acreedora. Que en cuanto a la extensión de la inscripción en relación a las obligaciones garantizadas está clara en la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 4 de julio de 1984; en los artículos 9, 2.º, de la Ley Hipotecaria; 51, 6.º, de su Reglamento, y 1.255 del Código Civil; de dichos preceptos se infiere lo que se debe expresar literalmente en la inscripción y lo que no puede tener acceso al Registro. Que en cuanto al primero de los defectos, se considera que la cláusula a que se refiere es inscribible en virtud de lo establecido en los artículos 12, 104, 114 y 146 de la Ley Hipotecaria, y precisamente en las Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984 se rechaza la inscripción de la cláusula constitutiva de la hipoteca por no establecerse los límites de cobertura de intereses respecto de terceros, que es para quien solamente lo establece la Ley Hipotecaria.

6. AUTO PRESIDENCIAL

Primero.—Presupuestada la legitimación del Banco recurrente al amparo del artículo 112, 1, del Reglamento Hipotecario, dado su interés en asegurar los efectos de la inscripción de la hipoteca cuestionada, no obstante su constitución unilateral, ha de tenerse en cuenta que de todos los defectos apuntados en la nota del Registrador hay varios que, conforme al artículo 65 de la Ley Hipotecaria, llevan consigo, por ser insubsanables, la denegación de la inscripción solicitada, pero entre ellos se destaca en dicha nota, por su carácter esencial, el supuesto sexto, en el cual se aprecia la indeterminación esencial de la responsabilidad hipotecaria en cuanto a intereses y costas contenida en la cláusula octava de la constitución unilateral de la hipoteca, lo cual aconseja que en el estudio del recurso sea tratado en primer lugar este sexto supuesto o, en su caso, los demás insubsanables, porque si por alguno de ellos se llega a la conclusión de que la calificación del Registrador es ajustada a Derecho, entonces, producido necesariamente el defecto denegatorio de la inscripción, no es preciso examinar los demás extremos de la nota denegatoria, sin que por ello se incurra en incongruencia, pues, conforme al artículo 118 del Reglamento Hipotecario, se es congruente en tanto en cuanto se coincide con el Registrador respecto de la denegación expresa de la inscripción del documento, máxime si a la hipoteca, por propia naturaleza constitutiva, le es inaplicable el artículo 434 del citado Reglamento.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

2. En cuanto al defecto primero (cláusula 2.ª de la escritura) debe tenerse en cuenta que la cláusula segunda —de la que se predica aquél— se desenvuelve en la esfera puramente personal de configuración del crédito y que, por tanto, dentro del respeto a las prescripciones de la legislación represiva de la usura, no tienen por qué circunscribirse los intereses a un límite máximo (cf. art. 1.255 del Código Civil). Sólo en cuanto el crédito concedido y la obligación accesoria de intereses sean garantizados hipotecariamente, el principio de especialidad y la trascendencia *erga omnes* del gravamen establecido impondrá la fijación de topes de respon-

sabilidad, pero aun así, éstos sólo podrán predicarse respecto de la afectación real, mas nunca respecto de la responsabilidad personal que incumbe al deudor.

8. APOSTILLAS

— El Centro Directivo, con perfecta concisión, recuerda la buena doctrina de la autonomía de la voluntad privada y del principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor en el campo de las relaciones personales, así como la estricta exigencia hipotecaria de fijación de topes de responsabilidad.

— Ahora bien, el informante, como lo demuestra la propia nota calificatoria —que literalmente establece relación directa entre esta cláusula y la 2.ª y la 8.ª—, tampoco pretendió interferir el campo de las relaciones obligacionales, sino exigir hipotecariamente que se estableciese esa «cifra o límite máximo de responsabilidad».

— Tampoco, como acusa el recurrente, confunde (antes al contrario) el préstamo con la hipoteca, aunque, lógicamente, presta mayor atención a ésta, que es el derecho real sometido a inscripción.

— El recurso se planteó, como es frecuente, «a máximos», con la sana intención de lograr que el Centro Directivo sentase doctrina sobre aspectos de las actuales hipotecas que resultan novedosos y, en algunos casos, muy discutibles. Finalidad lograda, en mi modesta opinión.

— Y planteado así, ya desde el defecto primero, que no lo es tal, sino un desarrollo puramente doctrinal, base a los demás, como revela la lectura del informe, la finalidad última del informante era aspirar a esa «claridad» de redacción de las estipulaciones, «separadamente» unas de otras, reflejo fiel del «alcance» de las obligaciones de cada otorgante a que, según el artículo 176 del Reglamento Notarial vigente, debe ajustarse la escritura. Finalidad no lograda en este caso, sin ir más lejos, porque el instrumento se redactó «conforme a minuta».. ¿De quién? Dudo mucho que fuese facilitada por la otorgante unilateral.

— Esa aspiración de «claridad» es unánimemente sentida por todos, y reafirmada por un precepto legal concreto, citado en el informe, aunque no en la nota de calificación (de ahí que no se cite en los vistos), el del artículo 10, 1, de la Ley 26/1984, de Defensa del Consumidor, el cual nada menos que sanciona con la pena de nulidad de pleno Derecho las cláusulas, condiciones o estipulaciones que carezcan de «concreción, claridad y sencillez en la redacción», o que contradigan el «justo equilibrio de las contraprestaciones», marco legal al que, por experiencia y con convicción jurídica, se suma el informante.

— El citado precepto, quizá poco conocido, y mucho menos aplicado y desarrollado, merece, sin duda, más amplia meditación. Y con vistas al futuro, no obstante estimables teorías, más estructurales que prácticas, sobre la unidad simbólica del «préstamo hipotecario», desde la pragmática registral, quizá convenga abstraer la estricta finalidad de garantía de la hipoteca de las vertiginosas mutaciones del mercado bancario de créditos. La claridad institucional permanente de la publicidad inmobiliaria, sin duda, saldría ganando...

OBLIGACIONES FISCALES E IMPUTACION DE PAGOS

1. CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Tercera.—*Duración de los pagos:*

a) El presente contrato tiene una duración de *ciento veinte meses, esto es, diez años.*

Las liquidaciones de principal e intereses, así como las de ITE o el impuesto que le pueda sustituir o complementar, se producirán y pagarán por cuotas mensuales.

Las liquidaciones de las cuotas mensuales se producirán los días 30 de cada mes. Por tanto, y como excepción a lo pactado, y a fin de facilitar las operaciones matemáticas del cálculo de amortizaciones, la primera y última liquidación sólo se efectuarán de intereses (más sus impuestos correspondientes), y se acomodarán, en su duración, en función de la fecha de este otorgamiento, esto es, el primer recibo comprenderá los intereses que se devenguen desde el día de hoy hasta el día 30 del presente mes (más los impuestos), y el último recibo, los intereses devengados desde el día uno del mes en que venza el contrato hasta el día del vencimiento final del mismo (más los impuestos correspondientes).

b) Cada mes será un período de devengo de interés al tipo vigente para el período de interés correspondiente, según la cláusula anterior.

En cada cuota mensual, el día de su vencimiento deberá pagarse lo procedente por intereses y amortización, así como el tanto por ciento que legalmente corresponda por ITE o impuesto que lo sustituya o complementemente.

Hasta los *dieciocho meses* se reintegrará el *préstamo* por medio de amortizaciones de VEINTITRES MIL SETECIENTAS CUARENTA Y TRES PESETAS mensuales.

A partir de los *dieciocho meses de vigencia* del préstamo, la cuota mensual constante que estará abonando la parte prestataria podrá variar en función de las modificaciones que sufra cada semestre el tipo de referencia, conforme a lo pactado en la estipulación segunda, si bien durante cada período de seis meses las cuotas mensuales serán iguales. En las seis últimas cuotas mensuales se producirán los ajustes necesarios para que aquella que coincida con el vencimiento del préstamo sea igual a la parte pendiente de reembolso del mismo.

c) Las cantidades entregadas a la prestamista en concepto de pago se imputarán: primero, al reintegro de las costas y gastos suplidos por el Banco; segundo, al pago de intereses del principal del préstamo; tercero, al pago de intereses causados por demora de los deudores, y, finalmente, a la amortización del capital.

Los pagos se realizarán en la oficina del Banco en . . .

2. NOTA DE CALIFICACIÓN

Segunda.—En la cláusula 3.ª, se consideran defectuosas las siguientes expresiones:

a) La relativa a las liquidaciones «de ITE o el impuesto que le pueda sustituir o complementar», porque aparte su inoperancia, en cuanto pueda

alterar las obligaciones tributarias de Derecho público, ni afecta a tercero ni se precisa su cuantía, en contra del principio de especialidad.

b) La establecida en el apartado c) de la citada cláusula 3.ª, en orden a la imputación de pagos, de carácter estrictamente personal, que no puede afectar a tercero, y que incide en la misma imprecisión al referirse genéricamente a toda clase de «costas y gastos suplidos por el Banco».

3 ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Segundo defecto.—Se rechaza por el señor Registrador la referencia al ITE o impuesto que le puede sustituir o complementar.

Es cierto que por pacto no pueda alterarse una obligación fiscal, y en ese sentido, la cláusula sería nula (art. 6, 3, del Código Civil con carácter general). Pero no es el caso: el ITE, cuyo sujeto pasivo es la Entidad acreedora, es *necesariamente repercutible* en el deudor [art. 11, d), del Reglamento del Impuesto]. Pero es que, además, tal Impuesto, a partir del 1 de enero de 1985, dejará de aplicarse a los préstamos en virtud del artículo 8, núm. 1, apartado 18, de la Ley del IVA de 2 de agosto de 1985.

Entendemos, por tanto, que en la cláusula calificada de la escritura, lo único que se hace es fijar el importe de las amortizaciones o pagos mensuales, que comprenden: capital, intereses y los impuestos; éstos son una parte más de la deuda de intereses por imposición o mandato legal.

Se rechaza en esta misma cláusula escrituraria el establecimiento de una *imputación de pagos* por su carácter personal y, además, por su imprecisión.

Hay que tener en cuenta que del contrato de préstamo, cuya existencia se reconoce en la escritura calificada, nacen obligaciones a cargo de la deudora de diverso signo: por razón de devolución del principal; por razón de intereses pactados; en su caso, por motivos de haber incurrido la deudora en mora, y, por último, por razón de anticipo de gastos realizados por la Entidad acreedora que se pactan, son de cuenta de la deudora (cláusula o disposición duodécima de la escritura). Pues bien, ahora lo único que se hace es ordenar la imputación de esos pagos, lo cual es perfectamente legítimo al amparo de la libertad de contratación (artículo 1.255 del Código Civil), y, en todo caso, se hace la imputación observando el criterio legal supletorio del artículo 1.173 del Código Civil.

De otro lado, no debe olvidarse que la hipoteca que se constituye en la escritura calificada va a garantizar el cumplimiento de lo pactado en el contrato principal de préstamo y, por tanto, todo lo que incida sobre el mismo (y la imputación de pagos incide) va a recaer sobre la garantía, sin más límites que los establecidos legalmente o por pacto para el supuesto de terceros; límites que afectan fundamentalmente a las cuantías de los créditos u obligaciones garantizadas.

Respecto de la imprecisión de la expresión «costas y gastos suplidos por Banesto», debemos añadir que las cláusulas de los contratos hay que interpretarlas «las unas por las otras», como establece el artículo 1.285 del Código Civil, y la expresión utilizada, si ofreciera duda, tiene amplia explicación en el contenido de las cláusulas octava y duodécima.

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Tercero.—En cuanto a los defectos imputados a la *cláusula 3.ª* de la escritura calificada, el recurrente comienza afirmando la buena doctrina de que por pacto no puede alterarse una obligación fiscal; a continuación realiza una cita al Reglamento del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas (Decreto 3361/1971, de 23 de diciembre, Aranzadi núm. 101 del año 1972) totalmente parcial e incompleta, pues prescinde en absoluto del artículo 24 del mismo Reglamento. Para reconocer, no obstante, que a partir de la entrada en vigor del IVA queda suprimido el IGTE y, en consecuencia, vacía totalmente de contenido la cláusula calificada en lo relativo a impuestos. Termina su alegación con la extraña afirmación de que los impuestos «son una parte más de la deuda de intereses»; asimilación que debe rechazarse totalmente, ya desde el primario punto de vista de la distinta naturaleza de ambos conceptos: mientras que los intereses son una *contraprestación* derivada de un contrato entre particulares a favor del prestamista, en cambio, los impuestos que gravan la concesión del crédito son una *carga de Derecho público* a cargo del concedente —siquiera sea repercutible— y a favor de la Hacienda Pública. Nada digamos de sus distintos efectos y procedimientos de garantía y exacción. Por todo ello, y en méritos a la brevedad, no consideramos oportuno detenernos más tiempo en esta cuestión fiscal.

El escrito de recurso, tanto en éste como en otros apartados, se limita a argumentar la validez civil de los pactos, con olvido de que tal circunstancia es, desde luego, condición necesaria, pero no suficiente, a los efectos del Registro, toda vez que la inscripción registral, al sople potente de la autonomía de la voluntad privada, no puede convertirse en simple transcripción de pactos obligacionales, lo cual significaría un retroceso hacia formas de publicidad primarias e imperfectas. Aparte de que cuando en materia de hipoteca (arquetipo de derecho real puro) se pierde la referencia a tercero, se pierde definitivamente el rumbo.

Bajo tan defectuosa óptica, el recurrente deja sin rebatir los dos defectos concretos señalados en el párrafo *a)* del apartado segundo de la nota, basados en los breves razonamientos siguientes:

1.º Porque respecto de tercero, sujeto a la responsabilidad real hipotecaria, pero no a la personal y universal derivada del préstamo (que no contrató, ni percibió su importe, ni está obligado personalmente a satisfacer sus intereses), tales pactos suponen una pura *res inter alios acta*. Indudablemente, soporta la hipoteca, en los términos marcados por la Ley Hipotecaria, pero no las consecuencias contractuales.

2.º Porque al ser imprecisa la *cuantía*, el *tipo impositivo*, e incluso el *dies a quo* del devengo fiscal, se infringe rotundamente el principio de especialidad

Por lo que respecta a la imputación de pagos pactada en el apartado *c)* de dicha cláusula 3.ª, el recurrente vuelve a acumular al típico contrato de préstamo, toda clase de prestaciones específicas de otros contratos bancarios distintos del de préstamo (enumeradas prolijamente en las posteriores cláusulas 8.ª y 12.ª de la escritura). Olvida nuevamente que los concretos defectos señalados en la nota de calificación son los de que la

imputación pactada entre partes tiene carácter estrictamente personal y no puede afectar a tercer adquirente, y el de que, a efectos de la hipoteca, incide en total imprecisión en orden a la cuantía de todas esas anómalas prestaciones. Ni siquiera en el plano estrictamente civil puede estimarse correcta, toda vez que el artículo 1.172 del Código exige expresamente, para que la imputación de pagos tenga lugar, que las deudas sean «de una misma especie», y aquí, dada la indeterminación de la cláusula, pudiera ocurrir que no sólo las deudas derivadas del préstamo que «se dice» o reconoce unilateralmente haberse celebrado, sino cualesquiera otras surgidas de las relaciones bancarias entre el cliente y el Banco (de cuenta corriente, de domiciliación de recibos, de negociación cambiaria, etc.), pretendieran incluirse en la hipoteca, que en otros pactos se configura expresamente como una típica hipoteca ordinaria en garantía de un concreto préstamo, y no una hipoteca de cuenta corriente o de seguridad en garantía de cualesquiera operaciones bancarias entre las partes, contratos muy distintos al de préstamo, aunque también sean bancarios.

Por lo expuesto procede, a nuestro juicio, confirmar la existencia del segundo defecto señalado en la nota, si bien tenga carácter subsanable.

5. INFORME DEL NOTARIO

Que en lo referente al segundo defecto, hay que aclarar que la auténtica cuestión estriba en la naturaleza del ITE y si la cobertura hipotecaria, en cuanto a los intereses, alcanza también a los impuestos que «necesariamente» le son repercutidos al deudor y respecto a los que él es sujeto pasivo económico, pero no jurídico, considerando que la solución es la positiva, con dudas conceptuales, y siempre con la advertencia de que la finca responderá frente a terceros por el máximo pactado (con los límites legales), incluyendo dentro de este máximo los intereses y sus impuestos correspondientes, y en segundo lugar, en cuanto al convenio de imputación de pagos que se contiene en la misma cláusula tercera de la escritura calificada, se estima que dicho pacto tiene validez civil y debe tener acceso al Registro por tener trascendencia real, y en caso de incumplimiento es importante, desde el punto de vista hipotecario, el que una entrega se impute a principal, intereses o costas.

6. AUTO PRESIDENCIAL.

No se pronuncia sobre este concreto aspecto.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

Careciendo de *trascendencia real* y, por tanto, debiendo quedar al margen de los términos de este recurso las previsiones contenidas en la cláusula 3.ª (defecto 2.º) (el ITE, como obligación personal del prestamista, no queda cubierto, como se verá, por la garantía hipotecaria tal como ha sido estipulada, y el pacto entre prestamista y prestatario en relación

con el orden de imputación de los pagos efectuados por el deudor en nada afecta a la operatividad del mecanismo hipotecario articulado).

8. APOSTILLAS

La Dirección confirma el defecto, basado en la trascendencia puramente personal de los pactos contenidos en la cláusula.

El Notario autorizante, en cambio, parece adherirse a la doctrina de que todo lo pactado en escritura y que tenga conexión, siquiera sea tangencial y formal, con un inmueble tiene trascendencia real y es inscribible. Evidentemente, no es así y el Registro, institucionalmente, no es un segundo protocolo formado por transcripción.

* * *

MORA Y RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

I CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Advertencia previa.—Como la Dirección agrupa el examen de las cláusulas 4.ª y 8.ª de la escritura, y, consiguientemente, los defectos 3.º y 6.º de la nota, al mismo orden nos ajustamos a continuación.

Cuarta.—Mora: La parte prestataria incurrirá en mora automáticamente, sin necesidad de intimación o reclamación alguna, si dejase de pagar el día treinta de cada mes la cantidad a su cargo por intereses, por amortización y por impuestos.

La mora de la parte prestataria, además de su efecto como causa de vencimiento anticipado del préstamo, dará lugar a que las cantidades vencidas (por principal, intereses e impuestos) y no satisfechas devenguen (como contraprestación de uso y como pena de incumplimiento) intereses de demora a favor de la prestamista, desde el día siguiente al final del período de devengo impagado hasta el momento del pago, a un tipo de *dieciocho enteros por ciento*.

Octava.—Constitución de hipoteca: Sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada, doña constituye primera hipoteca a favor de la Sociedad prestamista, el Banco . . . , sobre la finca descrita en esta escritura, en garantía de la devolución del *principal* del préstamo por un millón quinientas mil pesetas, de ochocientos diez mil pesetas de sus intereses de tres años al tipo de dieciocho enteros por ciento y de trescientas mil pesetas para costas y gastos, entre los que se entenderán incluidos los anticipos que hiciese la Sociedad prestamista para cubrir costas y gastos, entre cuyos anticipos podrán comprenderse los gastos de este otorgamiento, los de su aceptación y cualquier otro de este préstamo y su amortización y reclamación extrajudicial o judicial, así como el pago de los impuestos, contribuciones y arbitrios que graven la finca hipotecada y el de la prima de los seguros, y, en general, los gastos nacidos de esta operación que siendo a cargo de la parte prestataria o del titular del bien hipotecado hayan sido satisfechos por la parte prestamista.

2. NOTA DE CALIFICACIÓN (defectos 3.º y 6.º)

Tercero.—La cláusula 4.ª, relativa a la *mora*, así como, en general, las referencias hechas a la misma en otras cláusulas de la escritura, tampoco resulta inscribible, al depender los intereses moratorios de una conducta personal del deudor, que no puede trascender a tercero fuera de los cauces marcados en los artículos 317 y 319 del Código de Comercio y 115 y 126 de la Ley Hipotecaria, y sin que tampoco pueda englobarse en la hipoteca de seguridad por costas, conforme a la doctrina de las resoluciones antes citadas. Aparte de ello, para su base de cálculo se introduce una cantidad ilícida e ilegal, la referente a impuestos, y se deja sin determinar si el tipo del 18 por 100 establecido se refiere a períodos anuales o al concreto período mensual de devengo contemplado.

Sexto.—En la cláusula fundamental 8.ª de constitución unilateral de hipoteca, se observa *indeterminación esencial de la responsabilidad hipotecaria*, en cuanto a los dos extremos siguientes:

A. Respecto a los *intereses*, en cuanto literalmente se fija la responsabilidad por réditos en «ochocientas diez mil pesetas de sus intereses de tres años al tipo de dieciocho enteros por ciento». El citado tipo del 18 por 100 corresponde, según la anterior cláusula 4.ª, a intereses para el supuesto de demora, por lo que se produce confusión entre los intereses ordinarios del préstamo —de devengo fijo y periódico, conforme a un tipo inicial del 14,50 por 100 anual, si bien sometido a posible variación— y los intereses moratorios —de devengo aleatorio y no periódico, sometidos al tipo del 18 por 100, y que no se devengan por anualidades—. Estos créditos accesorios del principal, por su distinta naturaleza, base de cálculo y tipo porcentual aplicable, no pueden englobarse bajo una responsabilidad hipotecaria única, conforme a los artículos 9, 2.º, y 12 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de la Resolución de 29 de octubre de 1984. A mayor abundamiento, la indeterminación sube de grado si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 114 de la citada Ley —el cual, al determinar la extensión de la hipoteca, no comprende la garantía de los intereses de intereses, sino que se refiere solamente a los intereses del crédito capital, la imprecisa redacción de la cláusula calificada suscita la duda fundada acerca de si, aparte de la citada cantidad de 810.000 pesetas, que no se señala como máxima, y que parece referirse sólo a intereses moratorios, quedarían, además, comprendidos en la garantía hipotecaria los intereses ordinarios que se devengasen a tipo de interés variable durante los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, que son objeto, *ministerio legis*, de la cobertura del citado precepto legal.

B. En cuanto a las *costas*, la cláusula de referencia engloba asimismo, aparte de las propiamente dichas judiciales o de ejecución, toda clase de *gastos* accesorios, anticipos, impuestos y otros conceptos ajenos a la propia hipoteca —y que pudieran ser objeto de contrato distinto—, con imprecisión tan absoluta que imposibilitarían en tiempo y forma legal la oportuna tasación judicial de costas, conforme aparece regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en los artículos 126 y 131, reglas 5.ª y 15.ª, de la Hipotecaria, preceptos de orden procesal inalterables por pacto, y conforme a la doctrina de las Resoluciones de 9 de febrero de 1898, 14 de febrero y 15 de marzo de 1935.

3. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Tercer defecto.—En la cláusula o disposición calificada con este defecto (la cuarta), lo único que se establece es una mora automática por falta de cumplimiento de lo pactado, lo que está permitido por el artículo 1.100, número 1, del Código Civil.

De otro lado, se establece la forma de liquidar los intereses moratorios de la manera establecida por el último párrafo del artículo 317 del Código de Comercio (el contrato de préstamo pactado es mercantil, al ser comerciante el acreedor), es decir, capitalizando los intereses como más capital a estos solos efectos, sin que ello implique violación del artículo 115 de la Ley Hipotecaria, e incluyendo los «impuestos, puesto que forma parte de la deuda», como se expone más arriba.

Efectivamente, no se establece si el interés moratorio fijado del dieciocho por ciento se establece por periodos mensuales o anuales, pero *es claro* que se refiere a *periodos anuales*, por los siguientes argumentos: de una parte, porque las reglas generales de interpretación de los contratos (arts. 1.284 a 1.286 del Código Civil) lleva a esa conclusión, ya que en todas las cláusulas de la escritura se establecen los periodos de intereses en relación al año y, de otra parte, porque el artículo 1.108 del Código Civil, al determinar el interés legal de demora, lo hace en relación a periodos anuales.

Dejamos para notas al defecto sexto, lo pertinente acerca de la posibilidad de garantizar frente a tercero los intereses moratorios y en qué términos.

Defecto sexto.—*a)* En primer lugar, se establece «la indeterminación esencial de la responsabilidad hipotecaria en cuanto a los intereses», según se dice en la calificación registral:

El Registrador, al calificar la cláusula octava de la escritura, interpreta que la frase de la misma que dice «ochocientas diez mil pesetas de sus intereses de tres años al tipo del dieciocho por ciento», se está refiriendo a los intereses de demora, por lo que deduce confusión con los intereses ordinarios del préstamo, por lo que estima que ambos no pueden englobarse en una responsabilidad hipotecaria única, conforme a los artículos 9, 2.º, y 12 de la Ley Hipotecaria y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, Dirección General) de 29 de octubre de 1984.

Igualmente, se afirma que no se determina una cifra o límite máximo de responsabilidad, exigencia de los artículos 12 y concordantes de la Ley y 219 del Reglamento Hipotecario, y doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de 26 y 31 de octubre de 1984, cuya afirmación se contiene en este defecto sexto, como también en el defecto primero de la nota de calificación registral.

En primer lugar, hay que hacer notar que la Resolución citada de 29 de octubre de 1984 rechaza, por contrario al principio de especialidad, y citando Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935, el que puedan englobarse en un mismo monto de responsabilidad frente a terceros los conceptos de intereses moratorios y costas y gastos. Creemos que sería llevar demasiado lejos la doctrina contenida en las resoluciones citadas, estimar como contrario al principio de especialidad, el englobar en el

mismo concepto de responsabilidad los intereses «normales» y los moratorios.

En segundo lugar, cuando la legislación hipotecaria alude a la responsabilidad por intereses, fundamentalmente al tratar del procedimiento judicial sumario de ejecución (art. 131 de la Ley), no distingue entre uno y otro tipo de intereses y, sin embargo, sí lo hace entre intereses y costas, por lo que ello es utilizado como argumento por las Resoluciones citadas de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935.

En tercer lugar, en la responsabilidad por intereses, de una clase u otra, estamos en presencia de una hipoteca de seguridad, al desconocerse el *quantum* a exigir.

Por lo que respecta a la interpretación que hace la calificación registral de la cláusula o disposición de que tratamos, en el sentido de referirse a los intereses moratorios, la dicción literal de la escritura y de cuanto antecede, ya se deduce la disconformidad: el porcentaje citado del dieciocho por ciento se refiere, de un lado, a los intereses «normales», en el sentido de que para fijar un *máximo* de responsabilidad por intereses con respecto a terceros, éste se determina en ese tipo, con independencia de las fluctuaciones del interés variable pactado en la cláusula segunda, y, de otro lado, se refiere a los intereses «moratorios», que aparecen fijados en un dieciocho por ciento.

En cuanto a la cuestión de no fijar un máximo de responsabilidad, estimamos que si se fija: *en términos de porcentaje máximo que alcanzará el tipo de interés en perjuicio de tercero y en términos de cantidad exacta. No se utiliza la palabra «máximo», pero no es necesario: ni los preceptos ni las resoluciones citadas exigen fórmulas sacramentales de ninguna especie.*

Por último, basa su calificación negativa el Registrador en la duda fundada de si, además de los intereses moratorios, quedan incluidos en la garantía hipotecaria los intereses normales, a través de la cobertura *ministerium legis*. Con cuanto queda dicho se contesta: el artículo 114 de la Ley Hipotecaria establece una protección supletoria de pacto específico, y en el presente caso lo hay: la disposición octava de la escritura calificada, interpretada con arreglo a su propia dicción.

b) El segundo gran defecto aducido por el señor Registrador, dentro de este sexto, es que al englobar al concepto de costas, las judiciales y también otros gastos que se añaden, muestran una «imprecisión absoluta». No estimamos que haya tal imprecisión, ya que en la propia cláusula se hace una enumeración bastante completa, que aún lo es más si tenemos en cuenta el resto del contenido de la escritura, singularmente las cláusulas en que la deudora asume obligaciones y la cláusula de gastos o duodécima.

En caso de ejecución, dichos gastos serán pormenorizados y adquirirán el carácter de líquidos con el debido control jurisdiccional.

En definitiva, todos los gastos cuya enumeración contiene la escritura calificada y que engloba en la responsabilidad por tal concepto están «relacionados directamente» con la obligación principal y de ella derivan, sin que cuanto queda expuesto contradiga, a nuestro juicio, el contenido de las resoluciones citadas por la nota de calificación del Registrador.

En apelación se dice:

Tercero.—Para el supuesto de que se pudiera interpretar que tácitamente se confirman los defectos rebatidos por mi mandante en el recurso, ya que sólo se conoce del relativo a la cláusula octava de la escritura —el señalado como sexto en la nota del señor Registrador—, se dan por reproducidas —en aras a la brevedad— todas y cada una de las argumentaciones expuestas contra aquéllos en el recurso, a fin de que por la Dirección General de los Registros y del Notariado pueda pronunciarse sobre ellos, si a bien lo tiene, y *nunca deba entenderse que mi mandante no se alza contra ellos*.

El informe del señor Registrador, tremendamente confuso, a nuestro juicio, no enerva ninguna de las argumentaciones mencionada, olvida la realidad y, por tanto, el artículo 3.º, número 1, del Código Civil, y sí, en cambio, da un verdadero «varapalo» jurídico al señor Notario autorizante, por cierto, no oído en el recurso, y en él —el informe— se vierten juicios contrarios a la buena imagen de mi mandante, en particular a la de los Bancos en general, por lo que mi representado hace formal protesta y se reserva las acciones legales pertinentes.

Las entidades financieras, los señores Registradores y los señores Notarios, desde hace tiempo, pero principalmente a partir de la Ley de 25 de marzo de 1981, de Regulación del Mercado Hipotecario, han estado y están en permanente contacto y existe un buen «entendimiento» para, sin menoscabo de las funciones que la sociedad tiene a cada institución encomendadas, ir sacando adelante una materia, como es la de los «préstamos hipotecarios con interés variable», en donde al no estar toda ella específicamente regulada ha de acudir al título preliminar y al libro IV del Código Civil y al artículo 2 del Código de Comercio —tales préstamos son mercantiles—, y, cómo no, a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, quien desde hace tiempo tiene admitidos este tipo de préstamos (por ejemplo, Resolución de 12 de septiembre de 1972), y en prueba de cuanto decimos vamos a transcribir la respuesta que don CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, Decano del Colegio Nacional de Registradores, dio a una pregunta que le fue hecha durante el Primer Congreso del Mercado Hipotecario, celebrado en Madrid los días 9 y 10 de octubre de 1984 (al que asistieron ilustres Registradores, Notarios y juristas):

«Se pregunta aquí (al señor HERNÁNDEZ CRESPO y al Notario don ROBERTO BLANQUER) cuándo se dice que si se trasladará a los señores Notarios y Registradores del contenido de las intervenciones, de nuestras intervenciones en este Congreso, y se añade, porque ello nos allanaría mucho el camino.»

«Sin duda que se traslada no solamente nuestras intervenciones, sino, sobre todo, las intervenciones de los demás y las conclusiones a que llegan estas reuniones de estudio.»

«Indudablemente, no sólo *a posteriori*, sino antes, como hemos aludido, me parece que todos, cuando surge la mora normativa o las nuevas necesidades que la vida impone, tenemos contacto con las entidades financieras para aclarar el contenido de aquella cláusula que puede ser dudosa o que, por lo menos, habrá que matizar para que tanto en la formalización del documento por parte del Notario, como en la calificación del mismo por parte del Registrador, se encuentre el camino allanado, a que se refiere como conclusión a la pregunta» (págs. 378 y 379 de lo publicado

por la Asociación Hipotecaria Española bajo el título de *Primer Congreso del Mercado Hipotecario*, Madrid, octubre 1984).

Fruto de tales contactos es que hasta el presente no se haya interpuesto ningún recurso como el que nos ocupa —éste es el primero que sepamos se ha planteado—.

Cuarto.—No obstante dar por reproducidas las argumentaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso, estimamos oportuno hacer las siguientes precisiones a la nota del Registrador:

a) La nota es en sí misma confusa y no se atiene a lo establecido en la vigente legislación hipotecaria. En efecto, presenta diez defectos, de los que se califican cuatro (los contenidos en los apartados 4, 6, 7 y 9) como insubsanables, no calificándose los demás defectos e introduciéndose una categoría especial, que no tiene precedentes en nuestro Derecho, y que el Registrador califica de *carácter esencial*, impidiendo, a su juicio, la inscripción de la totalidad del documento, lo que supone un evidente perjuicio para mi mandante.

b) Insistiendo en lo afirmado en el apartado anterior, impugnamos expresamente la calificación del Registrador en cuanto a ese llamado defecto «esencial», pues entendemos que las faltas de los documentos presentados a registro sólo pueden ser subsanables o insubsanables, en cuanto impiden su inscripción, o irrelevantes, si no la impiden. Y esto sentado, no entendemos que un defecto que afecta a la responsabilidad hipotecaria por razón de intereses o costas pueda impedir la inscripción de la hipoteca por principal. El señor Registrador, en su confusa y ofuscada calificación, llega así al absurdo jurídico de que lo accesorio destruya lo principal, ignorando además el principio tradicional, que expresado en palabras latinas, a las que tan aficionado es el señor Registrador, nos enseña que *utile per inutile non vitiatur*.

El defecto tercero contiene la asombrosa afirmación de que «al depender los intereses moratorios de una conducta personal del deudor, que no puede trascender a tercero», no resulta por ello inscribible. El error es evidente y no exige mayor aclaración: todo incumplimiento depende de una conducta personal, y cuando este incumplimiento se garantiza con hipoteca u otra forma de aseguramiento real afecta a tercero.

g) Y entramos en lo que el Registrador llama cláusula fundamental de constitución unilateral de hipoteca, donde, a su juicio, se observa *indeterminación esencial de la responsabilidad hipotecaria*. Reiteramos aquí lo contradictorio e incongruente de la nota que considera que esta determinación afecta a intereses y costas (elementos accesorios), concluyendo que esta supuesta indeterminación impide con carácter insubsanable la inscripción de la garantía hipotecaria del principal del préstamo. Respecto de los intereses garantizados con la hipoteca, dados los términos en que está redactada la escritura, hay que admitir la validez del pacto y su inscribibilidad. En efecto, la validez y licitud de los préstamos con interés variable es indudable. Están reconocidos por la doctrina y admitidos por la jurisprudencia e incluso por las legislaciones más progresivas. El problema queda así reducido a si la cláusula de garantía hipotecaria de estos intereses, tal como se formula en la escritura presentada a registro, respeta los principios hipotecarios. La cláusula en cuestión dice textualmente «en garantía de la devolución del principal del préstamo por un millón qui-

nientas mil pesetas, de ochocientas diez mil pesetas de sus intereses de tres años al tipo de dieciocho enteros...». Y con esta formulación no encontramos razón alguna para que la cláusula no sea inscribible. Como en todos los casos de responsabilidad hipotecaria por razón de intereses, se trata de una hipoteca de máximo perfectamente precisada. No queremos cansar a la Dirección General, a la que acudimos hoy en recurso con argumentaciones. Aceptamos íntegramente las sentadas por este Centro Directivo en su importante Resolución de 12 de septiembre de 1972, primera que estudia y declara inscribibles los pactos de interés variable en los préstamos. La cláusula que hoy se somete a recurso es prácticamente idéntica que la que declaró inscribible la Dirección en el recurso resuelto por la citada Resolución de 1972, cuya cláusula decía literalmente «en garantía de ciento cuarenta y cinco mil pesetas de principal, de treinta y dos mil seiscientos veinticinco pesetas de intereses de tres años. ».

En cuanto a la garantía hipotecaria por costas y gastos, se reitera aquí lo dicho en el escrito de interposición de recurso. Admitida la garantía hipotecaria por costas y gastos, con la indeterminación que conlleva esta fórmula genérica, por qué razón se considera impreciso que se determinen contractualmente alguno de los conceptos que deban considerarse incluidos en la referencia genérica «costas y gastos». El Registrador, bajo el imperio, sin duda, del principio de especialidad que rige el Registro de la Propiedad, considera inscribible el pacto que especifica la genérica expresión «costas y gastos».

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Cuarto.—En cuanto a *intereses moratorios* del préstamo, regulados fundamentalmente en la *cláusula 4.ª* de la escritura, aunque existen referencias dispersas en otras, el escrito de recurso se limita a explicar *a posteriori* lo que la escritura debió decir y no dijo, con lo que reconoce implícitamente la imprecisión de la cláusula e incluso, ya de modo explícito, el defecto de que «efectivamente no se establece si el interés moratorio fijado del dieciocho por ciento, se establece por períodos mensuales o anuales, pero es claro .» (parece que sólo para el Banco que redactó la minuta).

Según reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, y como más reciente, la Sentencia de 22 de octubre de 1984, los intereses ordinarios del préstamo y los moratorios tienen muy distinta naturaleza jurídica: mientras que los primeros valoran la disponibilidad del dinero durante el tiempo pactado y constituyen la remuneración o precio del capital prestado, en cambio, los moratorios valoran la privación sufrida por el acreedor y los singulariza su finalidad indemnizatoria por el incumplimiento de la obligación. Por ello es también muy distinta su forma de devengo: los ordinarios son de devengo fijo y periódico; los de demora son de devengo aleatorio (se basan en un incumplimiento doloso o culposo del deudor) y no periódico (no se calculan por períodos prefijados, generalmente anualidades, como los ordinarios).

De ahí que, en el mismo sentido, la Dirección General de los Registros haya establecido (Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935

y 29 de octubre de 1984, entre otras) que sin desconocer que los intereses, así como las costas, son prestaciones accesorias engendradas por la principal, son conceptos distintos. Y la hipoteca, al constituirse en garantía de los mismos, resultará, en cuanto al principal, una hipoteca ordinaria o de tráfico; respecto de los intereses, una hipoteca de máximo, y, finalmente, en cuanto a las costas, una hipoteca de seguridad. Por ello, y según las citadas resoluciones, en lógica aplicación del principio de especialidad, es necesario determinar por cada concepto una concreta responsabilidad, sin que puedan englobarse, sino que han de constar perfectamente diferenciadas.

A efectos estrictamente hipotecarios, es importante destacar además que mientras la finca hipotecada permanezca en poder del deudor hipotecante, la cobertura de intereses es absoluta: se extiende a todos los impagos y no prescritos, sea cual fuere su cuantía. Pero si después de constituida la hipoteca aparece un tercer adquirente de dominio o derecho real sobre la misma finca, la cobertura hipotecaria sólo alcanza al tope máximo que necesariamente debe señalarse en la inscripción de constitución, conforme a los artículos 12, 114, 146 y 147 y concordantes de la Ley y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de mayo de 1919, 17 de octubre de 1932 y 18 de marzo de 1946, entre otras) y unánime doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que nuestro Derecho positivo es contrario al anatocismo, como claramente proclama el artículo 317, 1.º, del Código de Comercio al regular el préstamo mercantil. En el mismo sentido, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, antes citado, habla solamente de los intereses del crédito capital, y la garantía hipotecaria no comprende nunca los *intereses de intereses*, como afirmó ya una centenaria Resolución de 3 de mayo de 1884 y lo sigue manteniendo la doctrina hipotecarista más moderna, como ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, edición de 1968, tomo IV, volumen 1.º, pág. 512) o CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, 3.º edición, año 1983, tomo VI, página 547). El sistema legal previsto para el aseguramiento de los intereses vencidos y no satisfechos es el de la hipoteca de ampliación, conforme al artículo 115, que se produce siempre sin perjuicio de tercero, según el mismo artículo y el 126, ambos de la Ley Hipotecaria. Ello es congruente con el párrafo 2.º del artículo 317 del Código de Comercio, citado por el recurrente en su escrito (pero no por la escritura) para llegar a una conclusión tanto sorprendente y distinta de la pretendida en el título. Naturalmente que los intereses líquidos y no satisfechos pueden capitalizarse como aumento del capital, conforme al citado precepto; pero tal mutación no se opera de un modo mágico; el hecho de que los intereses pasen a formar parte del principal implica jurídicamente una novación del primitivo contrato de préstamo (en esencia, de capital fijo), lo cual, a efectos de la hipoteca que lo garantiza, ha de sujetarse a lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley, antes citado, complementado instrumentalmente en este punto por el artículo 144, según el cual «todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar... la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como... la novación del contrato primitivo..., no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva...». Es decir, en el terreno hipotecario, la capitalización permitida por el artículo 317 del Código de Comercio no se

produce internamente de modo automático, casi taumatúrgico; requiere el oportuno convenio, sujeto a inscripción, y que no podrá perjudicar a tercero inscrito con anterioridad. Cualquier otra interpretación llevaría al absurdo de la imposibilidad de conocer la responsabilidad hipotecaria, dado que todos los elementos del préstamo, incluso el propio capital, tendrían cuantificación distinta al paso del tiempo.

Y de la cláusula 4.ª de la escritura, que la calificación del que suscribe considera defectuosa, resulta:

1.º Que la responsabilidad por intereses de demora no se especifica ni distingue de la correspondiente a intereses ordinarios. Antes bien, *se engloba*, como veremos al tratar de la cláusula 8.ª de la misma escritura calificada.

2.º En la base de cálculo de tales intereses moratorios se introduce una cantidad, la correspondiente a impuestos, que resulta ilíquida y provoca absoluta indeterminación, como antes dijimos. Además, en cierto modo, puede considerarse ilegal, por cuanto las cuotas tributarias sólo pueden experimentar los recargos e intereses de demora impuestos por la Ley Fiscal, y únicamente en favor de la Hacienda Pública.

3.º Tampoco se determina si el interés de demora estipulado —el 18 por 100— sería aplicable anualmente o en relación al concreto período mensual de liquidación contemplado. De entenderse esto último, cosa posible según la dicción literal de la cláusula (no obstante, el art. 1.108 del Código Civil, aplicable sólo en defecto de pacto), resultaría que el interés moratorio anual se elevaría al 216 por 100; tan descomunal cifra es ejemplo patente de los absurdos jurídicos a que pueden conducir las imprecisiones contractuales. Y aunque en el escrito de recurso se rechace tal interpretación maximal, es muy cierto que dicho escrito no es el título inscribible sometido a inscripción.

Por todo lo expuesto, procede ratificar el tercer defecto señalado en la nota, calificándolo, no obstante, de subsanable, al ser posible constituir, por los cauces legales, una hipoteca de seguridad y de máximo en garantía de intereses moratorios, con la debida especificación y separación de los ordinarios.

Para rebatir el *defecto sexto* de la nota, en su apartado A, el recurrente rechaza la «interpretación» (*sic*) dada por el Registrador a la cláusula 8.ª de la escritura calificada, y propone otra que, en definitiva, reconoce la existencia del defecto. Ya de entrada resulta sorprendente en materia de hipotecas tener que «interpretar» cuál es la responsabilidad hipotecaria, que ha de expresarse en puros términos cuantitativos y no cualitativos; sería lo mismo, o acaso peor, que tener que «interpretar» el precio de una compraventa. Y si, efectivamente, hay que «interpretar», parece que la cláusula discutida, esencial, no está correctamente redactada; desde luego, desde el punto de vista personal del informante, después de veintiún años de ejercicio profesional y miles de hipotecas calificadas, es el primer caso en que contempla tan original estipulación.

Pero descendiendo ya a las cuestiones objetivas, cabe afirmar que la citada cláusula viene a ser un compendio de la *indeterminación* acusada ya en anteriores cláusulas, y que ha sido objeto de los razonamientos contenidos en los anteriores apartados 2.º, 3.º y 4.º del presente informe,

a los que expresamente nos remitimos en méritos a la brevedad, con las únicas apostillas siguientes:

A. Evidentemente, al señalar la responsabilidad por «intereses» (sin otra precisión), fijándolos en la cantidad de «ochocientos diez mil pesetas», que se dice corresponde a «tres años», al tipo de «dieciocho enteros por ciento anual», involucra cuestiones muy distintas y que conducen a un resultado verdaderamente contradictorio en sus propios términos, por las razones siguientes:

1.ª Por un lado, la cantidad citada se establece como *resultado matemático* (relacionado con un cálculo cuyas bases se expresan a continuación en la misma cláusula), pero no como *máximo predeterminado* (entendido, conforme al *Diccionario de la Real Academia*, como «límite superior o extremo a que puede llegar una cosa»). Ello impide considerar fijado el máximo hipotecario (que no es el resultado de un cálculo, aunque éste exista contablemente, pero no explícito), sobre todo cuando no se expresa a qué clase de intereses se refiere. Y que se fije dicho máximo, límite o cantidad total, llámese como se quiera, no es una exigencia arcaica de «fórmulas sacramentales» por el Registrador, como parece argumentar el recurrente, sino una exigencia lógica del principio de determinación.

2.ª Se habla de anualidades, lo cual, como antes dijimos, es congruente con los intereses ordinarios, pero no con los moratorios.

3.ª Por el contrario, el tipo del 18 por 100 es el fijado por la anterior cláusula 4.ª para los moratorios, con absoluto olvido de que, conforme a la 2.ª, el *único interés de momento devengable* es el del 14,50 por 100 anual, *invariable*, además, según lo estipulado, durante los primeros dieciocho meses. Ni el presunto interés revisado (al alza o baja) ni el interés moratorio tienen aplicación actual; es más, puede ocurrir que no lleguen a tenerla nunca si no se dan las condiciones para la revisión o si no se produce la mora, respectivamente. Por todo ello resulta inadmisibles englobarlos, formando un verdadero *totum revolutum*.

En este punto, el escrito de recurso parece estimar admisible que los intereses que llama «normales» tengan un tipo (el del 18 por 100) con respecto a terceros..., «con independencia de las fluctuaciones del interés variable pactado», y que se pueden «englobar en el mismo concepto de responsabilidad los intereses normales y los moratorios». Afirmando, además, que la conclusión contraria del Registrador es «llevar demasiado lejos» la doctrina de las Resoluciones de 29 de octubre de 1984, 14 de febrero y 15 de marzo de 1935. Tal opinión parece basarse en una extraña distinción entre intereses del préstamo entre partes y «respecto de tercero», olvidando que los intereses son *únicos*, tanto para unas como para otras personas, y lo que simplemente ocurre es que de garantizarse con hipoteca, y una vez fijados *ab initio* en la inscripción, conforme al artículo 12 de la Ley, en una fase posterior (la ejecutiva, sobre todo), el tercero sólo responderá hasta el máximo fijado, y siempre dentro del legal. Respecto a la comparación entre intereses ordinarios o «normales» y moratorios, nos remitimos a lo ya dicho, advirtiendo, sin embargo, que la doctrina de las resoluciones citadas no se extralimita, por cuanto establece la imposibilidad de englobar en una sola cifra intereses y costas, a pesar de la idéntica naturaleza de la hipoteca, y lógicamente, por apli-

cación del mismo principio de especialidad, tampoco se pueden englobar las responsabilidades de otros dos conceptos distintos, los intereses ordinarios y los moratorios, de distinta base de cálculo, tipo aplicable y devengo, como vimos.

4.ª Además, en la hipótesis de suponer que el extraño pacto analizado se refiere a intereses moratorios, como en el sistema establecido por el artículo 114 de la Ley, en defecto de pacto preciso se entiende que la hipoteca asegura «los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente», cabría interpretar que, en el presente caso, y aparte de las 810.000 pesetas de referencia, la hipoteca así pergeñada aseguraría dichas dos anualidades, equivalentes, como mínimo (al tipo inicial del 14,50 por 100), a 435.000 pesetas, o sea, en suma, 1.245.000 pesetas, cantidad muy superior a las 1.087.500 pesetas que, como máximo de cinco anualidades al tipo inicial pactado, puede asegurar la hipoteca por el concepto de intereses, según el párrafo 2.º del citado precepto legal. Por lo cual, también en tal supuesto habría que rechazar la inscripción. En materia de fijación de responsabilidad no caben interpretaciones, sino la simple expresión de los datos concretos, aparte de que el Registrador ha de «calificar» la legalidad de las cláusulas, pero no interpretarlas a efectos de complementar su expresión equívoca.

B. En cuanto a la responsabilidad hipotecaria por *costas y gastos*, la cláusula examinada engloba, aparte de las propiamente dichas o de procedimiento, toda clase de anticipos heterogéneos, gastos notariales, registrales, fiscales, reales u *ob rem* de la finca hipotecada, etc., con extensión tan desmesurada del concepto que lo convierte en un auténtico «cajón de sastre», con absoluta indeterminación de sus componentes.

El escrito de recurso, en este punto, niega la imprecisión achacada, limitándose a afirmar que la «enumeración es bastante completa» (sobre todo por remisión a otras cláusulas), y que «en caso de ejecución, dichos gastos serán pormenorizados y adquirirán el carácter de líquidos con el debido control jurisdiccional» (*a posteriori*).

Contra ello cabe advertir:

1.º Que el concepto de costas y gastos siempre se ha entendido en el mundo jurídico con relación a los gastos legales que las partes hacen y deben satisfacer con ocasión y dentro de un procedimiento judicial. Así lo entiende la doctrina civilista (PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: «gastos de ejercicio del *ius persequendi*); la procesalista (por ejemplo, GUASP: «serie de desembolsos que es preciso hacer dentro de un proceso para la persecución o defensa del Derecho»); así como la específicamente hipotecaria (ROCA: «expensas que deberán efectuarse cuando, vencida la obligación hipotecaria, deba el acreedor entablar el correspondiente procedimiento de ejecución»). Así lo confirma el artículo 126 de la Ley Hipotecaria al establecer en su tercer párrafo el perjuicio de tercero sólo por razón de «costas judiciales». Las demás quedan fuera de la hipoteca en garantía de préstamo. Aparte de que, como señala ROCA (*ob. cit.*, tomo IV, vol. 2.º, página 979, nota 1), que cita además diversas resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona, la cláusula escrituraria de costas y gastos tiene «un evidente carácter sancionador o penal, y las normas de esta naturaleza, sean legales o convencionales, no pueden interpretarse extensivamente, endureciendo o agravando la pena o sanción».

2.º La tasación de costas que, en su caso, proceda viene regulada por normas de carácter procesal y, por tanto, imperativo: artículos 421 y siguientes, 1.474 y 1.475 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 131, reglas 5.ª y 15.ª, de la Ley Hipotecaria, etc., sin que «ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes», conforme explícitamente preceptúa el artículo 129 de la misma Ley. De ahí que la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1956 afirme literalmente que «si bien el Código Civil, tanto en su artículo 1.091 como en los 1.255 y 1.278, consagra el principio de Derecho *pacta sunt servanda*, ello no es obstáculo ni significa oposición para que en concretos procedimientos —*ejecutivos, tercerías, desahucios, entre otros—, aun cuando figure concertada cosa diferente, el juzgador imponga de modo expreso el pago de las costas a litigante determinado y, por el contrario, a que en otros casos, aunque en ellos exista convenio que tal sanción vaya aneja a un supuesto incumplimiento de lo contratado, no se haga por el Tribunal imposición de ellas, y esto, en virtud de ser de libre apreciación la condena de costas, razón por la que no cabe impugnar en casación el uso que hacen los juzgadores de su prudente arbitrio, ya que el criterio opuesto sería conceder a los contratantes una facultad que corresponde exclusivamente a la función judicial, como tiene reconocido esta Sala en sentencias reiteradas, que, por ser notorias, no es preciso mencionar». Hasta aquí, la luminosa doctrina del Tribunal Supremo. La autonomía de la voluntad está radicalmente excluida en esta materia; no cabe el pacto *contra legem*, por reiterados que sean los usos bancarios, de dudosa justificación legal.*

3.º A la consideración anterior puede añadirse, desde el punto de vista estrictamente hipotecario, el del tercero, y conforme a las Resoluciones de 9 de febrero de 1898 y las anteriormente citadas de 1935, que la hipoteca no puede extenderse a garantizar cualesquiera gastos «relacionados» más o menos directamente con la obligación principal, que de hecho (véase, por ejemplo, los de seguro) se derivan de contratos distintos al de préstamo, que no trascienden de la esfera personal, pues respecto de tercero, por mucho que éste adquiera la finca hipotecada, serán siempre *res inter alios acta*. El tercero, volvemos a repetir, sólo responde de las costas en los términos estrictos legales (arts. 126; 131, regla 5.ª, y concordantes, antes citados), sin que tampoco tenga que esperar a la liquidación que, en su caso, proceda, por ser la cantidad total reclamada ilíquida (cfr. artículos 1.464, 1.465 y 1.467, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ello, tales gastos complementarios y accesorios quedan fuera de la hipoteca.

Por las razones expuestas, reafirmamos la existencia de otro defecto insubsanable de que adolece el título, que afecta, sobre todo en el apartado A, a la esencia fundamental de la hipoteca que se pretende constituir, por lo que resulta imposible su inscripción, al quedar indeterminada la responsabilidad hipotecaria.

5. INFORME DEL NOTARIO

Que en cuanto al tercer defecto de la calificación registral hay que considerar que el segundo párrafo de la cláusula cuarta no se puede con-

siderar un caso de anatocismo, y así lo considera la doctrina registral, estando dicho pacto permitido por el artículo 317 del Código de Comercio y no se considera aplicable a este caso el artículo 115 de la Ley Hipotecaria; por tanto, hay que remitirse a lo expuesto a propósito del defecto segundo de la nota de calificación. Por último, en la escritura no se especifica si el interés de demora del 18 por 100 lo es anualmente o en otros períodos de tiempo; es una *omisión que constituye un defecto subsanable*.

Que en lo concerniente al sexto defecto de la calificación registral, se opta por la solución de englobar en un solo concepto los intereses ordinarios y los de demora, y en su favor aboga el hecho de que en los artículos 12 y 114 de la Ley Hipotecaria, entre otros, se habla de intereses, sin distinción, y de otro lado, también es de considerar que aunque unos y otros tienen distinta base de cálculo, y unos son periódicos y otros no lo son, en ambos casos se trata de rendimientos de un capital; y, por otro lado, la cláusula octava es válida en cuanto a la manera de expresar la fijación de los límites de responsabilidad de la finca por razón de la hipoteca en lo que a intereses se refiere, respondiendo de los intereses de tres años, y así no se supera la limitación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, y como se trata de un préstamo a interés variable, se fija un tope de tipo de interés en perjuicio de ese tercero posible adquirente de la finca hipotecada, según Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 y 31 de octubre de 1984, y además, en dicha cláusula se indica que la suma de esos intereses de tres años al tipo del 18 por 100 supone una cantidad que en ningún caso es superior a cinco años de interés al tipo inicial, dándose cumplimiento a lo establecido en el artículo 226 del Reglamento Hipotecario; por último, en la cantidad indicada para costas y gastos, se pretende incluir como garantizadas una serie de prestaciones accesorias, y hay que preguntarse si es contraria dicha resolución al principio de especialidad; las Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935 rechazan el criterio afirmativo en lo que se refiere a los intereses de demora, como quedó visto, pero no en los supuestos que en la cláusula octava se enumeran, y se considera que la esencia de la cuestión están en la posible imprecisión de la enumeración que en este caso se da.

6. AUTO PRESIDENCIAL.

Segundo.—El principio de especialidad exige que las responsabilidades por intereses, gastos y costas aparezcan claramente diferenciadas, a fin de que se conozca tanto por las partes como los terceros la determinación de cada crédito y se eviten las ambigüedades, se elimine la confusión y se dé cumplimiento a los fundamentos del sistema inmobiliario español (Resolución de la Dirección General de los Registros, de 29 de octubre de 1984), doctrina que es aplicable no sólo en los supuestos contemplados en dicha resolución, sino también, cuando se trate de intereses, si en la determinación de éstos existe tal confusión, por contemplarse en el préstamo garantizado intereses normales e intereses moratorios, sin que sea lícito que en la mención de garantía que de los intereses se hace en la cláusula octava, se puedan entender englobados unos y otros, que tienen distinta base de cálculo, tipo aplicable y devengo, sin olvidar que la im-

precisa cifra de 310.000 pesetas no se establece como máxima, sino, cual dice el Registrador, como resultado matemático, lo que impide estimar como fijado el máximo de garantía hipotecaria, con infracción de los artículos 12 de la Ley Hipotecaria y 219 del Reglamento y Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984, siempre exigible cuando entre los intereses se pacta un tipo variable.

Tercero.—En la misma línea cabe apreciar que la cláusula octava de la escritura comprende, aparte de las costas judiciales en sentido estricto, toda clase de gastos accesorios, anticipos, impuestos y otros conceptos ajenos a la hipoteca, lo que no es admisible, pues aparte de su imprecisión, hay que tener en cuenta que el tercero sólo responde de las costas en los términos legales (arts. 126 y 135, regla 5.ª, de la Ley Hipotecaria).

Cuarto.—Por lo expuesto es ajustado a Derecho el defecto sexto, adecuadamente señalado como insubsanable en la nota del Registrador, por afectar esencialmente a la hipoteca que se pretende constituir, lo que imposibilita su inscripción al quedar indeterminada la responsabilidad hipotecaria; imposibilidad que implica la desestimación del recurso en cuanto se pretende con el mismo que se ordene inscribir la escritura de constitución de hipoteca unilateral, todo ello con abstracción de los demás motivos planteados en el recurso, que no es preciso considerar en cuanto no son supuestos necesarios de la definitiva denegación de inscripción que acertadamente hace el Registrador.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

3. Agrupamos la consideración del defecto 3.º (cláusula 4.ª de la escritura) y el defecto 6.º (cláusula 8.ª de la escritura) porque en ellos se plantean diferentes cuestiones, conexas entre sí por referirse a intereses asegurados por la hipoteca:

Primera cuestión: Hay que partir de que en la escritura (cláusula 2.ª) se ha estipulado un interés inicial anual del 14,50 por 100 y, a la vez, se ha estipulado la variabilidad del interés en función de determinados tipos de intereses preferenciales. Después, en otra cláusula (cláusula 8.ª) se establece que la hipoteca se constituye en garantía del capital prestado, «de 810.000 pesetas de sus intereses de tres años al tipo de 18 enteros por 100». Hay que partir, porque así resulta —contra la objeción del Registrador— con claridad del conjunto de la escritura, de que este tipo del 18 por 100 es anual. Pero, no obstante, tiene razón el Registrador cuando se opone a la inscripción de esta cláusula, porque la cantidad señalada como fija, por intereses, estaría en contradicción con el juego variable de los mismos; debe resultar con claridad de la escritura que los intereses que la hipoteca garantiza —haya pasado o no la finca a tercer poseedor— no son otros intereses que los variables que procedan según el contrato de préstamo, y que las cifras fijas —810.000 pesetas, 18 por 100— sólo tienen el valor de cifras máximas de responsabilidad.

Segunda cuestión: Relacionando la cláusula 4.ª de la escritura con la 8.ª resulta que, en el concepto intereses, se ha querido englobar —a efectos de extensión de la garantía hipotecaria— tanto los intereses convenidos en retribución del préstamo (intereses remuneratorios) como los intere-

ses producidos por no cumplirse a su tiempo la obligación de devolver la cantidad prestada (intereses moratorios). El Registrador se opone a esta cifra global por exigirlo el principio de determinación. Y tiene también en esto razón, porque una y otra obligación por intereses tienen naturaleza y régimen distintos; los remuneratorios nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados; los moratorios no derivan directamente del contrato, sino de la conducta (incumplimiento por mora) ulterior de una de las partes. Unos y otros van a tener, por consiguiente, distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria. Como la hipoteca puede, en principio, garantizar todo tipo de obligaciones, cabrá también extender la hipoteca a esta otra obligación que no deriva directamente del contrato de préstamo. Pero por exigencia del principio de especialidad (cfr. arts. 9 y 12 de la Ley Hipotecaria) ni puede englobarse la cifra por intereses moratorios en la hipoteca por costas y gastos (como se dijo ya en la Resolución de 29 de octubre de 1984), ni puede englobarse tampoco en la cifra por intereses de préstamo; por el contrario, de quererse que también estos intereses resulten hipotecariamente garantizados, deben precisarse separadamente, en cuanto a esta otra obligación futura garantizada, las circunstancias que la identificarán y la cifra máxima de responsabilidad. Si bien rige, para uno y otro tipo de intereses —que a estos solos efectos deben ser computados conjuntamente—, el límite máximo imperativo de las cinco anualidades, prescrito por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Por lo demás, excluidos los intereses moratorios de la cobertura hipotecaria ahora debatida, no procede examinar las otras cuestiones relacionadas con ellos, a que se alude en el defecto 3.º de la nota recurrida.

4. El defecto 6.º (cláusula 8.º de la escritura) se refiere, finalmente, a una cuestión muy importante porque está muy generalizada la práctica de incluir en la cifra global por costas y gastos no sólo las costas y gastos judiciales, sino cualesquiera otros gastos más o menos relacionados con el contrato y que, habiendo sido anticipados por el prestamista, deban ser, en definitiva, según el contrato, de cargo del prestatario. De la Ley de Hipoteca Mobiliaria (art. 6.º) resulta un criterio favorable a la inclusión en la misma cifra global de aquellos gastos extrajudiciales que, como las primas de seguro del bien hipotecado, estén en íntima conexión con la conservación y efectividad de la garantía; éste puede ser también el caso de los anticipos por aquellos impuestos que constituyen afecciones preferentes a la hipoteca, o por gastos de la comunidad en régimen de propiedad horizontal y otros de análoga trascendencia en relación con la hipoteca misma. Pero una fórmula que, como la de la escritura, comprende «en general los gastos de esta operación, que siendo a cargo de la parte prestataria o del titular del bien hipotecado hayan sido satisfechos por el prestamista», no puede ser aceptada porque, como resulta de otros considerandos, la parte prestataria ha asumido obligaciones que son, en rigor, ajenas a la obligación garantizada y a la conservación y efectividad de la garantía. Si se quiere que los reembolsos por anticipos relativos a estas otras obligaciones sean también garantizados por hipoteca, se requerirá constituir hipoteca especial por deuda futura con las consiguientes precisiones relativas a cada deuda y al respectivo importe máximo garantizado.

8. APOSTILLAS

1. Aquí se concentra la doctrina fundamental del recurso respecto a la determinación de la responsabilidad hipotecaria.

2. Contra la objeción del Registrador, admitida por el Notario autorizante, que la considera una «omisión que constituye defecto subsanable», la Dirección parte de que el tipo del 18 por 100 es «anual», «porque así resulta con claridad del conjunto de la escritura». De acuerdo, pero ello supone más «interpretar» que «calificar», teniendo en cuenta que, por ejemplo, los períodos de liquidación son mensuales.

3. Rotundamente, en cambio, se afirma la necesidad de que consten con toda claridad las cifras máximas de responsabilidad hipotecaria. Y éstas no consisten en un cálculo sobre tipos de interés inexistentes por inactuales, sino en el simple señalamiento de una cifra tope, de esa «cantidad global» o máxima de que habla el artículo 220 del Reglamento.

4. Asimismo, se rechaza de plano acumular en una sola cifra de responsabilidad los intereses remuneratorios y moratorios o éstos y las costas y gastos. Para la garantía hipotecaria de tales intereses moratorios es necesario señalar específica y separadamente una cifra concreta y máxima de responsabilidad.

Llegados a este punto, el Centro Directivo sienta la afirmación, que quizá resulte polémica, de que los importes de ambos tipos de intereses, remuneratorios y moratorios, deben ser «computados conjuntamente» para saber si la suma de ambos máximos de responsabilidad excede o no del límite imperativo de las cinco anualidades marcado por el artículo 114 de la Ley. Esta concreta cuestión no se había planteado en el recurso (porque, evidentemente, la cifra global de 810.000 pesetas establecida en la escritura no excede del tope de cinco años al tipo inicial del 14,50 por 100)

Dada la urgencia con que se redactan estas apostillas, cabe observar, sintéticamente, que tal computación conjunta:

- Parece avenirse mal con la distinta naturaleza de ambas clases de intereses.
- Con la consideración de que el citado artículo 114 sólo contempla los intereses ordinarios o remuneratorios.

Ahora bien, en favor de la postura adoptada cabe argüir:

- En primer lugar, que es la más consecuente con el sistema legal (basado en el tope de intereses, complementado con la hipoteca de ampliación). Hasta el punto de que, como decía ya la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, «el tercer adquirente ... que no conoce el descubierto en que puede hallarse el deudor, y que naturalmente presume que está al corriente en el pago de intereses en el hecho de no haberse reclamado contra la hipoteca, quede perjudicado por omisión e incuria del acreedor o tal vez por mala fe de éste combinada con la del deudor. De ahí proviene que, a imitación de muchos Códigos, se proponga la cuantía de intereses que deban considerarse asegurados con la hipoteca, introduciendo la presunción *iuris et de iure* de que el acreedor renuncia a ella en la parte relativa a los demás intereses en el hecho de no reclamarlos o de no haber exi-

gido una ampliación de inscripción sobre los mismos bienes hipotecados con objeto de asegurar lo devengado antes». Siempre fue, pues, propósito legal evitar los fraudes.

- Aparte de ello se consiguen otras finalidades prácticas, como es la de evitar la acumulación de ocultos intereses impagados hasta importes tales que dificulten la contratación futura sobre la finca hipotecada, o en caso de ejecución parcial de la hipoteca, por intereses, cerrar el paso a manipulaciones con los intereses moratorios, de tipo sensiblemente más alto que los ordinarios.

5. Sí se había planteado en el recurso la cuestión de cómo se computa ese máximo legal de los artículos 114 de la Ley y 220 del Reglamento (precepto este último no citado ni en los vistos). En base a la consideración de que en el momento de constituir e inscribir la hipoteca sólo existe un único tipo de interés, el inicial (que por pacto necesariamente se mantendrá invariable durante cierto tiempo), dado que los futuros tipos aplicables variables pueden no llegar a tener existencia (si no se dan los supuestos necesarios para la variación), y a que por su propia variabilidad esencial no pueden servir para el cómputo de un período quinquenal, no me cabe ninguna duda de que para el cómputo de ese máximo legal sólo pueden tenerse en cuenta esas cinco anualidades de intereses *al tipo inicial*. A la misma conclusión conduce el artículo 219, 3.º, del Reglamento al establecer que en la inscripción conste el tipo o módulo de estabilización «vigente en la fecha del otorgamiento de la escritura». Así parece entenderlo también el Notario autorizante. La Dirección nada expresá sobre este punto, quizá por considerarlo obvio.

6. En cuanto a *costas y gastos*, la Dirección confirma el defecto. Pero después de referirse a la generalizada «práctica» de incluir en tal concepto «no sólo las costas y gastos judiciales, sino cualesquiera otros gastos más o menos relacionados con el contrato», parece, en un verdadero *obiter dictum*, manifestar opinión favorable a algunos de ellos (primas de seguro, impuestos preferentes, gastos de comunidad horizontal). Se apoya para ello en el artículo 6 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, apoyatura no muy firme, en mi modesta opinión, si se tiene en cuenta la distinta naturaleza de los bienes hipotecados y la circunstancia de que en determinados tipos de hipoteca mobiliaria (por ejemplo, la de vehículos de motor) y de prenda sin desplazamiento, el seguro es obligatorio, es un *pruus* legal a la inscripción, conforme, entre otros, a los artículos 36 y 57 de la misma Ley.

Aparte de ello, habría que tener en cuenta que por esa vía se desembo-ca fácilmente en el *totum revolutum*, que se trata de evitar: que la hipoteca constituida en garantía específica de un determinado contrato de préstamo se convierta en garantía real indirecta de otros contratos más o menos relacionados, por razón del objeto, con él. La hipoteca, derecho real típico, no puede convertirse en atípico, con las gravísimas consecuencias que acarrearía perturbar lo que es su esencia, la realización de valor por la vía ejecutiva, que, no olvidemos, es de orden público.

Además, desde el punto de vista del «justo equilibrio» de las prestaciones (reafirmado por el art. 10 de la Ley de Defensa del Consumidor), ¿no es cierto que el acreedor hipotecario se beneficia con la pura revalorización monetaria de la finca, con las mejoras que el prestatario haga en la misma, etc.? ¿A qué viene entonces rasgarse las vestiduras

en el caso de que el deudor desatienda el pago de un seguro que puede haberse convertido en extraordinariamente gravoso para su economía, o se niegue a pagar recibos de contribución en que se incluyan recargos como los recientemente declarados ilegales? Regúlese quizá de forma más completa y moderna la cuestión de la devastación, pero no creo conveniente introducir cuerpos extraños en el delicado mecanismo de la hipoteca sin la oportuna y minuciosa regulación legal.

Con todo, y tras esa consideración *obiter dicta*, la Dirección sienta la buena doctrina de la necesidad de constituir hipoteca especial por deuda futura para esos especiales reembolsos adicionales.

* * *

VENCIMIENTO ANTICIPADO

1. CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Quinta.—*Vencimiento anticipado*: No obstante el vencimiento pactado, vencerá de pleno derecho el préstamo y será exigible la restitución del importe del mismo, vivo o no amortizado, y los intereses devengados, incluso de demora, hasta el momento de reclamar al prestamista la efectividad del vencimiento anticipado, en los siguientes casos:

a) Cuando incumpliere cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato y en especial por la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de interés y plazos de amortización del capital prestado

b) Cuando se comprobase inexactitud de los datos de la parte prestataria o en los documentos aportados por ella, que sirvan de base a la concesión del préstamo o a la vigencia del mismo.

c) Cuando por cualquier circunstancia sufriere deterioro o merma el bien hipotecado que disminuya su valor en más de un veinte por ciento respecto al tipo fijado para subasta y la parte prestataria no ampliase la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien fijado para subasta y el crédito que garantiza. Dicho deterioro o disminución de valor se acreditará por la prestamista mediante certificación de tasación expedida por la Sociedad de Tasación, S. A., o entidad similar especializada, y conforme a la legislación específica por la que se rijan para dicho fin las mencionadas sociedades especializadas.

d) Cuando la parte prestataria sea declarada en quiebra o en concurso de acreedores, o cuando presente solicitud para ser declarada en suspensión de pagos.

e) Si aparecieran sobre la finca cargas no consignadas en esta escritura.

f) Si la hipoteca que aquí se pacta no quedase inscrita en el Registro de la Propiedad en el plazo de cuatro meses a partir del día siguiente al de hoy, ya por denegarse o suspenderse su inscripción o por cualquier otra causa no imputable a la Sociedad acreedora.

g) Si la parte deudora enajenara, gravara o arrendara, concertara cualquier contrato que suponga cesión de disfrute de la propiedad a un tercero cualquiera de la finca hipotecada o alterara su destino originario

sin consentimiento escrito del acreedor. No será obstáculo a la validez de este pacto entre las partes el hecho de que no se inscriba en el Registro de la Propiedad como cualquier otro de naturaleza personal, a cuya inscripción se renuncia desde ahora.

2. NOTA DE CALIFICACIÓN

Cuarto.—La cláusula 5.ª, que señala las causas de vencimiento anticipado de la hipoteca, se deniega totalmente, salvo en lo relativo al impago de los plazos de amortización e interés, por las razones siguientes:

1.ª En cuanto al resto del apartado *a)* y la totalidad del *b)*, por su falta de objetividad, toda vez que al no preverse control jurisdiccional alguno respecto a la exactitud de la causa, el contrato, ya unilateral y de adhesión, quedaría exclusivamente al arbitrio de la parte acreedora, en contra de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil. 2.ª En cuanto al apartado *c)*, por las mismas razones anteriores y, además, por opuesta al artículo 117 de la Ley Hipotecaria de Derecho necesario. 3.ª En cuanto al apartado *d)*, por tratarse de causas personalísimas del deudor, que sólo podrían tener eficacia mientras la finca se conserve en poder del hipotecante, y reguladas por preceptos de carácter imperativo. 4.ª En cuanto a los apartados *e)* y *f)*, por la misma razón anterior 1.ª, y, además, por opuestas, respectivamente, a los principios de publicidad y calificación registral. 5.ª Finalmente, en cuanto al apartado *g)*, por opuesta al principio de libre disponibilidad y libertad jurídica, conforme al artículo 27 de la Ley y reiteradísima doctrina de la Dirección General.

3. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Defecto cuarto.—Se muestra conformidad con la calificación registral, con las siguientes salvedades:

a) El resto de la cláusula *a)* de vencimiento anticipado de la escritura (disposición quinta) no puede rechazarse con carácter general, pues será válida en tanto en cuanto resulten inscritas o inscribibles «las diferentes obligaciones contempladas en el contrato en su conjunto», y no lo será si ello no es posible, rechazándose la falta de control jurisdiccional, puesto que ello siempre es posible al ser accesible a cualquiera el auxilio de los Tribunales.

b) La causa de vencimiento anticipado que se relaciona bajo la letra *c)*, se entiende válida en tanto no hace más que recoger lo establecido en el número 3.º del artículo 1.129 del Código Civil y sin que, además, lo pactado se oponga a lo establecido en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, que establece sólo una posibilidad del acreedor ante el deterioro o disminución de valor, *doloso o culposo*, de la finca hipotecada y que, a nuestro juicio, no impide el pacto mencionado. En definitiva, pensamos que al acreedor se le ofrecen dos alternativas: una, dar por vencido el préstamo conforme a lo pactado; otra, acudir al auxilio judicial para re-

mediar el daño conforme al artículo 117 de la Ley Hipotecaria, sin necesidad de dar por vencido el crédito.

En todo caso, es conveniente señalar que, en el pacto de referencia, no se ha hecho más que establecer por voluntad de los contratantes, lo que se establece y regula con carácter imperativo en la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, artículo 5, párrafo 3.º

c) No acertamos a entender por qué se opone al principio de publicidad registral, al señalar como causa de vencimiento anticipado del crédito el que aparezcan sobre la finca cargas no mencionadas en la constitución pública de hipoteca en forma unilateral, si tenemos en cuenta que la inscripción registral de la hipoteca es constitutiva y, por tanto, cuando se produzca su acceso al Registro pueden haberse alterado las circunstancias de cargas de la finca tenidas en cuenta en la formalización del contrato de préstamo, que es anterior, cuya alteración de circunstancias se eleva, en virtud de pacto por las partes, a la categoría de condición resolutoria.

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Quinto.—En cuanto a las heterogéneas *causas de vencimiento anticipado* del préstamo, reguladas con bastante imprecisión en la cláusula 5.ª de la escritura, el escrito de recurso «muestra conformidad con la calificación registral», estableciendo, no obstante, algunas «salvedades». Para mejor exposición, el informante cree necesario repasar el catálogo de defectos señalado en la nota a las distintas cláusulas:

1.º La del apartado *a)*, referente al «incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas», así como la del apartado *b)*, relativa a la «inexactitud» de datos o documentos ajenos al propio préstamo. Aparte de la dificultad práctica de su prueba suficiente y la imposibilidad (conforme a los arts. 1.435, 3.º; 1.467, 2.º, y cc. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) de que pueda exigirse en juicio ejecutivo el vencimiento anticipado del plazo, al ser cuestión previa, resultaría, además, que dada la imprecisión y falta de objetividad (no se prevé control jurisdiccional) de estas cláusulas, el contrato de préstamo, ya unilateral y de adhesión, quedaría en su cumplimiento al arbitrio exclusivo del Banco acreedor. Ello está radicalmente prohibido por el artículo 1256 del Código Civil. A mayor abundamiento, es preciso recordar que el artículo 10 de la Ley de Defensa del Consumidor, antes citada, sanciona con nulidad de pleno derecho, entre otras cláusulas, las que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el «contrato», o inviertan «la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario» o introduzcan en el contrato «reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual».

En este punto, el recurrente parece aceptar, por omisión en su rechazo, la no inscripción del apartado *b)*, y respecto del *a)* se limita a decir que «será válida en tanto en cuanto resulten inscritas o inscribibles las diferentes obligaciones contempladas en el contrato en su conjunto, y no lo será si ello no es posible». Baste decir, en cuanto a este punto, que «el

contrato en su conjunto» contemplado en la minuta es bastante complejo, como antes dijimos, y el Registrador, al calificar sus cláusulas, ha de contemplar no sólo el conjunto, sino cada una en particular para rechazar aquellas que aun siendo válidas y eficaces *inter partes* carezcan de trascendencia real, lo cual veta su inscripción. Si la minuta redactada por el Banco acreedor, por cierto no sometida a la calificación notarial (toda vez que el Notario autorizante, al final de la cláusula 17.ª, se limita a decir «redactada con arreglo a minuta»), pretende aplicarse, con la generalidad típica de los contratos de adhesión, a cualesquiera relaciones con los clientes del Banco, ello resulta cuestión ajena a la calificación registral, que el Registrador debe realizar caso por caso y no en masa.

2.º En cuanto al *apartado c)*, el escrito de recurso comienza por modular la imprecisa locución de que «por cualquier circunstancia sufriera deterioro o merma el bien hipotecado», que es precisamente lo que dice la escritura calificada para apoyarse en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, que establece expresamente, como presupuesto de ejercicio de la acción de devastación, que el deterioro se produzca «por dolo, culpa o voluntad del dueño». ¿Y quién debe apreciar tal circunstancia? Evidentemente, sólo la autoridad judicial. A mayor abundamiento, el recurrente establece una doble y antijurídica alternativa a favor del acreedor: «una, dar por vencido el préstamo conforme a lo pactado; otra, acudir al auxilio judicial para remediar el daño conforme al artículo 117 de la Ley Hipotecaria, sin necesidad de dar por vencido el crédito». Es decir, con prepotencia absoluta, se contraviene el citado artículo, que es de Derecho necesario, y se coloca en rango subordinado al auxilio judicial.

Ante tal apreciación, sólo cabe decir brevemente que la cláusula calificada, al prescindir totalmente de la posibilidad de prueba en contrario del deterioro y, lo que es todavía más grave, de la necesaria intervención judicial, contradice abiertamente el régimen legal. Olvida, además, que, conforme al artículo 219, 2.º, del Reglamento Hipotecario, entre las diversas medidas legales que el Juez, discrecionalmente, puede adoptar, no figura exclusivamente la muy grave y extrema de vencimiento anticipado del crédito. En conclusión, y como afirma expresamente el considerando octavo de la Resolución de 4 de julio de 1984, que deniega la inscripción de una cláusula similar a la analizada, «la *seriedad* que debe presidir el contenido de los asientos registrales y el rigor de los efectos del derecho de hipoteca *no autoriza a que aparezcan reflejados en los mismos todo tipo de pactos y circunstancias*, y, en concreto, el de que la justificación de la mengua de valor de los inmuebles que va a producir el efecto del vencimiento de su obligación pueda obtenerse a través del informe de Peritos tan parcialmente designados».

A continuación, el escrito de recurso verifica una muy destacada remisión a la regulación especial del Mercado Hipotecario, que resulta totalmente incongruente por las siguientes razones:

1.º Porque ni en ésta ni en otras cláusulas de la escritura calificada ninguna referencia se hace a tal regulación. Tampoco el préstamo garantizado está acogido expresamente a dicha regulación, ni siquiera cumple los cánones legales de la misma.

2.º Porque la cita, meramente numérica y no de contenido, que se hace, quizá *ad pompam vel ostentationem*, al artículo 5, párrafo 3.º, de la Ley

de Regulación del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981 (BOE de 15 de abril, Aranzadi núm. 900), tergiversa totalmente el sentido del precepto, el cual se limita a disponer que cuando el valor del bien hipotecado, según la tasación oficial del mismo, realizada con una serie de requisitos legales que no se cumplen en el presente caso, «desciende por debajo de la tasación inicial en más de un 20 por 100, la institución financiera podrá exigir la *ampliación de la hipoteca* a otros bienes, a menos que *el deudor opte* por la devolución de la totalidad del préstamo o de la *parte de éste que exceda* del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo». Esto es, reconoce la facultad del acreedor de exigir hipoteca de ampliación (lo que es normal, como antes vimos), a la vez que la facultad de optar del deudor en el mismo supuesto, por la devolución total o meramente parcial del préstamo (facultad mucho más amplia que la de la escritura calificada y menos gravosa para aquél); pero es claro que de ningún modo dice que el Banco, unilateralmente, pueda declarar el vencimiento anticipado del préstamo. Para no alargar innecesariamente este informe, nos remitimos a lo que sobre la materia del mercado hipotecario establecen el Real Decreto 85/1982, de 17 de marzo, y las Ordenes complementarias de 14 y 22 de junio de 1982, 10 de enero de 1983 y 4 de octubre de 1985; entre otras, que desarrollan ampliamente los aspectos de tasación.

3.º En cuanto al *apartado d)*, ninguna alegación en contra de la nota de calificación se hace en el escrito de recurso, por lo que parece se acepta el defecto. Por si necesario fuese, cabe afirmar que el concurso, la suspensión de pagos y la quiebra con causas personalísimas de insolvencia del deudor (las dos últimas referidas a comerciantes), que no pueden trasladarse ni afectar a tercero. Piénsese en el absurdo que supondría que en los centenares de pisos vendidos por una compañía constructora a compradores beneficiados por la legislación de VPO, con hipotecas vigentes, se pretendiese el vencimiento anticipado de todos los préstamos, con el correspondiente reembolso, por causa de la declaración de suspensión de pagos o quiebra de tal Compañía. Por otro lado, la legislación concursal regula esta materia con carácter rigurosamente imperativo, señalando en cada caso las consecuencias de la declaración de insolvencia, tanto respecto de las deudas (cfr., por ejemplo, los arts. 1.915 del Código Civil y 883 del de Comercio), como respecto de la posición jurídica de los acreedores del insolvente, por lo que deja sin contenido la autonomía de la voluntad en esta materia. Por ello, los pactos sobre la misma, o bien son superfluos e innecesarios, por ser mera reproducción de normas legales imperativas, o bien, si pretendieran modificarlas, resultan contrarios al orden público e ininscribibles.

4.º Por lo que respecta al *apartado e)*, el escrito de recurso afirma que no acierta a entender en qué se opone a la publicidad registral la aparición de cargas no mencionadas en la escritura. Brevemente, cabe observar, desde el punto de vista estrictamente hipotecario, que la cláusula calificada adolece una vez más de la imprecisión tantas veces acusada al título, al hablar genéricamente de «cargas», sin especificar si son reales, registrales, preferentes o no, extrínsecas o intrínsecas, etc. Por otro lado, parece olvidar que la hipoteca no cierra el Registro y que ningún pacto de la misma puede ni siquiera coartar la libertad de contratación. Además, desde el punto de vista meramente civil, es de destacar que, confor-

me al artículo 1.129 del Código, el deudor no pierde el derecho a utilizar el plazo, salvo cuando «resulte insolvente» y «salvo que garantice la deuda». Aparte de todo ello, la cuestión, en el caso presente, resulta un tanto superflua, pues al tratarse de hipoteca unilateral, pendiente de aceptación por el acreedor, éste tiene siempre la posibilidad de rechazarla en caso de disconformidad con la situación de cargas de la finca.

5.º Respecto de los apartados *f)* y *g)* de la cláusula 5.ª de la escritura calificada, el escrito de recurso no hace ninguna referencia a los defectos observados, por lo que parece aceptarlos. Baste decir, por tanto, que en cuanto al apartado *f)*, el principio de libertad de calificación está reconocido claramente a los Registradores por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, según el cual éstos califican «bajo su responsabilidad, la legalidad... de los documentos», con total independencia de los pactos introducidos por las partes y sin otras consecuencias que las prevenidas legalmente. Además, como la hipoteca no nace hasta que se inscribe, en el caso de no inscribirse, como es el presente, todo lo que ocurra respecto al contrato de préstamo y a las relaciones entre el Banco y su presunto deudor es totalmente ajeno al Registro.

Y en cuanto al apartado *g)*, la prohibición de disponer estipulada es radicalmente contraria al principio de libre disponibilidad y de libertad de contratación, conforme al artículo 27 de la Ley y reiteradísima doctrina del Centro Directivo (entre otras, Resoluciones de 25 de noviembre de 1935, 16 de junio de 1936 y 4 de noviembre de 1968).

Con lo expuesto, a juicio del que informa, quedan razonados los defectos señalados en el apartado cuarto de la nota de calificación, que en su conjunto tienen carácter insubsanable, por lo que no pueden tener acceso al Registro las causas de vencimiento anticipado así pactadas, con la única excepción válida de la relativa a la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses ordinarios y plazos de amortización del capital prestado.

5. INFORME DEL NOTARIO

Que en lo referente al cuarto defecto de la calificación registral, de la cláusula quinta de la escritura, se acepta el criterio del funcionario calificador en las causas de vencimiento anticipado señaladas con las letras *b)*, *d)*, *f)* y *g)*, y que lo consignado en la letra *d)* aparece resuelto por la Resolución de la Dirección General de 27 de enero de 1986; y que en cuanto a la causa señalada en la letra *a)*, goza de una gran generalidad, pero su aceptación o rechazo no reviste gran importancia porque se trata de una causa de vencimiento que podríamos llamar con impropiedad resumen de las demás ya consignadas expresamente; en cuanto a la causa recogida bajo la letra *c)* está implícitamente admitida en la Resolución de 4 de julio de 1984 y no se da el supuesto del artículo 117 de la Ley Hipotecaria, estamos ante un pacto válido al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, por ello se contempla la disminución del valor «por cualquier circunstancia», es decir, que incluye el caso fortuito, y el «quid» de la cuestión reside en la objetividad de la determinación de la disminución del valor; y, por último, en lo que respecta a la causa de vencimiento anticipado establecido bajo la letra *e)*, si hubiere estado redactada en términos más

concisos y referidos a cargas registrales preferentes a la hipoteca constituida, se estima válida e inscribible, en tanto que lo que se hace es elevar a la categoría de condición resolutoria del préstamo, la modificación de las circunstancias de cargas tenidas en cuenta al contratar.

6. AUTO PRESIDENCIAL

No se pronuncia específicamente sobre este punto, al no considerarlo necesario para fundamentar la confirmación de la calificación denegatoria del Registrador.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

5. Por el defecto 4.º [en relación con el apartado *a*) de la cláusula 5.ª], el Registrador deniega la inscripción de la estipulación, según la cual vencerá el préstamo del pleno derecho cuando el prestamista «incumpliere cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato». Si se repasan las múltiples cláusulas de la escritura, se ve que son muy diversas las obligaciones que contrae personalmente el prestatario: Pago por intereses, aunque excedieran del máximo asegurado hipotecariamente; pago del ITE (o impuesto que lo sustituya) por intereses y amortización; fidelidad de la prestataria en los datos que sirvan de base a la concesión del préstamo o a la vigencia del mismo; obligación de no enajenar, gravar, arrendar o ceder el disfrute de la finca hipotecada o alterar su destino; pagar las contribuciones y demás gastos que deba satisfacer por razón de la finca hipotecada y de exhibir los recibos; asegurarla contra daños

Para enjuiciar esta cláusula debe tenerse presente el doble efecto del contrato en que se contiene: las relaciones obligatorias entre prestamista y prestatario y la constitución de un derecho real sobre una finca. En la configuración de los derechos de obligación predomina el principio de autonomía de la voluntad y son excepcionales los límites que impone el orden público. En la configuración de los derechos reales predominan, en cambio, los criterios de orden público, sin negar totalmente el juego de la autonomía de la voluntad; ello es consecuencia de la propia naturaleza del dominio y de los derechos reales, pues tienen trascendencia *erga omnes* y afectan directamente al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de los bienes y, por tanto, a la economía de la nación. Por eso, la flexibilidad de la configuración de una obligación debe ceder ante las exigencias del orden público en cuanto el contenido y alcance de esa misma obligación vengán a determinar, como ocurre en el caso, el contenido y alcance de un derecho real (en esta hipótesis, el de hipoteca). A salvo las peculiaridades de la hipoteca de seguridad o de máximo, no caben, a efectos hipotecarios, los pactos que, en contradicción con el principio de determinación, dejen los contornos del derecho real —el que, como tal, debe ser respetado por cualquiera que devenga propietario de la finca— al arbitrio de una persona (sea el acreedor, sea el deudor, sea un tercero). No cabe el pacto por el que se haga depender el vencimiento

de la obligación del arbitrio del deudor, con el consiguiente perjuicio del tercer poseedor, ni cabe tampoco que se haga depender el vencimiento de cualquier tipo de comportamiento del deudor distinto del incumplimiento mismo de la obligación específicamente garantizada, pues de la única conducta del deudor de que ha de responder la finca hipotecada es del cumplimiento a su tiempo de la obligación directamente garantizada con la hipoteca.

Una cláusula como la rechazada por el Registrador involucraría en la obligación garantizada otras múltiples obligaciones con injustificado detrimento del claro perfil que el orden público y la economía exigen a los derechos reales.

En el mismo defecto 4.º se rechaza el apartado *b)* de la cláusula 5.º, según el cual, el préstamo vence de pleno derecho cuando se comprobare inexactitud de los datos de la parte prestataria, o en los documentos aportados por ella que sirvan de base a la concesión o vigencia del mismo. La doctrina antes indicada obliga también, y por las mismas razones, a rechazar esta parte de la cláusula.

6. En cambio, debe aceptarse el apartado *c)* de la cláusula 5.º (defecto 4.º), en cuanto establece que vencerá el préstamo de pleno derecho «cuando por cualquier circunstancia sufriende deterioro o merma el bien hipotecado que disminuya su valor en más de un 20 por 100 (cfr. los artículos 205 del Código de Comercio y 5, III, de la Ley del Mercado Hipotecario) respecto al tipo fijado para la subasta, y la parte prestataria —y hay que entender que el tercer poseedor puede también cumplir esta carga— no ampliase la hipoteca a otros bienes suficientes». Pues fundamentalmente este pacto se limita a dar concreción —lo cual es siempre deseable— a una de las facultades que integran el crédito hipotecario, conforme al artículo 1.129, 3.º, del Código Civil. Ahora bien, en este mismo apartado de la cláusula 5.º, se establece que «dicho deterioro o disminución del valor se acreditará por la prestamista mediante certificación de tasación expedida» por determinada Sociedad Anónima. En esta breve fórmula se intenta dar solución extrajudicial a un posible conflicto futuro sobre una cuestión de hecho. Si se considera la cláusula como un compromiso de arbitraje, evidentemente es rechazable por contrario a las prescripciones de la Ley de 22 de diciembre de 1953 (sobre condiciones para ser nombrado árbitro y garantías del procedimiento); pero tampoco resulta admisible si se considera como una simple decisión de tercero, sobre acontecimientos sobrevenidos, complementadora de la relación jurídica preestablecida, pues la libre circulación de los bienes, la eficacia *erga omnes* de los derechos reales y el principio de determinación no consienten que el contenido de un derecho real quede *ab initio* pendiente del arbitrio de una persona privada cuyos intereses sobre el bien concreto, en el futuro, son impredecibles.

8. APOSTILLAS

1. El recurrente se conformó con los defectos señalados a los apartados *b)*, *d)*, *f)* y *g)* de la cláusula 5.º de la escritura. La Dirección confirma el defecto señalado al *a)*, y asimismo el *b)*, sentando una doctrina general aplicable a todas estas cláusulas de vencimiento anticipado.

2. En cuanto al apartado *c)*, si bien se confirma el defecto, se hace al comienzo del fundamento 6 una especie de salvedad basada en el artículo 205 del Código de Comercio (que, por cierto, cifra el porcentaje del deterioro en un 40 por 100) y en el artículo 5 de la Ley del Mercado Hipotecario. Cita que no deja de causar asombro por irse a los extremos: de un lado, un añejo precepto; de otro, otro modernísimo y específico. En cambio, el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, complementado por el 219, 2.º, de su Reglamento, fundamentales para la calificación y esenciales para resolver la cuestión específica sometida a debate, no se citan ni en los Vistos ..

3. En cuanto al defecto achacado al apartado *e)*, la Dirección agrupa su examen con el *b)* de la cláusula 10.ª, como después veremos.

4. Llegados a este punto, y en el mismo momento de redactar estas apostillas, llega a mis manos el último ejemplar publicado de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 582, correspondiente a los meses de septiembre-octubre del año 1987, en el que se publica un magnífico informe del compañero JOSÉ MANUEL GARCÍA Y GARCÍA, en el que con la profundidad que acostumbra, trata con extensión de estas cláusulas de vencimiento anticipado en hipotecas. Recomendando vivamente su lectura y, por mi parte, conforme plenamente con sus argumentos, a él me remito también.

* * *

REEMBOLSO ANTICIPADO

1. CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Séptima.—*Reembolso anticipado*: La parte prestataria podrá, si le conviniere y previo aviso con un mes de antelación, reembolsar anticipadamente la cantidad del capital prestado satisfaciendo al Banco por vía de indemnización el tres por ciento del reembolso, sin perjuicio de la correspondiente liquidación e ingreso de los intereses devengados hasta la fecha del reembolso.

2. NOTA DE CALIFICACIÓN

Quinto.—La indemnización del tres por ciento pactada a favor del acreedor en caso de reembolso anticipado, en un contrato unilateral en que el deudor cumple con pagar, se estima ilegal y contraria a lo dispuesto en los artículos 56 y 312 del Código de Comercio, en relación con los artículos 1.153, 1.155 y 1.256 del Código Civil.

3. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Defecto quinto.—Pensamos que es válida la cláusula que determina la indemnización del tres por ciento, en caso de pago anticipado al acreedor, si tenemos en cuenta que, según el artículo 1.127 del Código Civil, el tér-

mino o plazo se presume establecido en favor del acreedor y del deudor, a no ser que del tenor de las obligaciones se deduzca haberse puesto en favor de uno u otro. En este caso, expresamente se pacta el plazo en interés del acreedor y es perfectamente válido fijar una indemnización para el caso de que se renuncie al mismo a instancia del deudor, que quiere pagar anticipadamente; la única especialidad radica en que el acreedor no puede negarse a renunciar al plazo percibiendo la indemnización pactada.

Los artículos 56 y 312 del Código de Comercio, citados como infringidos por el señor Registrador, parten de premisas distintas: el cumplimiento o no en el término convenido; es claro que contemplan casos diferentes.

Los artículos 1.153 y 1.155, referidos a las obligaciones con cláusula penal, también se refieren a incumplimiento de contratos, no a cumplimiento anticipado de un contrato a término.

Por último, y en relación a la posible violación del artículo 1.256 del Código Civil por la cláusula en cuestión, es evidente que la misma parte nada alude a que se deje al arbitrio de un contratante el cumplimiento del contrato de préstamo. Como queda dicho, estamos simplemente en el establecimiento de un plazo en favor del acreedor, conforme al precepto citado del artículo 1.127 del Código Civil.

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Sexto.—En cuanto al *defecto quinto* de la nota, el escrito de recurso fundamenta su impugnación en el artículo 1.127 del Código Civil y la consideración de que «expresamente se pacta el plazo en interés del acreedor». Ello supone una vez más interpretar una cláusula contractual en vía de recurso para decir lo que literalmente no expresa. En efecto, a pesar de su aparente sencillez, la *cláusula 7.ª* de la escritura, en cuanto establece una *indemnización del tres por ciento a favor del acreedor en caso de reembolso anticipado*, suscita bastantes dudas y no deja de ofrecer serios reparos, por las razones siguientes:

1.ª En primer lugar, porque parece desnaturalizar el carácter unilateral del contrato de préstamo, contrato que una vez perfeccionado por la entrega, sólo produce obligaciones para una de las partes, el prestatario, el cual cumple con pagar «una cantidad *igual* a la recibida» (art. 312 del Código de Comercio), más los intereses pactados. Y tal recargo en el reembolso, indudablemente, agrava su posición, ya de por sí desequilibrada en los contratos de adhesión y celebrados en masa, como el préstamo bancario.

2.ª Asimismo, se produce una desnaturalización del concepto propio de la cláusula penal como obligación accesoria de garantía, pues en el presente caso sólo se concibe como pena *cumulativa*, y no precisamente para el supuesto de incumplimiento de la obligación principal, sino para el caso de cumplimiento, siquiera sea anticipado. Y es de tener en cuenta que el artículo 56 del Código de Comercio es mucho más estricto que el 1.153, 2.ª, del Código Civil en orden a la posibilidad de acumulación de la exigencia de cumplimiento, a la vez que de la pena. Tal exigencia de la pena no queda al arbitrio del acreedor, sino que, según dispone expresa-

mente el párrafo 2.º del artículo 1.152, «sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código. Precepto interpretado unánimemente por la doctrina (CASTÁN, BONET RAMÓN, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, entre otros) y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 21 de mayo de 1904, entre otras), en el sentido de que la mínima condición para la exigencia de la pena convencional es que el deudor esté constituido en mora. Y en este caso, el supuesto es precisamente el contrario: no sólo no hay mora, sino que el deudor cumple bien y anticipadamente, en base a una facultad que el propio acreedor le concede. Pudo el Banco negar tal beneficio de reembolso anticipado, pero una vez concedido, el principio del *favor debitoris* despliega sus naturales efectos y obliga a estimar el plazo del préstamo establecido en favor del deudor, no obstante lo dispuesto en el artículo 1.127 del Código Civil. Así lo declara en un caso similar la Sentencia de 2 de marzo de 1943 (Aranzadi 301).

3.º A mayor abundamiento, cabe reiterar aquí los preceptos de la Ley de Defensa del Consumidor, antes citados, en orden al «justo equilibrio de las contraprestaciones», las «condiciones abusivas de crédito» o a «los incrementos de precio por servicios . que no correspondan a prestaciones adicionales», dado que aquí parece existir un recargo en el precio del dinero prestado que no corresponde a una continuación del servicio de crédito en el tiempo; antes bien, se extingue, en virtud de una facultad concedida voluntariamente al deudor. Y si éste la usa, obra conforme a Derecho, por lo que no debe sufrir penalidad o sanción.

4.º Finalmente, en el terreno estrictamente hipotecario, no cabe duda que tan peculiar indemnización queda fuera de la cobertura del derecho real de hipoteca y, por tanto, no afecta a tercero, el cual, en el supuesto de ser requerido de pago, conforme establece expresamente el artículo 126 de la Ley Hipotecaria (y en igual sentido, la regla 5.ª del 131), únicamente deberá pagar el «crédito con los intereses correspondientes, conforme a lo dispuesto en el artículo 114», ninguna indemnización, aunque el crédito haya vencido anticipadamente. *Tal cláusula no tiene, pues, trascendencia real*. Incluso en el puro campo de las relaciones *inter partes*, su trascendencia es nimia: si el deudor que pretende liberarse pagando anticipadamente acepta el recargo impuesto por el Banco, pagará y el crédito (y, por ende, la hipoteca) se cancelará; si no lo acepta, no pagará y el crédito quedará vigente por todo el plazo contractual.

En conclusión, y a juicio del que informa, la cláusula indemnizatoria calificada, bien sea por su dudosa licitud o *validez*, bien por su simple trascendencia *personal*, no puede ser objeto de inscripción.

5. INFORME DEL NOTARIO

Está de acuerdo con las alegaciones de la Entidad recurrente.

6. AUTO PRESIDENCIAL

No se pronuncia específicamente sobre este punto.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

En el fundamento 1 confirma el defecto, por carecer de trascendencia real la estipulación, sentando la doctrina literal siguiente:

«La indemnización estipulada para el caso del reembolso anticipado es evidente sin prejuzgar su validez civil, que se desenvolverá en el ámbito extrahipotecario.»

8. APOSTILLAS

Sólo cabe decir que es éste uno de los aspectos que denotan que el recurso se planteó «a máximos», como antes se dijo. Que la hipoteca no cubre nunca la indemnización es evidente. Sobre cuestiones civiles ¿*quid iuris?*

* * *

EXTENSION DE LA HIPOTECA

1. CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Novena.—*Extensión de la hipoteca:* La hipoteca constituida se extenderá a los objetos muebles, frutos y rentas expresadas en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, así como a cuanto se expresa en los artículos 109 y 110 de dicha Ley y en el 215 de su Reglamento, y particularmente a todos aquellos que expresa y respecto a los que se requiere pacto expreso para que la hipoteca se extienda a ellos.

También se pacta de forma expresa que la hipoteca se extiende a las nuevas construcciones existentes en la finca hipotecada, aunque no se haya hecho inscripción de obra nueva, así como también se extenderá dicha hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudiera construirse sobre dicha finca.

A la extensión de la hipoteca a dichos bienes podrá renunciar expresamente la parte acreedora al solicitar la subasta de la finca ante el Juzgado que conozca del procedimiento.

2. NOTA DE CALIFICACIÓN

Séptimo.—En cuanto a la cláusula 9.ª, reguladora de la extensión objetiva de la hipoteca, la extensión prevista a las nuevas construcciones es contraria a lo dispuesto con carácter general en los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria, y en este caso concreto, además, al ser la finca hipotecada el piso quinto izquierda de un edificio en régimen de propiedad horizontal, a las disposiciones legales reguladoras de dicho régimen.

3. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Defecto séptimo.—Aun comprendiendo que pueda resultar de alguna impresión el segundo párrafo de la disposición novena de la escritura calificada, si es lo suficientemente clara como para no decir lo que no dice. Efectivamente, no hay ningún pacto expreso que contraríe ni el artículo 112 de la Ley Hipotecaria ni las normas específicas del régimen de propiedad horizontal. Por el contrario, hay que estimar que cuanto se pacta es sin perjuicio de lo establecido en preceptos imperativos, cuya observancia no es preciso reseñar expresamente

En apelación:

h) El defecto séptimo no tiene sentido, como tampoco tiene sentido la referencia a la Ley de Propiedad Horizontal.

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Octavo.—La cláusula 9.ª de la escritura calificada, después de citar correctamente los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento, parece olvidar la existencia de los siguientes, 112 y 113, que regulan la extensión objetiva de la hipoteca a las nuevas construcciones y que son de *ius cogens*. Además, y como se utiliza minuta general, aplicable a todos los préstamos concertados por el Banco (sin parar mientes en la finca hipotecada), llega a incurrir en el absurdo, un tanto ridículo, de extender la garantía a las «edificaciones que en el futuro pudieran construirse» sobre la finca hipotecada, que en el caso presente es el piso quinto izquierda de un edificio, delimitado lateral y verticalmente, por arriba y por abajo, por otros pisos, por lo que resulta imposible siquiera imaginar la posibilidad de tal nueva construcción. Absurdo no sólo real, sino jurídico, dada la regulación de la propiedad horizontal en la Ley de 21 de julio de 1960.

En este punto, el recurrente realiza una nueva interpretación *sui generis* de la cláusula calificada, al decir que en ésta «no hay ningún pacto expreso que contraríe ni el artículo 112 de la Ley Hipotecaria ni las normas específicas del régimen de la propiedad horizontal», y que, en todo caso, «cuanto se pacta es sin perjuicio de lo establecido en preceptos imperativos». No es precisamente eso lo que dice el párrafo segundo de la cláusula, que comienza afirmando que «también se pacta de forma expresa» .. Y precisamente es lo que se deniega por contrario a los preceptos citados; y, en definitiva, si, como reconoce el recurrente, hay que estar a los preceptos imperativos, la cláusula se queda en este extremo vacía de contenido inscribible.

El defecto, insubsanable, a juicio del informante, es tan patente que no es necesario detenerse más en su examen.

5. INFORME DEL NOTARIO

Que en lo referente al séptimo defecto de la calificación, se considera que la cláusula en cuestión no es antijurídica por oponerse a la Ley de

21 de julio de 1960, porque quien construye es el titular de la finca y para ello tendrá que tener en cuenta necesariamente los predicados de esa Ley; la escritura se limita a decir que realizada la construcción, a ella se extenderá la hipoteca y siempre será de aplicación lo establecido en el artículo 112 de la Ley Hipotecaria.

6. AUTO PRESIDENCIAL

No se pronuncia específicamente sobre este punto.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

8. El defecto séptimo (en relación con la cláusula 9.^a) plantea si puede inscribirse esta cláusula: «Se pacta de forma expresa que la hipoteca se extiende a las nuevas construcciones existentes en la finca hipotecada, aunque no se haya hecho inscripción de obra nueva, así como también se extenderá dicha hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudieren construirse sobre dicha finca». Probablemente, la cláusula se acogió por inercia, al ser redactado el contrato —como es tan frecuente en los contratos de adhesión— con arreglo a un formulario; pues no hay gran interés en tal cláusula en el presente caso, en que el bien hipotecado es un piso en régimen de propiedad horizontal. Ahora bien, el interés, aunque más o menos remoto, no deja de existir, particularmente en la hipótesis posible de transformación de la propiedad del piso en un derecho de cuota sobre el edificio entero o sobre el solar, al sobrevenir la extinción del régimen de propiedad horizontal.

Esto obliga a afrontar, en primer lugar, el grave problema de si cabe inscribir los pactos por los que se extienda la hipoteca a las edificaciones. Y a este respecto, la doctrina que surge de la Ley (arts. 110 y 112) es la siguiente: 1) Sin pacto, la hipoteca se extiende a la elevación de los edificios, pero no a las mejoras que consistan en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere. 2) Con pacto, se extiende incluso a la nueva construcción de edificios. 3) Pero haya pacto o no haya pacto, cuando la finca pasare a un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca ni a la mejora que consiste en la elevación de los edificios ni a la que consiste en nueva construcción, tratándose de mejoras costeadas por el nuevo dueño.

La Ley ha querido poner este límite imperativo en favor de terceros poseedores para estimular la explotación de la finca y no causar detrimento, sin causa suficiente que lo justifique, a su valor en el tráfico. La «mejora», en relación con el objeto inicial sobre el que el acreedor adquirió su derecho de garantía, constituye un «plusvalor» —si no, no sería mejora— sobrevenido que se debe a un tercero (fueron costeadas por el tercer poseedor) y con él no se contó cuando se valoró la finca a efectos de la garantía. En la inscripción de la hipoteca no habrá confusión si, de acuerdo con la escritura, se consigna la existencia de pacto expreso entre acreedor e hipotecante para que la hipoteca se extienda a edificaciones futuras.

Pero si los términos de la escritura sobrepasan el alcance relativo que al pacto señala el artículo 112 de la Ley Hipotecaria —como ocurre en el caso ahora enjuiciado, pues de la escritura resulta que se pretende extender, sin distinciones, la hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudieran construirse sobre dicha finca— entonces es procedente la denegación de esta cláusula.

8. APOSTILLAS

Se confirma la nota denegatoria, y se destaca el aspecto del contrato como «de adhesión» y redactado «con arreglo a un formulario». Aspecto éste muy importante para apreciar todo el conjunto, y no sólo esta cláusula.

* * *

CONSERVACIÓN DE LA GARANTÍA

1. CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Décima.—*Conservación de la garantía*: La parte prestataria queda obligada:

- a) A la buena conservación de la finca hipotecada.
- b) A pagar las contribuciones e impuestos, arbitrios y demás gastos legítimos que deba satisfacer por razón de la finca hipotecada, exhibiendo los recibos que se libren por tales conceptos a la Sociedad acreedora, si a la misma así le interesa.
- c) A tener asegurada del riesgo de daños e incendios la finca hipotecada por todo el tiempo de duración de este contrato y por cantidad no inferior al precio fijado para subasta, dejando a disposición de la Sociedad acreedora las indemnizaciones que por tal concepto debiera percibir la parte prestataria de la compañía aseguradora, por lo que, a tal efecto, se ha notificado la existencia de la presente hipoteca a la Compañía «EQUIS, S. A».

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones antes establecidas en esta cláusula, así como el impago de la prima de seguros, dará lugar al vencimiento de pleno derecho del préstamo y legitimará para exigir judicialmente la restitución de su importe vivo, o no amortizado, y de los intereses devengados, incluso por ejecución hipotecaria, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios que proceda conforme a derecho.

También vencerá el préstamo de pleno derecho y será exigible incluso por ejecución hipotecaria la restitución inmediata de su importe vivo y de los intereses devengados, así como la indemnización de daños y perjuicios procedentes conforme a derecho, si la parte deudora hubiera enajenado o gravado la finca hipotecada o celebrado sobre ella contrato de arrendamiento sin autorización escrita y expresa de la prestamista.

2. NOTA DE CALIFICACIÓN

Octavo.—En cuanto a la cláusula 10.ª de la escritura, se deniega la inscripción de los apartados *a)* y *b)* de la misma, así como su párrafo final, por las mismas razones antes expresadas al exponer el defecto cuarto.

3. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Defecto octavo.—Hay conformidad con la calificación registral, excepto en el rechazo del apartado *b)*, en tanto en cuanto le importa a la parte acreedora el pago de los impuestos que gravan el dominio de la finca hipotecada, ya que crean una preferencia de la Hacienda Pública al propio acreedor hipotecario. Por esta razón, entiende una parte de la doctrina que es válido el pacto que ahora se rechaza, que puede dar lugar al vencimiento anticipado.

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Noveno.—En cuanto al defecto octavo, referente a la cláusula 10.ª de la escritura, el recurrente muestra su conformidad con la calificación, salvo en lo referente al apartado *b)* de la citada cláusula (relativa al pago de impuestos, arbitrios y gastos), por lo que nos limitaremos a decir brevemente:

1.º Que se trata de una simple obligación *personal*, y absolutamente *indeterminada* en orden a su cuantía, por lo que les es aplicable la misma doctrina expuesta al desarrollar apartados anteriores.

2.º Que las preferencias a favor de la Hacienda Pública vienen impuestas legalmente y no pueden evitarse por pacto. Aparte de que, en su caso, la aplicación absoluta de la obligación pactada (cuyo cumplimiento, una vez más, tiene como único árbitro al Banco) pudiera causar indefensión del deudor, obligado a pagar incluso una liquidación errónea.

Por todo ello, aparte su intrascendencia real, se reafirma la no inscripción del apartado *b)* de dicha cláusula 10.ª de la escritura calificada.

5. INFORME DEL NOTARIO

Que en lo que afecta al octavo defecto de la calificación registral hay que considerar que en la cláusula 10.ª, apartado *b)*, de la escritura estamos en presencia de una obligación legal que no se pretende alterar, sino que se trata de elevar el no cumplimiento de la misma a la categoría de condición resolutoria del crédito con las consecuencias en orden al ejercicio de la acción hipotecaria que ello traería consigo; la doctrina registral lo admite como un pacto frecuente en las hipotecas.

6. AUTO PRESIDENCIAL

No se pronuncia específicamente sobre este punto.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

En el fundamento 7 agrupa la consideración del defecto atribuido al apartado c) de la cláusula 5.ª, y a esta cláusula en su apartado b), único que subsiste, dada la conformidad del recurrente al resto, y establece la doctrina siguiente:

7. En cuanto al apartado c) de la cláusula 5.ª (defecto 4.º) y el b) de la cláusula 10.ª (defecto 8.º), que por su generalidad no pueden tampoco pasar el Registro, habrían sido admisibles de haberse limitado a establecer el vencimiento automático de la obligación garantizada, si aparecieran sobre la finca cargas no consignadas en esta escritura o si no fueren pagados a tiempo aquellos tributos y gastos que tengan preferencia legal de cobro sobre el mismo acreedor hipotecario, o si se trata del impago de obligaciones que siguen a la cosa y que, como en la del seguro, determinan detrimento potencial del bien, pues para todo ello existe el apoyo de la previsión legal contenida en el artículo 1.129, 3.º, del Código Civil, al ser indudable el eventual quebranto de la garantía establecida.

8. APOSTILLAS

Se confirma la nota denegatoria, y se vuelve a manifestar la insistente preocupación por el posible deterioro de la garantía hipotecaria como consecuencia del impago de impuestos, gastos preferentes o primas de seguro. Nos remitimos a lo antes dicho, sin más que añadir que el vencimiento automático abriría la vía de la ejecución automática, y el deudor, en un procedimiento tan expedito como el sumario, tendría muy escasas posibilidades para su defensa. Los automatismos, en Derecho, se compadecen mal con el principio de la tutela efectiva, y sinceramente pienso que la solución a la posible devastación debe encontrarse por otra vía.

* * *

PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN

1. CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Undécima.—*Procedimiento*: Si llegara el caso de que la Entidad acreedora tuviera que hacer efectiva por la vía judicial la totalidad o parte del capital, intereses y gastos, podrá ejercitar, a su plena elección, la acción declarativa o la acción ejecutiva ordinaria, o el procedimiento especial sumario que establece el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, o el extra-judicial previsto en los artículos 234 y 235 del Reglamento Hipotecario,

designándose como mandatario a estos efectos a la Sociedad acreedora, por quien podrá actuar cualquiera de sus Apoderados con facultades para conceder préstamos hipotecarios o para enajenar por precio bienes inmuebles.

A los efectos procesales y para que sirva como tipo *en la subasta* que corresponda, tasan la finca que se hipoteca en CUATRO MILLONES DE PESETAS.

Asimismo, la parte prestataria señala como domicilio legal para la práctica de los requerimientos, notificaciones y citaciones a que haya lugar en la finca hipotecada.

En todos los casos de reclamación judicial podrá la Entidad acreedora solicitar y obtener la administración de los bienes hipotecados y la posesión interina de los mismos, con facultad de cobrar las rentas vencidas y las que falten por vencer, cubriendo con ellas los gastos de explotación y conservación que exijan los bienes, hasta donde alcance, y aplicando el sobrante si lo hubiere, previa deducción de un cinco por ciento que hará suyo como premio de administración al pago de los intereses y del capital de su crédito en este orden. Obtenida la administración y posesión interina de los bienes, la parte acreedora ejecutante podrá hacer constar por acta bajo fe de Notario el acto de toma de posesión.

Ocupado el bien hipotecado por la parte hipotecante, ésta lo desalojará en el improrrogable plazo de un mes a partir de la notificación fehaciente que le haga la acreedora de haber obtenido la posesión interina de los bienes hipotecados.

2. NOTA DE CALIFICACIÓN

Noveno.—En la cláusula 11.ª, asimismo, se deniega la facultad de toma unilateral de posesión, así como la obligación de inmediato desalojo por opuestas a la regulación de la administración y posesión interina establecida en el artículo 131, regla 6.ª, de la Ley y sus concordantes.

3. ARGUMENTOS DEL RECORRENTE

Defecto noveno.—Se rechaza la cláusula 11.ª por estipularse la facultad de toma unilateral de posesión y la obligación de inmediato desalojo, por opuestas al artículo 131, regla 6.ª, de la Ley Hipotecaria y sus concordantes:

En la cláusula de referencia, después de decir textualmente: «...en todos los casos de reclamación judicial podrá la Entidad acreedora solicitar y obtener la administración de los bienes hipotecados y la posesión interina de los mismos ..», y más adelante: « .Obtenida la administración y posesión interina de los bienes.. », se establece, efectivamente, la facultad de hacer constar por acta notarial el acto de la toma de posesión.

Es claro que se distingue perfectamente entre la posesión y administración jurídica y la posesión de hecho. A esta última sólo se refiere el acta notarial, pues la otra se dice que se pedirá y se obtendrá en su caso. En cualquier forma, para nada se dice que la toma de posesión material

se vaya a hacer con la oposición (que sería, desde luego, antijurídica) del titular de la finca hipotecada.

En cuanto al convenio de desalojo, no se opone a ningún precepto legal, se trata «simplemente» de evitar el trámite de su ejecución por vía judicial.

Resumiendo, la parte de la cláusula que se rechaza, no se mueve en los términos de posesión jurídica, sino de posesión de hecho.

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Décimo.—En cuanto a la cláusula 11.º de la escritura, respecto de la cual en la nota se formula el defecto octavo, el escrito de recurso rechaza la existencia del defecto en base a la distinción que establece entre posesión «jurídica» y «posesión de hecho», para mostrar, una vez más, su propensión a las vías de hecho, al objeto de «evitar el trámite de su ejecución por la vía judicial» (*sic*).

Nos llevaría mucho tiempo adentrarnos en la intrincada teoría de la posesión; baste afirmar, en defensa de la nota:

1.º Que desde el punto de vista estrictamente civil, la *traditio* requiere el concurso de voluntades de *tradens* y *accipiens*, por lo que ningún efecto produce esa extraña acta de toma de posesión unilateral.

2.º En el terreno procesal, aparte los tan reiterados razonamientos en el cuerpo del presente informe respecto a la inalterabilidad por pacto de las normas correspondientes, es preciso advertir, en el punto específico de la posesión y administración interina, que, conforme a los artículos 1.530 y 1.521 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, y el artículo 131, 6.º, de la Ley Hipotecaria, la Resolución de 13 de junio de 1935 afirma rotundamente que «aun pactada la administración a favor del acreedor . . . sólo tiene éste el derecho de pedirla y, por tanto, deberá obtenerla del Juez que conozca del procedimiento, sin que le sea lícito entrar en su ejercicio 'ipso iure' y sin el cumplimiento de ese requisito». Así, pues, la posesión ha de ser obtenida siempre por la vía «judicial», como confirma el párrafo último del artículo 131 de la Ley.

3.º Desde el punto de vista hipotecario, baste decir que, conforme al artículo 5.º de la Ley, «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles». Así, pues, el acta y convenio a que se refiere la cláusula rechazada, aparte su ilegalidad, están completamente al margen del Registro.

Por tanto, existe el defecto imputado, a juicio del que informa.

5. INFORME DEL NOTARIO

Que en lo referente al noveno defecto de la calificación registral, en la cláusula 11.º de la citada escritura no se dice que se obtendrá *ipso iure* la administración y posesión interina de la finca hipotecada, como dice el señor Registrador en su informe, y el rechazo de la cláusula no tiene su base en razón de su ilegalidad, sino tan sólo en el hecho de que el simple

hecho de poseer queda al margen del Registro (art. 5 de la Ley Hipotecaria).

6. AUTO PRESIDENCIAL

No se pronuncia específicamente sobre este punto.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

9. En cuanto al defecto 9.º (cláusula 11.ª de la escritura), contra lo que estima el Registrador no hay en la cláusula la facultad de toma unilateral y extrajudicial de la posesión, puesto que claramente se refieren los otorgantes a que el acreedor, en caso de reclamación judicial, puede «solicitar y obtener la administración de los bienes hipotecados y la posesión interina de los mismos». Y a efectos hipotecados no importa que se quiera, además, documentar notarialmente la administración y posesión interina obtenida en vía judicial. Si, además, el acreedor, por virtud de un pacto especial, debe todavía soportar, a pesar de haber obtenido ya judicialmente la posesión, el plazo de un mes para que el dueño de la finca hipotecada ultime el desalojo, no es pacto tampoco que repugne a normas imperativas y que, por tanto, haya de ser excluido del Registro.

8. APOSTILLAS

1. Se revoca el defecto, y se afirma que «a efectos hipotecarios no importa que se quiera, además, documentar notarialmente la . posesión interina por vía judicial», y que el «pacto especial» relativo al desalojo no repugna a «normas imperativas» ni ha de ser «excluido del Registro».

2. Evidentemente, si la cláusula no pretendía establecer la facultad de toma de posesión unilateral y extrajudicial de la posesión, bien revocado está el defecto en cuanto a este aspecto. Pero con algo de suspicacia, si ni siquiera se pretende modalizar la regulación legal en este aspecto, ¿qué fin cumple?

3. Ahora bien, en el terreno que verdaderamente interesa, el estrictamente hipotecario, y conforme al artículo 5 de la Ley, rigurosamente imperativo, por cierto, no cabe duda que el simple y mero hecho de poseer está al margen y expulsado legalmente del Registro. En ello coincide expresamente el Notario autorizante. Por ello, en mi modesta opinión, sigo sin ver ningún efecto hipotecario en esa extraña acta notarial, a otorgar en el futuro, por la parte acreedora, con el único objeto de hacer constar un hecho posesorio. Quizá, en este punto, adelanté la calificación dencatoria que, conforme al artículo 5 de la Ley (no citado en la nota, pero sí en el informe), pudiera merecer el acta otorgada a tal fin, presentada a inscripción.

* * *

OTRAS CLÁUSULAS DE LA ESCRITURA

Para no dejar incompleto el supuesto de hecho examinado, se incluyen a continuación otras cláusulas calificadas, de las que sólo plantean problema la 12.ª y la 15.ª, objeto del defecto 10.º, con el que se conformó el recurrente y que, por tanto, no fueron objeto de debate.

Duodécima.—*Gastos*: Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos de esta escritura, así como los de la primera copia para la Entidad acreedora; los de la escritura de aceptación y también los de su inscripción en el Registro de la Propiedad; los de la cancelación de la hipoteca, y todos los impuestos que por todo ello hayan de satisfacerse, así como los impuestos que hoy gravan o en lo sucesivo graven el capital y los intereses de esta clase de contrato.

También queda obligada la parte deudora a satisfacer todas las costas, gastos y perjuicios a que diere lugar por faltar al cumplimiento del presente contrato, incluso los honorarios y derechos del Letrado y Procurador, si la parte acreedora se valiese de su intervención y si llegase a adquirir la propiedad de los bienes hipotecados, en cualquiera de los supuestos procesales en que ello es posible; las partes contratantes convienen en que la parte acreedora tendrá la facultad de descontar del precio de remate o adjudicación el importe del impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos, y gastos inherentes a la cancelación de la afección registral correspondiente, en su caso, así como a los de la carga que en esta escritura se establece.

Decimotercera.—*Fuero*: La compareciente, según actúa, de acuerdo y con renuncia expresa a su propio fuero, si fuese distinto, se somete para el cumplimiento, interpretación y para cuantas cuestiones se susciten del presente contrato a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Madrid.

Decimocuarta.—*Calificación registral*: Si la calificación registral estimase bajo su responsabilidad que cualquiera de los pactos, cláusulas, párrafos, menciones o apartados de esta escritura no es inscribible, por ser de naturaleza personal, los otorgantes consienten que denegando la inscripción de los mismos, se inscriba este título y quede constituida la hipoteca haciéndose constar en el título presentado los pactos denegados, su calificación y los motivos de ésta.

Decimoquinta.—*Segundas copias*: De acuerdo con el artículo 234 y concordantes del Reglamento Notarial, la parte deudora, hipotecante en la presente, da conformidad expresamente y desde este mismo instante a que, en caso de que así lo solicitara la parte prestamista, con su sola intervención se expidan segundas y posteriores copias de la presente escritura, con los efectos prevenidos en el número 1 del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Decimosexta.—La parte hipotecante otorga unilateralmente esta escritura y pide al señor Registrador de la Propiedad su inscripción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de su posterior aceptación por el Banco.

Redactada con arreglo a minuta.

APOSTILLA FINAL

Llegados al término de este largo examen analítico, no me cabe duda de que la cuestión de la calificación registral de las actuales hipotecas

sigue planteada, y no obstante la clarificada resolución recaída, a la que sigue otra causada por idéntica minuta, todavía dará mucho que hablar.

Por mi parte, y para no cansar más la paciencia del lector, sólo dos puntualizaciones al contenido final de la nota de calificación:

- Que el adjetivo «esencial» (muy poco grato al recurrente) que apellida el defecto sexto (en el renglón anterior tildado al modo clásico de «insubsanable») supone una simple variación de expresión de la misma idea de absolutividad, necesaria, en términos discursivos, para explicar la denegación total de la inscripción de la escritura presentada.
- Y la referencia a la inaplicación en este caso del artículo 434 del Reglamento se debe no a que sea improcedente en materia de hipotecas la denegación parcial, sino a que en el caso presente los defectos incidían prácticamente en todas las cláusulas y, sobre todo, en la esencia del derecho real pretendido. Denegada la garantía de todo interés, de las costas, etc., reducida la cobertura prácticamente al principal, poca hipoteca quedaba por inscribir, a pesar de lo previsto en la cláusula 14.ª (sin duda, pensada para *pacta adiecta*, no esenciales). Aparte de que el diálogo previo con el presentante y demás interesados en que se basa la aplicabilidad del citado artículo 434, y el 429, no fue posible en este caso, y no por intención del que suscribe.

CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA
Registrador de la Propiedad

EN FASE DE EJECUCION DE SENTENCIA, SI DEL CORRESPONDIENTE JUICIO DECLARATIVO RESULTA PROBADA LA GANANCIALIDAD DE LA DEUDA, EN EL MANDAMIENTO DIRIGIDO AL REGISTRADOR ORDENANDO LA ANOTACION PREVENTIVA DEL EMBARGO, EL JUEZ HABRA DE EXPRESAR LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LOS BIENES GANANCIALES PARA QUE AQUELLA PUEDA PRACTICARSE. CASO CONTRARIO, LA MISMA SE SUSPENDERA HASTA QUE SE PRESENTE DICHA DECLARACION (RESOLUCIONES DE 28 DE OCTUBRE, 6 Y 12 DE NOVIEMBRE DE 1987. «BOE» DE 24 Y 26 DE NOVIEMBRE DEL MISMO AÑO).

I. SUPUESTOS DE HECHO Y DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL

1.º Resolución de 28 de octubre de 1987

Hechos.—1. En juicio de mayor cuantía 1665/1981, tramitado en el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid, promovido por demanda interpuesta por «Santos y Redondo, Sociedad Anónima», contra don José Monterrubio Rodríguez y la «Cooperativa de Viviendas Anque-Madrid», por la que se reclamaba la cantidad que éstos debían al demandante, en virtud de contrato de ejecución de obras celebrado con la Cooperativa para construir varios chalés-viviendas en la colonia de «Los Angeles» de Pozuelo de Alarcón, uno de los cuales se adjudicó al socio

cooperativista señor Monterrubio, figurando inscrito para su sociedad conyugal en el Registro de la Propiedad con fecha 14 de diciembre de 1978.

En Sentencia dictada el día 27 de marzo de 1985, se condenó a los demandados a pagar solidariamente a la Empresa contratista la cantidad de 552.869 pesetas, y las 850.662 pesetas restantes únicamente al señor Monterrubio, a quien se embargó a instancia de la parte actora el 24 de octubre de 1985, en trámite de ejecución de sentencia, la vivienda sita en la calle Valderromán, número 14, centro-derecha, de Madrid, notificándose, por Providencia del día 29 de noviembre de 1985, librar el correspondiente mandamiento al Registrador de la Propiedad para que proceda a practicar la anotación preventiva del embargo de la citada finca urbana.

Anteriormente, los cónyuges en escritura otorgada el día 19 de febrero de 1985, e inscrita en el Registro de la Propiedad el día 27 de mayo del mismo año, convinieron separación de bienes, y se adjudicó a la esposa la finca referida.

Presentado el mandamiento citado en el Registro de la Propiedad, se denegó la anotación preventiva de embargo, devolviéndose el mismo con la nota de calificación de fecha 27 de enero de 1986, según la cual, «la finca embargada figura inscrita a favor de persona distinta del embargo y es necesario que el mandamiento concrete la cantidad garantizada por el embargo de la finca». El Juzgado reiteró el mandamiento con fecha 20 de octubre de 1986, concretando las cantidades garantizadas por principal y para costas.

2. Presentado dicho mandamiento en el Registro de la Propiedad número 32 de Madrid el día 19 de diciembre de 1986, fue calificado con la siguiente nota: «Presentado este documento el día 24 de octubre de 1986, retirado el 28 del mismo mes y devuelto el 19 de los corrientes, se deniega la anotación que en él se ordena, porque estando la finca inscrita a nombre de persona distinta de los demandados, son de aplicación los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, y 95, números 1 y 3; 140, número 1, y 144, número 1, del Reglamento Hipotecario. Tampoco se toma anotación de suspensión por calificarse de insubsanable el motivo de la denegación.— Madrid, 30 de diciembre de 1986».

3. Don Francisco de la Fuente Arévalo, en representación de «Santos y Redondo, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que aunque parecía que, gracias al Registro de la Propiedad, los derechos ajenos de los acreedores podían burlarse, sin más que, en caso de matrimonio, hacer separación de bienes en la que se adjudica a la esposa lo único que puede ser embargado e inscriben la operación en dicho Registro, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha salido al paso en la Resolución de 25 de abril de 1986, en el fundamento de derecho número 5, lo que significa reconocer el natural valor que debe darse al artículo 1.317 del Código Civil. Se podría objetar que en este caso la separación de bienes y subsiguiente inscripción de la finca a favor de la esposa, tuvo lugar antes de que se dictase sentencia, si bien tres años después de que se declarase el pleito concluso para ella y con la casi absoluta seguridad de que iba a ser contraria a los demandados. Que frente a los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 140, número 1, de su Reglamento, que de forma más obstativa pudiera parecer se oponen a la pretensión del demandante, tenemos los de vigencia más moderna, el artículo 1.317 del Código Civil y su equivalente 1.438, en versión de 1975, y en virtud del artículo 6.º de dicho cuerpo legal, el matrimonio debería

saber que sus operaciones sobre el piso no evitarían el embargo y anotación, y en virtud de lo anterior, no se pueden considerar terceros de buena fe a los citados esposos. Que en lo referente al artículo 144 del Reglamento Hipotecario, basta para anotar el embargo con que haya sido notificado el cónyuge no demandado, cuando se persiguen bienes comunes, en el supuesto del artículo 1.373 del Código Civil, por tanto, con más razón podrá autorizarse el embargo y anotación preventiva si la deuda, como en este caso, es de ambos cónyuges. Además, hay que tener en cuenta la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 1986 (*sic*).

4. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó que el recurrente, en apoyo de la procedencia del embargo, alega la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 1986, pero es improcedente invocar la misma, ya que se refiere a un caso absolutamente distinto al contemplado en este recurso. Que el juicio contra el señor Monterrubio se inicia en 1981 y termina con la sentencia en 1985, y sólo se hace saber a la esposa, propietaria de la finca, la existencia del pleito, pero no se demanda a esta titular del inmueble, que ya no es ganancial, invocándose el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, que se refiere sólo a bienes comunes y privativos por confesión, que el día 16 de febrero de 1987, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado una resolución en la que resuelve un caso idéntico al presente, y en la que sostiene que procede la denegación de la anotación preventiva en aplicación de los principios de tracto sucesivo y legitimación y, en concreto, de las prescripciones establecidas en los artículos 20 y 30 de la Ley Hipotecaria y 140, 1.º, del Reglamento Hipotecario.

5. El ilustrísimo Magistrado-Juez de Primera Instancia número 16 de los de Madrid informó que la deuda reclamada por la parte actora dimanaba de la construcción de un chalé que se inscribió a favor del demandado, señor Monterrubio, y de su esposa para la sociedad conyugal. Que en el procedimiento no se demandó a la esposa, a la cual se le hizo saber su existencia y el embargo causado sobre el piso en trámite de ejecución de sentencia, dictada después de haberse practicado la separación de bienes entre los cónyuges. Que este hecho es el fundamento esencial del señor Registrador para denegar la anotación preventiva de embargo. Que la Resolución de 16 de febrero de 1987, invocada en el informe del Registrador, se diferencia del supuesto que es objeto de este recurso, en que estamos ante una deuda común a ambos cónyuges, puesto que se deriva de la construcción de una vivienda inscrita para su sociedad conyugal, mientras que en el caso contemplado por aquélla, la deuda reclamada había sido contraída por el marido como avalista de unas letras de cambio, sin que hubiera constancia que debían responder los bienes gananciales.

6. El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en la aplicación de los principios de tracto sucesivo y legitimación y, en concreto, por lo ordenado al respecto en los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 140, 1.º, de su Reglamento.

7. El Letrado recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió que hay que considerar la doctrina establecida por la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 27 de mayo de 1986 y el artículo 1.373 del Código Civil. Que los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria fueron promulgados anteriormente al

actual artículo 1.317 del Código Civil, y su aplicación iría en contra del artículo 2.º de este Código.

Fundamentos de Derecho.—Vistos el artículo 24 de la Constitución Española; los artículos 392, 405, 1.003, 1.021, 1.023, 1.084, 1.317, 1.365, 1.375, 1.401, 1.402, 1.410, 1.827 y 1.911 del Código Civil; 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 95, 100, 140 y 144 del Reglamento Hipotecario; 921, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y las Resoluciones de 27 de junio de 1986, 25 de abril de 1986 y 16 de febrero de 1987.

1. Los elementos configurados del supuesto de hecho que motiva el presente recurso son los siguientes:

a) En octubre de 1986, se presenta en el Registro mandamiento de embargo trabado en octubre de 1985, dictado en fase de ejecución de sentencia recaída en juicio declarativo entablado en octubre de 1981 contra el marido. En dicho mandamiento se transcribe una otrosí de la parte actora en el que se invoca que se trata de una deuda común a ambos cónyuges, según se deduce de la demanda y de la sentencia.

b) El bien trabado se inscribe en 1972, a favor del demandado y su esposa para su sociedad ganancial, y en mayo de 1985, se inscribe como privativo de esta última, en virtud de escritura de disolución y liquidación de su sociedad de gananciales de febrero de 1985.

c) El Registrador deniega la anotación pretendida por aparecer el bien trabado inscrito a favor de persona distinta del demandado.

2. Con posterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, los bienes adjudicados a uno y otro cónyuge siguen respondiendo de las deudas de la sociedad, aun cuando fueron contraídas por uno solo de ellos (arts. 392, 405, 1.003, 1.021, 1.023, 1.084, 1.369, 1.401, 1.402 y 1.410 del Código Civil). Es posible, por tanto, la anotación del embargo trabado en garantía de estos últimos sobre los bienes ya adjudicados e inscritos a favor del cónyuge no deudor; ninguna incompatibilidad existe entre esta titularidad registral y la anotación pretendida; no obstante, la no coincidencia entre el cónyuge que aparece como deudor y el que figura como titular registral impone la observancia de determinadas garantías para la exacción de aquella responsabilidad.

3. Si bien es cierto que la actuación individual de un cónyuge puede comprometer no sólo su patrimonio personal, sino también el ganancial (artículo 1.365 del Código Civil), no lo es menos que no existe ninguna presunción de que las deudas de un cónyuge sean, además, deudas de la sociedad, lo que es conforme con el principio de que las deudas de una persona no afectan a otra (arts. 1.827 y 1.911 del Código Civil); por tanto —al margen de la hipótesis prevista en el artículo 1.373 del Código Civil cuando el embargo se produce vigente la sociedad de gananciales—, la genérica condena de pago, dictada contra un cónyuge, sólo podrá hacerse efectiva sobre sus propios bienes, precisamente para que la ejecución se extienda también a los gananciales que la sentencia dictada en el procedimiento adecuado (art. 100 del Reglamento Hipotecario) declare de forma indubitada su responsabilidad directa.

4. En el presente supuesto, como del mandamiento presentado —al que ha de atenderse el Registrador, y ahora esta Dirección General— no resulta si está fundado en sentencia que, en procedimiento adecuado y de forma patente, haya declarado la responsabilidad directa de los bienes

comunes por la deuda que la motiva, y puesto que la sociedad de gananciales estaba ya disuelta al tiempo de la traba —lo que excluye la aplicación del artículo 1.373 del Código Civil— no cabe practicar la anotación pretendida.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota recurrida y declarar que procede la suspensión de la anotación ordenada en tanto no se acredite el adecuado pronunciamiento judicial antes indicado.

2.º Resolución de 6 de noviembre de 1987

Hechos.—1. En juicio ejecutivo número 302/1985 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Vigo, seguido a instancia del «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», contra don Francisco Búa Pérez, en reclamación de 3.055 500 pesetas, expresadas en letras de cambio aceptadas por aquél, más 5.520 pesetas de gastos de protesto y 1.300.000 pesetas para intereses, gastos y costas, y habiendo sido notificada su esposa, doña María del Carmen Rodríguez Docampo, a los únicos efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, se trabó embargo de una finca urbana y varias participaciones en otras. Presentado el correspondiente mandamiento judicial en el Registro de la Propiedad número 5 de Vigo, el Registrador denegó la anotación preventiva de embargo, ya que los bienes están inscritos a nombre de la esposa del demandado, en virtud de escritura de disolución de sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes a aquélla otorgada el día 16 de mayo de 1985; ante el Notario de Vigo don Alfonso E. Rodríguez Sánchez, con fecha 29 de octubre de 1986, se acordó librar nuevo mandamiento judicial con inclusión como hechos ciertos lo que resultaba de las alegaciones que formula el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», en escrito presentado ante el Juzgado en dicha fecha, constando que la deuda que se reclama por la Entidad se contrajo y venció con anterioridad a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por el señor Búa y su esposa y que, por tanto, los bienes responden de la deuda reclamada por el Banco citado.

2. Presentado dicho mandamiento en el Registro de la Propiedad número 5 de los de Vigo, fue calificado con la siguiente nota: «No practicada la anotación ordenada en el precedente mandamiento, porque habiendo tenido acceso al Registro el 5 de agosto de 1985 la escritura de modificación del régimen económico matrimonial, disolución de la sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes de la misma, y aparecer desde esa fecha como única titular la esposa del demandado, doña María del Carmen Rodríguez Docampo, no se puede verificar dicha anotación en tanto no sea demandada la actual titular, de conformidad con los artículos 20 y 38, párrafo 2.º, inciso 1.º, y a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981.—Vigo, 12 de noviembre de 1986.—El Registrador.—Firmado: José Luis Vázquez Redonet».

3. El Procurador de los Tribunales don Cándido Sedón Ballesteros interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el señor Registrador deniega la anotación preventiva de embargo, a pesar de haber dejado constancia el Juez en su mandamiento que la deuda que reclama el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», se contrajo y venció

con anterioridad a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por el señor Búa y su esposa, y que, por tanto, los bienes embargados responden de dicha deuda, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.399, 1.401, 1.402, 1.362.4.º y 1.365 del Código Civil y 6 y 7 del Código de Comercio, dado que el deudor es comerciante. Que las letras de cambio en que el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», basa su reclamación fueron aceptadas por don Francisco Búa los días 23 y 24 de noviembre de 1984, y tienen vencimiento los días 20, 21 y 23 de febrero de 1985, en tanto que la escritura de capitulaciones matrimoniales fue otorgada el 16 de mayo de 1985. Que no se considera acertado el criterio en el que el Registrador fundamenta su denegación, ya que las resoluciones citadas en su nota resuelven casos anteriores a la modificación del Código Civil y puesto que de los preceptos del Código antes citado, junto con los artículos 1.317 y 1.410 del mismo y de las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio y 26 de septiembre de 1986, se llega a soluciones distintas de las adoptadas por dicho funcionario, y en cuya virtud, los bienes continúan respondiendo de las deudas contraídas por uno de los cónyuges, y si como en el presente caso, no se realizó el preceptuado inventario y liquidación de deudas, dicha responsabilidad *ultra vires*, como la califica el Tribunal Supremo, alcanza al cónyuge no obligado directamente, el cual, por aplicación de las normas de las sucesiones, responderá no sólo con todos los bienes que le han sido adjudicados, sino con todo su patrimonio. Que la Ley Hipotecaria, en la que basa el Registrador su denegación, es una Ley de carácter adjetivo, cuya finalidad es dictar reglas para la inscripción o anotación de los actos o contratos, como expresa el artículo 1.º de aquélla, cuya redacción coincide literalmente con la del artículo 605 del Código Civil, mientras que dicho Código, de carácter sustantivo, regula esos actos o contratos que posteriormente tendrán, en su caso, acceso al Registro. Que basándose en la Ley Hipotecaria no se puede ni debe llegar nunca a criterios que contradigan lo establecido en el Código Civil y, por tanto, se considera que no sería correcto llegar al extremo de que el artículo 20 de la Ley Hipotecaria contradiga, inutilice y deje sin posible aplicación lo que está ampliamente ordenado por nuestra principal Ley sustantiva (Código Civil) y retreadado por nuestro más Alto Tribunal. Que de seguirse estrictamente el criterio del Registrador, un simple acuerdo de los cónyuges dejaría sin posible opción a sus acreedores, que verían cómo a despecho de las normas establecidas en el Código Civil, sus deudores incumplen impunemente sus obligaciones, ya que al no permitirles anotar su crédito, el nuevo titular puede disponer de los bienes libremente, y ello con la grave contradicción de que, por otra parte, el Tribunal Supremo denegaría al acreedor la anulación de las capitulaciones porque estima que los bienes adjudicados son responsables, sin necesidad de interponer acción de nulidad ni de dirigir demanda alguna contra el cónyuge no deudor. Que, en razón de lo expuesto, se entiende que procede practicar la anotación preventiva de embargo solicitada por el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», en los bienes que siendo, en principio, de la sociedad de gananciales, pasaron a ser de la esposa del demandado, en virtud de una escritura de capitulaciones matrimoniales formalizada con posterioridad a la deuda contraída por el esposo, ya que dicha deuda se asumió y venció con anterioridad a la rescisión del régimen económico de gananciales.

4. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que

la calificación denegatoria se ajusta a la interpretación que del artículo 144 del Reglamento Hipotecario hace la jurisprudencia, tanto de la Dirección General de los Registros y del Notariado como del Tribunal Supremo, al relacionar aquel precepto con los correlativos del Código Civil:

A. Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—En la materia que tratamos, el criterio jurisprudencial ha sido siempre congruente con la norma sustantiva y por ello, aunque el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, reformado por el Decreto de 1959, empleaba la frase «dirigida la demanda contra ambos cónyuges», la jurisprudencia entendió que esa exigencia en la práctica puede cumplirse si «se extiende la demanda a la mujer», e incluso si junto con la demanda al marido, se ha pedido «la notificación a la mujer», criterio mantenido en la actualidad naturalmente con referencia al «cónyuge no demandado» y no a la mujer, por el sistema de administración conjunta, todo ello según las Resoluciones de 11, 20, 21 y 24 de febrero de 1964; 9, 13 y 14 de diciembre de 1966; 28 de marzo y 15 de abril de 1983, y 27 de mayo de 1986. Pero una vez disuelta la sociedad de gananciales, tanto en el sistema de administración única por parte del marido, como el de administración compartida por ambos esposos, introducido por la Ley de 1981, y respecto de los bienes adjudicados al cónyuge no demandado, siempre exigió la enunciada jurisprudencia que la demanda se haya dirigido contra el titular registral y no sólo contra el esposo demandado, tal como resulta de las Resoluciones de 6, 9 y 19 de noviembre de 1981, 25 de abril de 1986 y 16 de febrero de 1987, destacándose, en lo referente a la representación procesal, el fundamento de Derecho 7.º de la Resolución de 25 de abril de 1986, y en cuanto al derecho de los acreedores, los fundamentos de Derecho 2.º y 3.º de la Resolución de 16 de febrero de 1987.

B. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—Frente al denunciado obstáculo que los preceptos hipotecarios representan para una adecuada aplicación de los preceptos civiles, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha obviado dicho obstáculo en las Sentencias de 15 de febrero y 13 de junio de 1986. En consecuencia, la cita que el recurrente hace de la Sentencia de 26 de septiembre de 1986 y de la Resolución de 28 de marzo de 1983 no desvirtúa la nota de calificación, pues ésta se refiere a un caso de sociedad conyugal disuelta y consiguiente adjudicación al cónyuge no contrayente de la deuda y único titular registral, mientras que aquéllas se refieren a bienes inscritos a favor de ambos en situación de sociedad ganancial vigente, o a favor de uno, como presuntivamente ganancial, con arreglo a la legalidad actual, y también en situación de sociedad conyugal no disuelta.

C. El mandato judicial.—A pesar de lo alegado por el recurrente, la providencia recita como «fundamentos de Derecho consignados en el escrito del solicitante», pero no como «hechos ciertos», el que los bienes responden de las deudas contraídas por la sociedad de gananciales y la responsabilidad que, en consecuencia, tienen ambos esposos frente al acreedor; ello por la congruencia del mandato con el procedimiento, dado que la letra de cambio es un título personal, abstracto y completo, y en el juicio ejecutivo seguido para su cobro, no se puede calificar el carácter de la deuda y no se puede demandar a la esposa, ni siquiera es admisible ser intervención a través de un incidente; de igual modo, el Registrador

tampoco puede calificar la deuda, la existencia o no de fraude de los esposos o que aquélla deba afectar a los bienes adjudicados al cónyuge no deudor, mientras no recaiga la oportuna declaración judicial al respecto en juicio contradictorio, puesto que nadie puede ser condenado sin haber tenido la oportunidad de ser oído en juicio, y, por otro lado, hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 1.249 del Código Civil. Se considera que el mismo derecho tiene el acreedor para cobrar su crédito a través del cauce procesal oportuno, que el titular registral, al ser protegido de acuerdo con los artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria y 140 y 144 de su Reglamento, y así como el Juez no admite la demanda dirigida contra la esposa, porque no es firmante de la letra de cambio, así el Registrador no admite el embargo decretado por deudas contraídas por el esposo demandado porque no es titular registral; es el juego propio de los principios de legitimación procesal y legitimación registral. Bajo la vigente legalidad, el cónyuge no contrayente de la deuda, a quien se le notifica la existencia del embargo, puede pedir la disolución de la sociedad de gananciales por aplicación del artículo 1.373 del Código Civil, concordante con el artículo 144, 1, del Reglamento Hipotecario, si la deuda fue contraída por uno solo de los esposos en el ejercicio de los «poderes individuales» que sobre la sociedad de gananciales y su patrimonio la Ley le reconoce, es cuando encajarían los actos previstos en los artículos 1.362, 4, y 1.365 del Código Civil, y 6 y 7 del Código de Comercio, y la responsabilidad no desaparece por la liquidación del patrimonio que continúa en el haber de cada cónyuge y sujetos por su «destino» al fin que la Ley le atribuye, pues la obligación fue contraída con esa garantía, conforme a lo establecido en el artículo 1.401 del Código Civil; pero la letra de cambio sólo tendría plena virtualidad ejecutiva con respecto a los bienes gananciales o primitivamente gananciales si fuera firmada por ambos cónyuges, lo que está en plena concordancia con el carácter actual de la sociedad conyugal regida por una administración conjunta, a pesar de la vigencia de los artículos 66 y 71 del Código Civil; no se trata de desconocer los «poderes individuales» de los cónyuges, pero sí de reafirmar el principio de privatividad de las deudas no contraídas por ambos esposos, para evitar la simulación de deudas en perjuicio de quien no las contrajo, y es que así como existe un principio general de presunción de ganancialidad en los bienes (art. 1.361 del Código Civil), no existe una regla paralela para las deudas, pero sí un principio general de administración, la gestión conjunta. Que en conclusión, cuando se deniega la anotación, no se formula ningún juicio de valor sobre la ejecución de los bienes adjudicados a la esposa no demandada, al pago de la deuda contraída por el esposo demandado en el ámbito de una aparente gestión patrimonial; simplemente se afirma el imperio de los principios hipotecarios aplicables a las personas que acuden al Registro de la Propiedad buscando una protección, sin que ésta diluya los derechos de los terceros, por bien que no les sea propicia cuando no inician los cauces procesales oportunos.

5. El ilustrísimo Juez-Magistrado de Primera Instancia número 2 de Vigo informó que después de la reforma del Código Civil por Ley de 13 de mayo de 1981, la situación de práctica jurídica, a efectos de las anotaciones de embargo sobre bienes gananciales, sigue siendo sustancialmente la misma. Ahora bien, si la sociedad de gananciales está ya disuelta y liqui-

dada, no existen bienes de esta naturaleza y no es posible el embargo a pretexto de que antes lo fueron, mientras no sea también demandado en el juicio el cónyuge adjudicatario de los mismos por impedirlo, en otro caso, los principios de legitimación y tracto sucesivo (arts. 38 y 20 de la Ley Hipotecaria). Esto no excluye la posible responsabilidad del otro cónyuge, que incluso puede extenderse a sus bienes propios, si en la liquidación de la sociedad conyugal no se hizo inventario previo, como así razona la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986, pero esto habrá de plantearse en otro juicio con intervención de este interesado. Que se considera está bien denegada la anotación de embargo decidida por el Registrador en ejercicio de su función calificadora, sin que ello contradiga ni entorpezca la competencia de los Tribunales de Justicia.

6. El Presidente de la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la nota del Registrador, fundándose en que no se hace constar en la providencia, ni por ello en el mandamiento expedido por el Juzgado interesando la práctica de la anotación de embargo, que la deuda fuera de aquellas de que hayan de responder los bienes gananciales; que no es el juicio ejecutivo, basado en letras de cambio y dirigido contra el marido, en donde puede dirimirse si los bienes adjudicados a la esposa han de responder de las deudas reflejadas en tales títulos; que después de la reforma del Código Civil por Ley de 1981 pueden darse de hecho situaciones fraudulentas, pero los acreedores, en el aspecto del Derecho sustantivo, tienen una adecuada protección legal derivada de los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil, y conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986, se determina que después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes conсорciales; en los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 140, 1.º, de su Reglamento, y en la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 1986, reiterada en las Resoluciones de 16 de febrero y 29 de mayo de 1987.

7. El Procurador de los Tribunales recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió que en el propio texto de la providencia se hace constar que el vencimiento de la deuda es anterior a la escritura de capitulaciones matrimoniales, de donde se deduce que la deuda era ganancial, ya que el régimen económico del matrimonio fue el de sociedad de gananciales y, con independencia de lo expuesto en el apartado 6.º del mandamiento, se expresa de forma inequívoca «que los bienes cuya anotación preventiva de embargo se solicita responden de las deudas contraídas por la sociedad de gananciales». Que en todo caso, y de acuerdo con el fundamento de Derecho 3.º de la Resolución de 25 de abril de 1986, debió ser la esposa adjudicataria de los bienes quien impugnase, mediante el oportuno juicio declarativo o a través del remedio procesal que estimase oportuno, la afirmación de ganancialidad de la deuda, ya que tuvo para hacerlo la oportunidad que el legislador ha establecido en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario; no cabe arrojar la carga de la promoción de ese juicio declarativo al acreedor que dispone de título ejecutivo, dándose las condiciones objetivas y documentalmentе contrastadas para atribuir responsabilidad a los bienes cuya anotación de embargo se interesa. Que existe una total disimilitud entre los supuestos contemplados en las Resoluciones de 16 de febrero y 29 de mayo de 1987. Que, de acuerdo con lo anterior, con lo

establecido en el artículo 1.401 del Código Civil, en relación con el artículo 3, 1, del mismo texto legal, con las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio y 26 de septiembre de 1986, y aplicando a *sensu contrario* la doctrina de las resoluciones citadas, constando en el mandamiento que los bienes gananciales debían responder de la deuda que dio lugar al embargo, éste debe anotarse.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.317 y 1.373 del Código Civil; 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 140, 1.º, y 144 del Reglamento Hipotecario, y la Resolución de 16 de febrero de 1987.

1. El Registrador no practica la anotación preventiva ordenada en el mandamiento de embargo porque la finca a que se refiere consta inscrita en favor de una persona distinta del demandado. En el embargo concurren las circunstancias siguientes:

1.ª Se dicta el mandamiento en juicio ejecutivo seguido contra el marido del que aparece como titular registral —y también contra ésta, su esposa, pero a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario—. El juicio ejecutivo está fundado, según informa el recurrente, en letras de cambio aceptadas sólo por el marido en noviembre de 1984. No consta debidamente de la documentación presentada que la deuda reclamada contra el marido sea, además, deuda de la sociedad de gananciales; para ello no bastan las afirmaciones contenidas en el mandamiento de embargo, dado que la tramitación previa al embargo no es procedimiento adecuado al efecto.

2.ª La finca a que se refiere el mandamiento de embargo consta inscrita en favor de la mujer por adjudicación en virtud de capitulaciones matrimoniales de disolución de la sociedad de gananciales otorgadas en 16 de mayo de 1985, e inscritas en el Registro en 5 de agosto de 1985. El mandamiento de embargo fue notificado a la mujer en 28 de septiembre de 1985.

2. Como no se presume hoy que las deudas contraídas sólo por el marido —o por la mujer— sean, además, deudas de la sociedad, ha de estimarse, a efectos del Registro, que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado en tanto no conste que la deuda es, además, de la sociedad de gananciales.

3. Al no constar que de la deuda hayan de responder los bienes gananciales, rige el principio establecido en el artículo 1.373 del Código Civil: «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias». Y si bien este mismo precepto prevé que el acreedor privativo puede pedir el embargo de bienes gananciales concretos, no cabe para conseguir, una vez disuelta la sociedad de gananciales, el embargo directo de un bien ganancial concreto invocar el principio según el cual la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1.317 del Código Civil), pues los acreedores privativos del marido no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos, según se razonó en la Resolución de 16 de febrero de 1987. Y si cuando se procede contra un bien concreto resulta del Registro que la sociedad de gananciales está disuelta y que el bien fue adjudicado a la mujer, lo único que les queda a los acreedores —si es que son puramente privativos del marido— en cuanto a ese bien es la impugnación, si proce-

de, de la partición, lo que en su día podrá provocar la correspondiente anotación preventiva de demanda.

4. Nos encontramos, pues, en el presente caso, con un mandamiento de embargo sobre finca que aparece inscrita a favor de una persona que, según el mismo mandamiento, no es la persona demandada como deudora. Procede, en consecuencia, la denegación en aplicación de los principios de tracto sucesivo y legitimación y, en particular, de las prescripciones establecidas en los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 140, 1.º, del Reglamento Hipotecario.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota del Registrador.

3.º Resolución de 12 de noviembre de 1987

Hechos.—1. En juicio ejecutivo número 302/1985 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Vigo, seguido a instancia del «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», contra don Francisco Búa Pérez, en reclamación de 3.055.500 pesetas, expresadas en letras de cambio aceptadas por aquél, más 5.520 pesetas de gastos de protestos y 1.300.000 pesetas para intereses, gastos y costas, y habiendo sido notificada su esposa, doña María del Carmen Rodríguez Docampo, a los únicos efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, se trabó embargo de una finca urbana.

Presentado el correspondiente mandamiento judicial en el Registro de la Propiedad número 1 de Vigo, el Registrador denegó la anotación preventiva de embargo, ya que los bienes están inscritos a nombre de la esposa del demandado, en virtud de escritura de disolución de sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes a aquélla, otorgada el día 16 de mayo de 1985, ante el Notario de Vigo don Alfonso E. Rodríguez Sánchez. Con fecha 29 de octubre de 1986, se acordó librar nuevo mandamiento judicial con inclusión como hechos ciertos lo que resultaba de las alegaciones que formula el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», en escrito presentado ante el Juzgado en dicha fecha, constando que la deuda que se reclama por la Entidad se contrajo y venció con anterioridad a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por el señor Búa y su esposa y que, por tanto, los bienes responden de la deuda reclamada por el Banco citado.

2. Presentado dicho mandamiento en el Registro de la Propiedad número 5 de los de Vigo, fue calificado con la siguiente nota: «No practicada la anotación ordenada en el presente mandamiento, porque habiendo tenido acceso al Registro el 5 de agosto de 1985, la escritura de modificación del régimen económico matrimonial, disolución de la sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes de la misma, y aparecer desde esa fecha como única titular la esposa del demandado, doña María del Carmen Rodríguez Docampo, no se puede verificar dicha anotación en tanto no sea demandada la actual titular, de conformidad con los artículos 20 y 38, párrafo 2.º, inciso 1.º, y a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981.—Vigo, 13 de diciembre de 1986.—El Registrador.—Firmado: Vicente Marquina de la Rica».

3. El Procurador de los Tribunales don Cándido Sedón Ballesteros interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que

el señor Registrador deniega la anotación preventiva de embargo, a pesar de haber dejado constancia el Juez en su mandamiento que la deuda que reclama el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», se contrajo y venció con anterioridad a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por el señor Búa y su esposa, y que, por tanto, el bien embargado responde de dicha deuda, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.399, 1.401, 1.402, 1.362-4.º y 1.365 del Código Civil, y 6 y 7 del Código de Comercio, dado que el deudor es comerciante. Que las letras de cambio en que el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», basa su reclamación fueron aceptadas por don Francisco Búa los días 23 y 24 de noviembre de 1984, y tienen vencimiento los días 20, 21 y 23 de febrero de 1985, en tanto que la escritura de capitulaciones matrimoniales fue otorgada el 16 de mayo de 1985. Que no se considera acertado el criterio en el que el Registrador fundamenta su denegación, ya que las resoluciones citadas en su nota resuelven casos anteriores a la modificación del Código Civil, y puesto que de los preceptos del Código antes citados, junto con los artículos 1.317 y 1.410 del mismo y de las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio y 26 de septiembre de 1986, se llega a soluciones distintas de las adoptadas por dicho funcionario, y, en cuya virtud, los bienes continúan respondiendo de las deudas contraídas por uno de los cónyuges, y si, como en el presente caso, no se realizó el preceptuado inventario y liquidación de deudas, dicha responsabilidad *ultra vires*, como la califica el Tribunal Supremo, alcanza al cónyuge no obligado directamente, el cual, por aplicación de las normas de las sucesiones, responderá no sólo con todos los bienes que le han sido adjudicados, sino con todo su patrimonio. Que la Ley Hipotecaria, en la que basa el Registrador su denegación, es una Ley de carácter adjetivo, cuya finalidad es dictar reglas para la inscripción o anotación de los actos o contratos, como expresa el artículo 1.º de aquélla, cuya redacción coincide literalmente con la del artículo 605 del Código Civil, mientras que dicho Código, de carácter sustantivo, regula esos actos o contratos que, posteriormente, tendrán en su caso acceso al Registro. Que basándose en la Ley Hipotecaria no se puede ni debe llegar nunca a criterios que contradigan lo establecido en el Código Civil y, por tanto, se considera que no sería correcto llegar al extremo de que el artículo 20 de la Ley Hipotecaria contradiga, inutilice y deje sin posible aplicación lo que está ampliamente ordenado por nuestra principal Ley sustantiva (Código Civil), y refrendado por nuestro más Alto Tribunal. Que de seguirse estrictamente el criterio del Registrador, un simple acuerdo de los cónyuges dejaría sin posible opción a sus acreedores, que verían cómo a despecho de las normas establecidas en el Código Civil, sus deudores incumplen impunemente sus obligaciones, ya que al no permitirles anotar su crédito, el nuevo titular puede disponer de los bienes libremente, y ello con la grave contradicción de que, por otra parte, el Tribunal Supremo denegaría al acreedor la anulación de las capitulaciones porque estima que los bienes adjudicados son responsables, sin necesidad de interponer acción de nulidad ni de dirigir demanda alguna contra el cónyuge no deudor. Que, en razón a lo expuesto, se entiende que procede practicar la anotación preventiva de embargo solicitada por el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», en la finca que, siendo en principio de la sociedad de gananciales, pasó a ser de la esposa del demandado, en virtud de una escritura de capitulaciones matrimoniales formalizada con posterioridad a la deuda contraída por el esposo, ya que dicha deuda

se asumió y venció con anterioridad a la rescisión del régimen económico de gananciales.

4. El Registrador de la Propiedad en defensa de su nota alegó que mantiene la calificación denegatoria por considerarla ajustada a una interpretación correcta de los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, y 140 y 144 de su Reglamento, tanto en sí mismos considerados como en su relación con los preceptos del Código Civil, de aplicación al caso contemplado. Como de modo particular se entiende por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 16 de febrero de 1987, en un recurso que guarda notable semejanza con el ahora interpuesto. Que la afirmación que se hace en la providencia con el número 6, reproducida en el mandamiento, de que los bienes responden de la deuda contraída, no parece ser objeto directo de un pronunciamiento del juzgador, sino que se trata de una afirmación que se contiene en dicha providencia, al transcribirse en ella, según se ordena, los datos y fundamentos de Derecho consignados en el escrito presentado en el Juzgado por el Banco Zaragozano, y no podía ser de otro modo, porque parece evidente que un procedimiento ejecutivo no es el cauce procesal adecuado para dilucidar la naturaleza ganancial de una deuda; de igual forma, no es el procedimiento registral lugar oportuno para un pronunciamiento no basado en los documentos presentados, ni en datos registrales, y al denegar la anotación no supone emitir un juicio de valor, supone tan sólo la aplicación de unas normas que, aunque puedan considerarse adjetivas, tienen como *ratio* la defensa de la norma «sustantiva», siempre que ésta se haga valer en los cauces procesales adecuados. Que en este sentido hay que tener en cuenta los fundamentos de Derecho 3 y 4 de la resolución antes citada, en la que se citan también las Resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981. Que todo lo anterior no queda desvirtuado por la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio y 26 de septiembre de 1986, pues la primera de ellas aprecia una responsabilidad real de los bienes gananciales, que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que después de la disolución permanezca viva la acción real del acreedor contra los bienes conserciales, como también está previsto en el artículo 144, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario. Esto excluye la procedencia de acudir a la vía de nulidad para preservar unos derechos que el propio precepto legal mantiene, y en la segunda de las sentencias aludidas, se trata de un supuesto de hecho que presenta diferencias apreciables con el que es objeto de este recurso.

5. El ilustrísimo señor Magistrado-Juez de Primera Instancia número 2 de Vigo informó que después de la reforma del Código Civil por Ley de 13 de mayo de 1981, la situación de práctica jurídica, a efectos de las anotaciones de embargo sobre bienes gananciales, sigue siendo sustancialmente la misma. Ahora bien, si la sociedad de gananciales está ya disuelta y liquidada, no existen bienes de esta naturaleza y no es posible el embargo a pretexto de que antes lo fueron, mientras no sea también demandado en el juicio el cónyuge adjudicatario de los mismos, por impedirlo, en otro caso, los principios de legitimación y tracto sucesivo (artículos 38 y 20 de la Ley Hipotecaria). Esto no excluye la posible responsabilidad del otro cónyuge, que incluso puede extenderse a sus bienes propios, si en la liquidación de la sociedad conyugal no se hizo inventario previo, como así razona la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de

junio de 1986, pero esto habrá de plantearse en otro juicio con intervención de este interesado. Que se considera está bien denegada la anotación de embargo decidida por el Registrador en ejercicio de su función calificadora, sin que ello contradiga ni entorpezca la competencia de los Tribunales de Justicia.

6. El Presidente de la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la nota del Registrador fundándose en que no se hace constar en la providencia, ni por ello en el mandamiento expedido por el Juzgado interesando la práctica de la anotación de embargo, que la deuda fuera de aquellas de que hayan de responder los bienes gananciales; que no es el juicio ejecutivo basado en letras de cambio y dirigido contra el marido en donde puede dirimirse si los bienes adjudicados a la esposa han de responder de las deudas reflejadas en tales títulos; que después de la reforma del Código Civil por Ley de 1981 pueden darse de hecho situaciones fraudulentas, pero los acreedores, en el aspecto del Derecho sustantivo, tienen una adecuada protección legal derivada de los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil, y conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986, se determina que después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales; en los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 140, 1.º, de su Reglamento, y en la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 1986, reiterada en las Resoluciones de 16 de febrero y 29 de mayo de 1987.

7. El Procurador de los Tribunales recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió que en el propio texto de la providencia se hace constar que el vencimiento de la deuda es anterior a la escritura de capitulaciones matrimoniales, de donde se deduce que la deuda era ganancial, ya que el régimen económico del matrimonio fue el de sociedad de gananciales, y con independencia de lo expuesto, en el apartado 6.º del mandamiento se expresa de forma inequívoca «que los bienes cuya anotación preventiva de embargo se solicita responden de las deudas contraídas por la sociedad de gananciales...». Que en todo caso, y de acuerdo con el fundamento de Derecho 3.º de la Resolución de 25 de abril de 1986, debió ser la esposa adjudicataria de los bienes quien impugnase, mediante el oportuno juicio declarativo, o a través del remedio procesal que estimase oportuno, la afirmación de ganancialidad de la deuda, ya que tuvo para hacerlo la oportunidad que el legislador ha establecido en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario; no cabe arrojar la carga de la promoción de ese juicio declarativo al acreedor que dispone de título ejecutivo, dándose las condiciones objetivas y documentalmente contrastadas para atribuir responsabilidad a los bienes cuya anotación de embargo se interesa. Que existe una total disimilitud entre los supuestos contemplados en las Resoluciones de 16 de febrero y 29 de mayo de 1987. Que, de acuerdo con lo anterior, con lo establecido en el artículo 1.401 del Código Civil, en relación con el artículo 3, 1, del mismo texto legal, con las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio y 26 de septiembre de 1986, y aplicando *a sensu contrario* la doctrina de las resoluciones citadas, constando en el mandamiento que los bienes gananciales debían responder de la deuda que dio lugar al embargo, éste debe anotarse.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.317 y 1.373 del Código Civil; 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 140, 1.º, y 144 del Reglamento Hipotecario, y la Resolución de 16 de febrero de 1987.

1. El Registrador no practica la anotación preventiva ordenada en el mandamiento de embargo porque la finca a que se refiere consta inscrita en favor de una persona distinta del demandado. En el embargo concurren las circunstancias siguientes: 1.º Se dicta el mandamiento en juicio ejecutivo seguido contra el marido de la que aparece como titular registral —y también contra ésta, su esposa, pero a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario—. El juicio ejecutivo está fundado, según informa el recurrente, en letras de cambio aceptadas sólo por el marido en noviembre de 1984. No consta debidamente de la documentación presentada que la deuda reclamada contra el marido sea, además, deuda de la sociedad de gananciales; para ello no bastan las afirmaciones contenidas en el mandamiento de embargo, dado que la tramitación previa al embargo no es procedimiento adecuado al efecto. 2.º La finca a que se refiere el mandamiento de embargo consta inscrita en favor de la mujer por adjudicación en virtud de capitulaciones matrimoniales de disolución de la sociedad de gananciales, otorgadas en 16 de mayo de 1985 e inscritas en el Registro en 5 de agosto de 1985. El mandamiento de embargo fue notificado a la mujer en 28 de septiembre de 1985.

2. Como se presume hoy que las deudas contraídas sólo por el marido —o por la mujer— sean, además, deudas de la sociedad, ha de estimarse, a efectos del Registro, que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado, en tanto no conste que la deuda es, además, de la sociedad de gananciales.

3. Al no constar que de la deuda hayan de responder los bienes gananciales, rige el principio establecido en el artículo 1.373 del Código Civil: Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias. Y si bien este mismo precepto prevé que el acreedor privativo puede pedir el embargo de bienes gananciales concretos, no cabe, para conseguir, una vez disuelta la sociedad de gananciales, el embargo directo de un bien ganancial concreto, invocar el principio según el cual «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1.317 del Código Civil), pues los acreedores privativos del marido no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos, según se razonó en la Resolución de 16 de febrero de 1987. Y si cuando se procede contra un bien concreto resulta del Registro que la sociedad de gananciales está disuelta y que el bien fue adjudicado a la mujer, lo único que les queda a los acreedores —si es que son puramente privativos del marido—, en cuanto a ese bien, es la impugnación, si procede, de la partición, lo que, en su día, podrá provocar la correspondiente anotación preventiva de demanda.

4. Nos encontramos, pues, en el presente caso, con un mandamiento de embargo sobre finca que aparece inscrita a favor de una persona que, según el mismo mandamiento, no es la persona demandada como deudora. Procede, en consecuencia, la denegación en aplicación de los principios de tracto sucesivo y legitimación y, en particular, de las prescripciones establecidas en los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 140, 1.º, del Reglamento Hipotecario.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota del Registrador.

II. COMENTARIO

Voy a tratar de hacerlo del modo más sencillo y esquemático posible, con el objeto de dejar clara la doctrina de la Dirección General sobre esta materia, doctrina que, por otra parte, y aunque pueda ser discutible, es uniforme y coherente con lo que el Centro Directivo ha venido diciendo hasta la fecha.

1.º Antecedentes: las Resoluciones de 25 de abril y 27 de mayo de 1986 y 16 de febrero de 1987 (1).

- En la primera de ellas se decía por la Dirección General que ni la disolución de la sociedad de gananciales ni la adjudicación a cualquiera de los cónyuges de un bien concreto afectan a los derechos de los acreedores, pues aquello no significa que el bien ganancial haya salido de la misma masa autónoma de responsabilidad.
- En la segunda, no habiéndose producido la liquidación de la sociedad de gananciales, el artículo 1.373 del Código Civil —se estima— permite perseguir bienes gananciales por deudas cuya ganancialidad no resulta probada, no siendo necesaria la demanda conjunta.
- Por último, en la de 16 de febrero de 1987, al no aparecer probada la ganancialidad de la deuda y acaecida la liquidación de la sociedad de gananciales y consiguiente adjudicación del bien perseguido al cónyuge no deudor, se rechaza la procedencia de la anotación de embargo del mismo.

2.º El fundamento de esta doctrina —como ya puse de manifiesto al comentar la última resolución citada e incluso las anteriores— se encuentra en la desaparición de la presunción de la ganancialidad de la deuda tras la reforma del Código Civil en 1981. El anterior artículo 1.408, 1, de dicho texto sí contenía una presunción de ganancialidad de la deuda, por la razón de que al ser el marido el encargado, salvo pacto en contrario, de la gestión del patrimonio ganancial, debía ostentar una amplia credibilidad frente a los acreedores y éstos, a su vez, la posibilidad de hacer efectivo su crédito procediendo únicamente contra él. Sin embargo, con la citada reforma de 1981 se atribuye a ambos cónyuges la gestión de los bienes gananciales, por lo que desaparece dicha presunción de ganancialidad de la deuda, estableciéndose en el artículo 1.373 que «cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias».

3.º Como consecuencia de todo ello y de las resoluciones citadas, al comentar la última apuntaba el siguiente cuadro, que reproduzco ahora:

1. Deuda ganancial (las contraídas por ambos cónyuges conjuntamente, por uno con el consentimiento del otro, o por uno de ellos sin dicho consentimiento en los casos en que puede obligar unilateralmente los bienes gananciales): ni la disolución de la sociedad de gananciales ni la adjudicación de bienes determinados a uno u otro cónyuge afectan a los acreedores. El artículo 1.317 del Código Civil juega con toda su fuerza.

2. Deuda privativa (todas tienen tal carácter, salvo que se pruebe su ganancialidad); deben distinguirse:

(1) Puede verse el comentario a las mismas en esta RCDI, números 576/1986, 577/1986 y 582/1987, páginas 1558, 1848 y 1588, respectivamente.

- Si no se ha disuelto la sociedad de gananciales: pueden responder de ella los bienes gananciales por aplicación del artículo 1.373 del Código Civil, bastando dirigir la demanda contra un cónyuge y notificar al otro la existencia del procedimiento.
- Si se hubiera disuelto la sociedad de gananciales: la demanda debe dirigirse ineludiblemente contra el titular registral del bien.

4.º Por tanto, puede apreciarse fácilmente que la doctrina de la Dirección General no ha experimentado variación en las resoluciones que ahora comento. Así:

- La de 28 de octubre de 1987 contiene un supuesto de deuda ganancial (habiendo sido generada por la construcción de una vivienda ganancial, en el mismo mandamiento se transcribe un otrosí de la parte actora en el que se invoca su carácter de deuda ganancial), por lo que partiendo de lo considerado, la Dirección General dice que «con posterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, los bienes adjudicados a uno y otro cónyuge siguen respondiendo de las deudas de la sociedad, aun cuando fueran contraídas por uno solo de ellos», siendo posible «la anotación del embargo trabado en garantía de los acreedores sobre los bienes ya adjudicados e inscritos a favor del cónyuge no deudor»

Añade, sin embargo, esta resolución un matiz respecto a la de 16 de febrero del mismo año: como «la no coincidencia entre el cónyuge que aparece como deudor y el que figura como titular registral impone la observancia de determinadas garantías para la exacción de aquella responsabilidad», es preciso que la sentencia declare «de forma indubitada» la responsabilidad directa de los bienes gananciales, y si esto no ha tenido lugar, el Registrador debe suspender la anotación ordenada; caso de que sí apareciera en tal sentencia (estamos en fase de ejecución de sentencia, no hay que olvidarlo, pues, en mi opinión, es punto clave para que la Dirección General exija esa declaración) la repetida declaración, el Registrador, por supuesto, deberá practicar la anotación.

- Las de 6 y 12 de noviembre de 1987, sustancialmente idénticas entre sí, se refieren a un supuesto de deuda privativa («el juicio ejecutivo está fundado, según informa el recurrente, en letras de cambio aceptadas sólo por el marido», por lo que «no consta debidamente, de la documentación presentada, que la deuda reclamada contra el marido sea, además, deuda de la sociedad de gananciales; para ello no bastan las afirmaciones contenidas en el mandamiento de embargo»), por lo cual, «como no se presume hoy que las deudas contraídas sólo por el marido —o por la mujer— sean, además, deudas de la sociedad, ha de estimarse, a efectos del Registro, que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado en tanto no conste que la deuda es, además, de la sociedad de gananciales»; y siendo de aplicación «el principio establecido en el artículo 1.373 del Código Civil, según el cual cada cónyuge responde con su patrimonio de las deudas propias, no cabe, consiguientemente, para conseguir, una vez disuelta la sociedad de gananciales, el embargo directo de un bien ganancial concreto, invocar el principio según el cual la modificación del régimen eco-

nómico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1.317 del Código Civil), pues los acreedores privativos del marido no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos».

5.º Después de lo dicho, creo que el cuadro expuesto antes puede completarse de la siguiente manera:

a) La sociedad de gananciales no se ha disuelto; por aplicación del artículo 1.373 del Código Civil, los bienes gananciales responden de las deudas privativas de cualquiera de los cónyuges, no siendo necesaria la demanda conjunta.

b) La sociedad de gananciales se ha disuelto y el bien o bienes se han adjudicado al cónyuge que no asumió la obligación. Hay que distinguir:

1. Deuda ganancial: responden de ella todos los bienes anteriormente gananciales, independientemente de las adjudicaciones efectuadas entre los cónyuges. Consecuentemente, es correcto el embargo y la anotación preventiva del mismo, pero debiendo darse para ello los siguientes requisitos:

- Que se trate de una deuda probadamente ganancial, sin que sean suficientes las simples manifestaciones de tal circunstancia en el mandamiento de embargo.
- Que en la correspondiente sentencia —sentencia que se está ejecutando— se declare de forma indubitada la responsabilidad directa de los bienes gananciales. Si tal declaración no ha tenido lugar, el Registrador suspenderá la anotación ordenada.

2. Deuda privativa, es decir, deuda probada como privativa y deuda cuya ganancialidad no resulta probada: no responden de ella los bienes adjudicados al cónyuge no deudor —aquí no puede aplicarse el artículo 1.373 del Código Civil—, por lo que el Registrador deberá denegar la anotación de embargo ordenada.

6.º Conclusiones: Creo que debe tenerse en cuenta la siguiente doctrina:

a) Respecto al Juez. En fase de ejecución de sentencia, cuando del juicio declarativo correspondiente resulte la ganancialidad de la deuda, deberá expresar, en el mandamiento dirigido al Registrador ordenando la anotación del embargo, la responsabilidad directa de los bienes gananciales.

b) Respecto al Registrador. Si la deuda es privativa denegará la anotación de embargo ordenada sobre finca o fincas inscritas a favor del cónyuge no deudor por causa de la liquidación de la sociedad de gananciales. Si la deuda es ganancial, practicará la anotación siempre que el mandamiento contuviera la declaración dicha en el apartado *a)*; caso contrario, suspenderá aquélla hasta que dicha declaración se presente.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

REGIMEN DE LAS OBLIGACIONES CIVILES DERIVADAS DE DELITO O FALTA. EJERCICIO DE ACCIONES CIVILES EN EL PROCESO PENAL: EFECTO CONSUNTIVO. PRUEBA PERICIAL: VALOR DE LA PRACTICADA EN CAUSA PENAL ANTERIOR. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES PARA JUZGAR DE LAS ACCIONES CIVILES «EX DELICTO». INCONGRUENCIA: NO EXISTE. RESERVA DE ACCIONES QUE SE HACE EN SENTENCIA: ALCANCE (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—El presente recurso, que articula ocho motivos, ha de examinarse a partir del último, en el cual y por el cauce del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, pues, en efecto, la eventual estimación de motivo de ese contenido conduce a mandar reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta, según así lo previene el número 2.º del artículo 1.715, pronunciamiento éste que impediría el ulterior examen de todos los otros motivos.

Que este motivo se fundamenta en la invocación de todo el complejo preceptual que, en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se destina a la regulación de la prueba pericial, ya que se dejan invocados los artículos 1.242 y 1.243 de aquél y los 610 a 632 de ésta, con excepción de los 620 a 625, que se refieren a la tacha de los peritos; y la sustancia de lo alegado no es otra sino señalar que la prueba pericial a que se hace referencia en el tercer considerando de la sentencia del Juzgado, que se acepta, da por reproducido e incorpora a la sentencia de la Audiencia por el décimo de sus propios considerandos, apellida prueba pericial a la

que aparece a los folios 185 al 235 y 308 al 333 de las actuaciones del juicio de que el presente recurso dimana, que (argumenta) no es tal prueba pericial, sino testimonio de la pericia practicada en el sumario del Juzgado de Instrucción correspondiente a la causa penal en que antecedentemente se ventilaron los mismos hechos que ahora se traen a nuevo examen.

Que a este motivo del recurso debe responderse que le asiste la razón cuando argumenta que el testimonio de las actuaciones sumariales no constituye prueba pericial siquiera se refiera a la de esa clase practicada en dicha fase de la causa penal, pues, según reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 15 de enero de 1982, citada por el recurso, y por la de 31 de octubre de 1983, entre otras) ha de practicarse ajustándose a lo dispuesto en los artículos 610 a 613 y 626 a 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ofreciéndose a la parte opuesta a la que la propone la posibilidad de ampliarla a otros extremos de su interés, designándose a los peritos por acuerdo de las partes o por la suerte, pudiendo concurrir ambas partes al acto del reconocimiento pericial y hacer en el mismo a los peritos las observaciones que estimen oportunas y solicitar en el acto de la declaración o ratificación, a través del Juez, explicaciones para el esclarecimiento de los hechos; y nada de ello es viable si la intervención de los peritos tuvo lugar, con anterioridad al juicio civil, dentro de la fase sumarial de la causa penal antecedente; pero todo esto firme, así como que la apreciación crítica de la prueba de esta clase (a la que, por lo demás, no quedan sujetos los Tribunales en términos que les obliguen a sujetarse al dictamen de los peritos) haya de tomar en consideración la observancia del régimen procesal que le es propio, con todo no puede alcanzarse el efecto pretendido de casar y anular la sentencia para que dentro del juicio se proceda a la práctica de prueba pericial atendida a ese régimen procesal; estando el Juzgado y la Audiencia facultados para alcanzar su convicción sobre el tema objeto de la misma, o sea, el valor de las acciones sociales, ya a través de un inexistente dictamen pericial, ya como lo han hecho con la base suministrada por el testimonio de las actuaciones sumariales en conjunción con las otras probanzas, que es lo que en particular el Juzgado ha realizado según se comprueba justamente dentro de ese mismo considerando tercero, en que dice enjuicia la cuestión de fondo planteada en el escrito de demanda «después de examinar y valorar en su conjunto todas las pruebas practicadas en este juicio», luego de lo cual se refiere más concretamente a la que llama prueba pericial de los folios indicados.

Que, a continuación, ha de examinarse el motivo 7.º, que, por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia el exceso en el ejercicio de la jurisdicción en que, en su tesis, se ha incurrido por el Juzgado y la Audiencia al pronunciarse sobre una acción civil nacida de hechos constitutivos de un delito, con lo cual (a su juicio) se infringe el artículo 1.092 del Código Civil. Motivo que debe perecer, ya que no es cierto que este orden jurisdiccional civil carezca de competencia para conocer de las acciones civiles que nazcan de los delitos y faltas, y antes bien, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 112, permite que el dañado o perjudicado, en ejercicio de su poder de disposición sobre la acción de esa naturaleza, la renuncie o la reserve (lo que habrá, en su caso, de efectuar «expresamente») para «ejercitarla después de terminado el juicio criminal si a ello hubiere lugar»; de suerte que la prioridad de

la jurisdicción represiva, de la que son muestra, entre otros, los artículos 362 y 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 114 de la de Enjuiciamiento Criminal, 4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y número dos del artículo 10 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, condensada en el principio *le penal tient le civil en état*, no comporta sino que los hechos presuntamente constitutivos de delito o falta (infracción penal en general) ha de sujetarse a los órganos jurisdiccionales de ese orden para que una vez depurados establezcan su carácter penal o descarten tal conceptualización, conociendo por conexión fuera de que exista la expresa reserva antes recordada, también de las acciones civiles *ex delicto* (incluso después de la reforma operada en el Código Penal por la Ley 8/1983, de 25 de junio, añadiendo un nuevo párrafo al artículo 20 de dicho Cuerpo legal, cuando dicten sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención de los números 1.º, 2.º, 3.º, 7.º y 10 del artículo 8, en que procederán a declarar las responsabilidades correspondientes, de acuerdo con las reglas que para cada caso se establecen), siempre que las acciones civiles hayan sido ejercitadas conjuntamente con las penales; pero todo esto firme, tanto en los casos de expresa reserva de la acción civil, a que se deja hecha repetida referencia, como en otros en que pudiera pensarse, así los de amnistía y muerte del reo, siempre son los Tribunales civiles los llamados a juzgar de las acciones civiles *ex delicto* como de las de esa naturaleza nacidas de otra fuente cualquiera de las que enuncia el artículo 1.089 del Código Civil, pues, al cabo, la competencia para conocer de esas acciones los órganos jurisdiccionales penales se obtiene por éstos merced a una prórroga por vía de conexión a la causa penal originada por razones de patente economía procesal y efectiva tutela de los derechos e intereses de las víctimas, para lograr la cual se legitima activamente por sustitución al Ministerio fiscal, habilitado incluso para acciones civiles derivadas del contrato de seguro de responsabilidad civil, según la más reciente jurisprudencia; revertiendo las acciones civiles, una vez cesada esa razón práctica para la conexión, a su esfera competencial propia, siguiéndose de lo razonado que no pueda predicarse en el caso exceso atribuible a este orden jurisdiccional civil, habida cuenta de su ámbito competencial objetivo, a tenor del artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y números 1.º y 2.º del artículo 9 de la del Poder Judicial.

Que a continuación procede examinar los motivos que acusan la incongruencia del fallo, o sea, los motivos 4.º y 5.º, acogidos a los números 5.º y 3.º, respectivamente, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los cuales, con cita del artículo 359 de la misma, en relación con el 24 de la Constitución, se denuncia ese defecto.

Que el vicio de incongruencia en sus diversas clases ha de reconducirse, luego de la reforma de la casación de 1984, al número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sustituye a los antiguos números 2.º, 3.º y 4.º, cuyos supuestos se cobijan actualmente en la expresión «infracción de las normas reguladoras de la sentencia», que tiene sede en el nuevo y vigente número 3.º, por lo cual debe tacharse al motivo 5.º del presente recurso de haber errado en la elección del cauce idóneo para formular la tacha a que se refiere, lo cual, sin embargo, no será obstáculo para que se examine y enjuicie.

Que deben desestimarse estos dos motivos por incongruencia, pues si se atiende a su contenido, se comprueba que, al amparo de los ordina-

les 3.º y 5.º, proponen una cuestión, la de la identificación de la acción ejercitada en el juicio con la nacida de los hechos constitutivos del delito sancionado, que nada tiene que ver con la exigencia de que las sentencias hayan de ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos que hayan sido objeto del debate, en lo que la congruencia consiste, planteándose, en rigor, la distinta cuestión de si la acción ejercitada quedó juzgada en el fallo de la sentencia penal o se halla desplazada a la reserva que en la misma se contiene y a la que se acoge la parte demandante, cuestión que es tema de otros motivos del recurso, por lo cual deben ser desestimados estos dos que ahora se enjuician, sin perjuicio de la suerte que merezca la misma cuestión adecuadamente propuesta en los demás.

Que siguiendo el orden lógico, seguidamente han de ser examinados los motivos 2.º y 3.º, que, por el cauce del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, proponen errores en la apreciación de la prueba documental, citándose en el segundo el testimonio de las dos sentencias recaídas en la antecedente causa penal, la emanada de la Audiencia Provincial, 9 de junio de 1978, y la recaída en el recurso de casación ante la Sala II de este Tribunal Supremo, 4 de marzo de 1980, y en el tercero de los motivos el testimonio del sumario de dicha causa penal atinente al informe pericial allí practicado y del cual se extrae la cifra expresiva del patrimonio social y correlativamente del valor de cada acción de la Sociedad Anónima ocasionante de la estafa. Motivos estos dos que deben claudicar porque el juzgador de la instancia no incurre en error alguno de la clase de los de hecho al tener presente los términos, por nadie cuestionados, de las dos sentencias circunstanciadas; no siendo reconducible a ese número la cuestión que propiamente se plantea en estos motivos de si en las repetidas sentencias se juzgó la misma acción ejercitada en el juicio de que el presente recurso dimana, por lo cual haya de ser estimada aquí y ahora la excepción de cosa juzgada; de suerte que, sin perjuicio de la suerte que merezca esta cuestión adecuadamente planteada, deben desestimarse estos dos motivos que la someten a la censura de la casación por cauce manifiestamente erróneo.

Que para el adecuado examen de los restantes motivos, 1.º y 6.º, ambos por el cauce del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ocurre anteponer al mismo las siguientes puntualizaciones: A) Según el relato histórico de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el día 9 de junio de 1978, confirmada, sin otra modificación que la que luego se dirá, por la Sala II de este Tribunal Supremo, en la suya (segunda sentencia) de 4 de marzo de 1980, los aquí litigantes formaban parte de la Sociedad Anónima denominada D., que constituida en 26 de marzo de 1968 con un capital social de diez millones de pesetas, representado por acciones de 50.000 pesetas nominales, estaba integrada en diciembre de 1970, además de por los expresados, titulares de 82 acciones el demandante y 40 el demandado, por Fernando P. C. (8), Segundo-Cesidio M. R. (20) y la también Sociedad Anónima I. (las 50 restantes); en cuyo momento, M., insistiendo en proyectos de venta de la Sociedad (al parecer, existían varias Sociedades eventuales compradoras), «en fecha no concretada de 1970, y probablemente en 21 de diciembre, se reunió en Madrid con Aurelio D. G., Fernando P. C. y Segundo M. R., y con

Benjamín E. P., que había sido titular de una acción y ejercido funciones de Vicepresidente, y después de gestiones rápidas y sin acuerdo cerca de un representante de O., Sociedad Anónima, se reunieron todos como a las once de la noche en una cafetería sita en la zona de Serrano, y una vez en ella Santiago M., que se había resistido a las gestiones de venta realizadas anteriormente, mantuvo que resultaba conveniente que le firmaran los vendís en blanco para que pudiera vender todas las acciones de los presentes a G., Sociedad Anónima, que pagaría más de los 180 millones de pesetas (que, al parecer, ofertaba O.), dándose la circunstancia de que con esta Sociedad había hecho él, directamente, las gestiones. Y como consecuencia de dichas manifestaciones obtuvo M. que le firmaran en blanco y entregaran los señores D. G., P. y M. cada uno de ellos un vendí en blanco, si bien el señor M. posteriormente estando en las oficinas de la Sociedad rompió el vendí que había firmado en blanco, pues sospechó anomalías en la operación»; como consecuencia de ello (sigue diciendo el relato), M. quedó en circunstancias que le permitían vender acciones de D. y de P., lo que efectuó el día 22 de diciembre de aquel mismo año 1970, mediante las siguientes operaciones: 1.ª Operación registrada bajo asiento (del Agente de Cambio y Bolsa que las intervino) 8.284 del registro de dicho Agente en la expresada fecha de 22 de diciembre de 1970, por la cual Santiago M. G. compra 81 acciones de D. de 50.000 pesetas nominales cada una (por tanto, de 4.050.000 pesetas nominales en total), de las que figuraba desembolsado el 25 por 100, figurando como vendedor don Aurelio D. G. por vendí número 154.454, por el precio que se decía convenido de 2.500 pesetas por acción, que dan un total de 202.500 pesetas efectivas, incrementadas por impuestos y pagos a 204.256,25 pesetas. 2.ª Operación registrada bajo el número 8.226 de dicho Agente, efectuada en la misma fecha de 22 de diciembre de 1970, por la cual Santiago M. G. compraba nueve acciones de D., Sociedad Anónima, de 50.000 pesetas cada una, valor nominal totalmente desembolsado (siendo el total de 450.000 pesetas), siendo vendedores don Aurelio D. G. de una de las acciones (la adquirida por éste al señor E. P.) y don Fernando P. C. de las otras ocho; los números de los respectivos vendís eran el 159.454 (coincidente con el del mismo vendedor, señor D. G.) y el 303.437, correspondiente al firmado por el señor P. C.; todo por precio convenido, según se decía, del 20 por 100, que hacía un total de 90.000 pesetas más 850 por impuestos y gastos»; narrando la sentencia que el día 27 de diciembre de 1971, el demandado realizó tres ventas de acciones de D., siendo compradores de 32 de las mismas cada uno de sus suegros y dos cuñados, de que se hace mención. Estos hechos se califican en la sentencia de estafa, definida y sancionada en los artículos 528, número 1, por la cuantía de la cantidad defraudada, y 529, números 5 y 6, ya que por engaño se obtuvieron firmas en blanco y abusando de éstas se compró en nombre propio y no para la Sociedad, que era lo convenido cuando se firmó en blanco. Siendo las cantidades defraudadas (siempre según la sentencia) «las que por el expresado abuso (dice el primero de sus considerandos) quedaron en situación defraudatoria por las operaciones de 22 de diciembre de 1970», o sea, «por lo que hace al señor D. G., el importe es de 50.000 pesetas por una acción, que está en el mismo caso que las anteriores (totalmente desembolsado su capital), y, por otro lado, por el valor de sus bienes aportados, teniendo presente, en relación a sus otras 81 acciones, el 25 por 100 desembolsado, que equivale al 25 por 100 de 4.050.000

pesetas, que son 1.812.500 pesetas. Todo sin perjuicio de lo que se expresa respecto a responsabilidades civiles». Añadiendo la sentencia en el cuarto de sus considerandos y en tema de responsabilidades civiles correspondientes al apreciado delito de estafa, «que en este juicio penal se define el delito con sus consecuencias civiles directas, pero en este caso no se da competencia para enjuiciar las operaciones ulteriores a la comisión del delito consumado el 22 de diciembre de 1970 y realizadas por el culpable con otras personas, Sociedades privadas, Entidades públicas, operaciones o pactos que ocasionaron bien perjuicios, bien beneficios de los que se privó, en su caso, a los defraudados, pero no pueden ser determinados en este juicio oral y sentencia». En el fallo se condena al aquí demandado, como autor responsable del delito de estafa, a la penalidad correspondiente y a indemnizar con 1.012.500 pesetas al aquí demandante, Aurelio D. G. Recurrida en casación la dicha sentencia, la Sala II de este Tribunal Supremo se pronunció sobre el punto de las responsabilidades civiles, desestimando el cuarto de los motivos de fondo del allí formalizado por el aquí demandado (que pretendía reducirla —en referencia al aquí demandante— a la cifra de 400.000 pesetas) y estimó en parte el primero de los motivos del aquí demandante, que pretendía la elevación de la cuantía defraudada a 180.000.000 de pesetas o más, en vez de lo que representa el valor nominal de las acciones de que indebidamente dispuso el procesado, según entendió prudentemente (dice) el Tribunal de Instancia; tesis inaceptable, que no encuentra apoyo (razona) en los hechos probados, toda vez que dichas superiores valoraciones no son reconocidas en ellos como reales y ciertas, sino indicadas meramente como favorables expectativas por el procesado M. en su designio de animar a sus consocios a extenderle en blanco los vendís que apetecía, lo que conduce inexorablemente al fracaso del motivo; si bien (añade), con base en él, habrá de aumentarse forzosamente la cifra indemnizatoria acordada en favor de este recurrente, en la cantidad de 50.000 pesetas, importe de una acción más, a él perteneciente, y de la que se prescinde por olvido en la parte dispositiva de la sentencia impugnada, aunque no en su *factum* y fundamentación, y que por ello, y en tal aspecto, procede decretar la casación de la resolución combatida, a fin de restablecer el equilibrio patrimonial vulnerado por las fraudulentas maniobras del condenado. Consecuentemente, resuelve «haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por el acusador particular, don Aurelio D. G., por estimación parcial del primer motivo, contra sentencia pronunciada por la Audiencia de Madrid el día 9 de junio de 1978, cuya sentencia casamos y anulamos (dice) con declaración de las costas de oficio y devolución del depósito constituido». B) Como ya se deja incidentalmente expresado, el aquí demandante, Aurelio D. G., actuó en la causa penal constituido en parte como acusador particular y actor penal y civil, solicitando indemnización de los daños y perjuicios producidos por el delito de estafa en cuantía (la indemnización) de 66.498.146 pesetas (que es la que expresa el tercero de los resultados de la sentencia de la Audiencia: «En vía civil pidió que los procesados (además de M., el Agente de Cambio J. R. Ruiz-Gómez y Segundo-Cesidio M. R.) solidariamente abonaran a su patrocinado Aurelio D. G., 66.498.146 pesetas», dice el Procurador; solicitud que, al parecer, elevó en algún otro momento del juicio a los 180 millones de pesetas a que se refiere la Sala II del Tribunal Supremo; recayendo a la petición de indemnización el fallo de la segunda sentencia subsiguiente

a la parcial estimación del motivo del acusador particular y que es, luego de confirmar «en todas sus partes la sentencia recurrida», «el único aditamento de señalar como indemnización de perjuicios a percibir por Aurelio D. G. la cantidad de 1.062.500 pesetas». C) Que en la sentencia de la Audiencia de 9 de junio de 1978, al pronunciamiento condenatorio a la indemnización luego rectificadora, como se ha dicho, por la segunda sentencia del Tribunal Supremo, se añade: «Sin menoscabo de los derechos de estos dos perjudicados (D. y P.) para exigir beneficios o abono de perjuicios por las operaciones posteriores al delito, incluso con intervención de otras personas, Sociedades o Entidades». D) En la demanda origen del juicio de que el presente recurso dimana, se expresa que el objeto del mismo será la «determinación de daños y perjuicios producidos como consecuencia de actos realizados de carácter penal sobre los que ya ha sido condenado (el demandado), y en cuyo procedimiento se reservan a esta parte las acciones civiles correspondientes»; viniendo (tras narrar los antecedentes de la causa penal) a concretarlo en «solicitar el pago del valor de nuestras acciones que tenían al momento de producirse el despojo de las mismas a su propietario» («hecho» XIX); insistiéndose (en el XXI) en «que se trata de una demanda solicitando el pago de daños y perjuicios producidos como consecuencia de un acto ilícito», y en «que según resulta de repetido estudio e informe (se refiere al informe pericial existente en el sumario de la causa penal), el valor de cada acción era de 810.953 pesetas, y siendo propiedad del hoy demandante las 82 acciones de la Sociedad D., Sociedad Anónima, consistentes en las números 1 a 81, ambas inclusive, y la número 192, es claro que el importe total del valor que debe ser indemnizado es de pesetas 66.498.146, puesto que nuestra pretensión se concreta a reclamar única y exclusivamente el valor de las acciones al momento de producirse el delito». Explicando en los «fundamentos» de Derecho, que (cuarto) «se trata, por ende, de un acto ilícito penal ya sancionado y que en la actualidad afecta al orden general de Derecho..., un perjuicio que en su aspecto penal ya ha sido sancionado, pero en el orden civil ha de ser determinado y cuantificado como las mismas sentencias penales determinan, por la autoridad civil»; «de lo que se trata (quinto) no es de discutir el derecho a la indemnización, sino de determinar ésta, señalando el *quantum* de la misma»; «en el caso que nos ocupa se trata de cuantificar el importe de la indemnización, y al efecto éste ha de referirse al momento en que se cometió el delito»; «... la situación de la Sociedad en aquel momento en que se produjo el delito, su activo permitía valorar las acciones en la cantidad que lo hace y, por tanto, ésa es básicamente la cifra que se solicita como importe de los daños y perjuicios ocasionados a lo que tenemos derecho, conforme a la sentencia penal» (sexto). Solicitando, en fin, «se dicte sentencia por la que se declare haber lugar a la reclamación de daños y perjuicios y determinar éstos en la cuantía contenida en el informe emitido por los señores peritos mercantiles y que en su día se unió al sumario, de su razón, y cuya cantidad se determinará en ejecución de sentencia». E) La indemnización de 1.062.500 pesetas decretada en la sentencia penal parece (vuelta del folio 252) pagada por el en la misma condenado y aquí demandado.

Que los hechos constitutivos de infracción penal (delito o falta) y merecedores por ello de reproche penal, pueden ser también la fuente de obligaciones civiles a que se refieren los artículos 1.089 y 1.092 del Código Civil,

categoría de obligaciones que se gobierna por el peculiar régimen a que el últimamente citado artículo se refiere y que principalmente se halla en el Código Penal (arts. 19 y sigs. y 101 y sigs., en relación con el 1.092 del Civil); obligaciones las *ex delicto* que propiamente no nacen del delito, sino de los hechos que lo constituyen y en cuanto originadores de la restitución de la cosa o de la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible (arts. 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 101 del Código Penal), sin cuyos efectos patrimoniales o morales, la acción u omisión en que la infracción penal consiste no acarrea otro efecto propio que la imposición de la pena y sin que sea correcto confundir la redundancia en la esfera jurídico-privada en aquélla consistente y sobre la cual se reconoce a su titular el poder de disposición, con la lesión jurídica que el delito significa y que el cuerpo social asume como propia, aun cuando la personifique el agraviado u ofendido, mas sin que caiga bajo la disponibilidad de éste.

Que para la efectividad de la responsabilidad civil originada por los hechos que constituyen el objeto de la causa penal, el sistema de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los artículos 100 a 117 (título IV del libro I, «De las personas a quienes corresponde el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y de las faltas»), consiste esencialmente en que los perjudicados no tienen necesidad de mostrarse parte en la causa (artículo 110) para que (art. 112) se entienda aun en su ausencia del proceso que se hallan ejercitadas las acciones civiles, encomendadas en ese supuesto al Ministerio Fiscal, que ha de ejercitarlas (arts. 105 y 106) por vía de sustitución y en interés de aquéllos; de lo que se sigue la consecuencia de que cuantas acciones civiles tengan cabida en el proceso penal se han de entender ejercitadas en él y por lo mismo juzgadas en el fallo condenatorio, con efectos siempre consuntivos de todas ellas.

Que si ello acaece, como se deja dicho, en los supuestos en que los titulares de las acciones civiles se mantienen fuera del proceso penal sin renunciarlas ni reservarse su ejercicio, separado de la causa penal y en la vía civil, luego de que aquélla concluya por alguno de los modos prevenidos. sube de punto si, como en el caso que se enjuicia, acaece de modo distinto merced a que el perjudicado, amparado en los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se constituye en parte dentro del proceso penal, y oficiando en él como acusador particular y actor penal y civil, ejercita personal y expresamente acción civil tan incuestionablemente derivada de los hechos incriminados como que consiste en la reclamación del importe de la defraudación apreciada, representado por el valor de las acciones sociales al día en que dispuso de las mismas el demandado, siendo esto lo que reclama, o sea, el mismo dato que, formando parte del tipo penal, sirve de baremo para la punición; lo que se transparenta en que en la causa penal, según las antecedentes puntualizaciones, se solicitó, con base en la misma pericia que ahora en el juicio civil, el mismo importe que ahora, reproduciéndose así fidelísimamente aquella pretensión indemnizatoria, olvidando que ya se había juzgado esa misma pretensión, identificada por los elementos personales, el allí acusador y aquí demandante, contra el allí procesado y acusado y aquí demandado, por su objeto, uno y el mismo, el valor de las acciones sociales, y por el fundamento, que no pasa de ser la misma actividad del demandado que constituye el relato histórico de la ejecutoria penal. Como quiera que, según se dejó expuesto, esa pretensión ya fue juzgada

por otra Sala de este mismo Tribunal Supremo, la cual la satisfizo condenando al demandado al pago al demandante de 1.062.500 pesetas y descartando hacerlo en la misma cuantía que ahora pide, el pretenderse en el juicio civil obtener una elevación hasta la misma cifra de 66.498.146 pesetas equivale a tanto como pedir que los Tribunales civiles suplan las deficiencias o rectifiquen las omisiones que hayan podido cometerse en pronunciamientos sometidos a los de lo criminal con facultades que le son privativas.

Que la reserva de acciones que contiene la Sentencia de la Audiencia Provincial de 9 de junio de 1978 se refiere, según expresa, a las enderezadas a «exigir beneficios o abono de perjuicios por las operaciones posteriores al delito, incluso con intervención de otras personas, Sociedades o Entidades», con antecedente en el cuarto de los considerandos, que alude a «las operaciones ulteriores a la comisión del delito consumado el 22 de diciembre de 1970 y realizadas por el culpado con otras personas, Sociedades privadas, Entidades públicas, operaciones o pactos que ocasionaron bien perjuicios, bien beneficios, de los que se privó, en su caso, a los defraudados, pero no pueden ser determinados en este juicio oral y sentencia»; sin que obviamente entre, pues, en la reserva recordada el «solicitar el pago del valor de sus acciones que tenían al momento de producirse el despojo de las mismas, y que era coincidente con la estimación del contenido del informe de los profesores mercantiles» (segundo considerando del Juzgado de Primera Instancia, asumido por la Audiencia), concediendo «en base a la prueba pericial que aparece a los folios 185 al 235 y 308 al 333 de autos» «y valorando las 82 acciones que poseía el actor, a la suma de 810.953 pesetas por acción», en lo que insiste la sentencia que el presente recurso impugna, al décimo de sus propios considerandos: «se desprende que el perjuicio causado al apelado es el importe del valor de las acciones en la fecha de la comisión del acto antijurídico, el 22 de diciembre de 1970, el que ascendía a 810.953 pesetas por acción, que multiplicado por el número de ellas, que era 82, da un producto que es la cantidad estimada en la parte dispositiva de la sentencia recurrida de 66.498.146 pesetas». Aparte lo cual es constante doctrina de esta Sala, tan reiterada que es ocioso citarla, la de que las reservas de acciones en favor de los litigantes no dan ni quitan derecho y no pueden servir de base a un recurso de casación, pues carecen siempre de virtualidad jurídica y son procesalmente ineficaces.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE COMPROMISO: EXIGENCIA DE ESCRITURA PUBLICA
(SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Pactada y hecha la separación matrimonial entre ambos contendientes en documentos privados, el marido, hoy recurrente, se obligó a entregar a su esposa (en el pacto de división de bienes gananciales) un piso de los

varios que se construirían en el solar que correspondió a dicho marido, siempre que se autorizara a construir diez u once alturas (lo que se obtuvo), todo ello como compensación de los beneficios que aquél obtuviera. En otra cláusula del documento se añadió al final: «con ratificación expresa de su total contenido; con previas aclaraciones en su caso y de árbitros o amigables componedores, se firma el presente .». En posterior documento se acuerda que «insisten y se ratifican en que cualquier duda, cuestión o problema que surja respecto a la interpretación de tal documento o la posterior actuación de ambos, se resolverá en la vía puramente privada y amistosa». Es preciso e interesante añadir que el marido ejerce la profesión de Procurador de los Tribunales.

La sentencia de Instancia, confirmatoria de la de primer grado, estima la demanda de la esposa y condena al marido a poner en posesión de aquélla uno de los pisos que le puedan corresponder al mismo al cesar en la indivisión (la construcción del inmueble fue obra de varios).

Doctrina de la Sala.—Para combatir tal fallo se alega en el primer motivo del recurso interpuesto por el marido, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación del artículo 1 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 sobre arbitrajes de Derecho privado, entendiéndose que se debió aplicar el mismo por la Sala de Instancia, dado que las partes habían pactado una cláusula de sumisión a tal arbitraje, excluyendo el problema de la jurisdicción ordinaria civil. Por tal cláusula se entienden las expresiones antes entrecomilladas en el fundamento primero. Al ser ya opuestas como excepción en el pleito, fue ésta rechazada en ambas instancias con el fundamento de no haberse cumplido lo dispuesto en la Ley citada, es decir, la constancia del pacto en escritura pública, voluntariamente, o bien mediante la formalización judicial del compromiso (arts. 9, 10 y 11 de la Ley de 1953) de las cláusulas citadas, en el caso de que pudieran ser calificadas, con muy buena voluntad, como contrato preliminar del artículo 7 de la citada Ley.

No sólo es cierto, como afirman los Jueces de Instancia, que las expresiones citadas como cláusula de compromiso son imprecisas y nada explícitas, y lo hubieran podido ser dada la profesión del marido contratante, sino que, como también añaden, no pueden tener la eficacia que ahora se pretende por contravenir lo dispuesto en los artículos 6, 8, 9 y 16 de la Ley citada, según ya reiterada jurisprudencia ha dicho en supuestos análogos, de lo que es elocuente muestra la Sentencia de 6 de octubre de 1983, al declarar que el contrato de compromiso habrá de formalizarse necesariamente en escritura pública, sin que el extendido en documento privado tenga otra eficacia que la de permitir a las partes a compelirse para la formalización judicial de lo convenido (art. 16), quedando sin efecto lo pactado en el caso, como el presente, de que las partes no hayan hecho uso de esa facultad o no hubieran formalizado espontáneamente lo convenido otorgando escritura pública. Estas razones obligan, consiguientemente, a desestimar el motivo.

EJECUCION DE SENTENCIA: DECLARACION Y CONDENA (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Dictado Auto por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada en 8 de abril de 1983, que al confirmar el de 4 de septiembre de 1979 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Málaga, ratificó el proveído en este mismo Juzgado de 19 de julio anterior, que en ejecución de la sentencia recaída en el procedimiento de mayor cuantía a que se refiere, dispuso se requiriese a la Entidad «PESA» para que en término de quince días hiciese efectiva al actor, en aquel procedimiento, la suma de 23.673.187,26 pesetas; por la representación de la citada Entidad demandada se interpuso el presente recurso sosteniendo en los motivos articulados, con base en el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la resolución recurrida, al mantener el proveído que mandó requerir a la recurrente en los términos dichos, resuelve contra lo ejecutoriado y va más allá de lo decidido en la sentencia de cuya ejecución se trata, cayendo así, dice el recurrente, en los dos supuestos que aquel artículo 1.695 de la Ley Procesal Civil contempla a efectos de fundar el recurso de casación; tesis que ha de ser rechazada, con el consiguiente perecimiento de los dos motivos en que se desarrolla, toda vez que la sentencia en cuestión al decir, literalmente en su parte dispositiva, que existe la obligación, sin el carácter de solidaria, de «PESA» de atender al pago del crédito aludido (se refiere al del Banco demandante contra los codemandados deudores) sólo hasta la cantidad de 23.673.187,26 pesetas; no se limita, como la mercantil recurrente pretende, a declarar sin más la existencia de una situación jurídica preexistente, sino que rebasando tan mera declaración y como consecuencia del juicio lógico sobre la conformidad esencial entre la pretensión y el Derecho objetivo, impone a la parte una determinada prestación, un concreto hacer, consistente en acoger favorablemente o satisfacer la suma adeudada hasta el límite que el propio mandato judicial especifica, ya que a ello equivale la literal expresión de atender el pago ordenado, cuyo sentido patentiza que deba considerarse condenatoria la sentencia que en tales términos se pronuncia, con la consecuencia de legitimar frente al condenado que no atendió lo ordenado (art. 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) al requerimiento que la providencia originaria contiene, sin perjuicio de que, a la vista del resultado del requerimiento y de las alegaciones, en su caso, del requerido, el Juez se pronuncie acerca de los términos en que la conducta del condenado ha de llevarse a cabo para satisfacer la pretensión que el ejecutante solicita sin desbordar el contenido total de la sentencia que impuso a aquél el acto material de atender el pago.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: OBLIGACION DEL ARRENDADOR DE ASEGURAR EL GOCE DE LA COSA. PRESCRIPCION DE LA ACCION DEL ARRENDATARIO. RENTAS DEVENGADAS DURANTE EL PLEITO (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Sánchez Jáuregui.

Doctrina de la Sala.—En el primer motivo del recurso, con amparo procesal en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción (de aplicación al caso), se tacha a la sentencia recurrida de haber violado por inaplicación el párrafo 2.º del artículo 1.968 del Código Civil, por entender el recurrente que la acción ejercitada por el actor y aquí recurrido, deduciendo pretensión de indemnización de daños y perjuicios, había prescrito por el transcurso de un año que la norma que se supone vulnerada establece para la prescripción de la acción derivada de las obligaciones a que se refiere el artículo 1.902 del Código Civil; motivo de procedente rechazo, habida cuenta de que si bien en los fundamentos de Derecho de la demanda se contiene una lacónica cita de dicho artículo 1.902, lo que resulta de los hechos alegados en la misma, a los que presta sustancial conformidad el demandado, es que éste arrendó al actor un local de negocio con fecha 1 de diciembre de 1973 y que lejos de mantener al locatario en el goce pacífico de la cosa arrendada, destinada a la explotación de una industria de bar-restaurante, a partir de finales del año 1975 comenzó a privarle del suministro de agua e igualmente y de forma esporádica de la corriente industrial, así como del gas, por estar radicada la toma de tales suministros en un conjunto de apartamentos de la propiedad del arrendador, determinando todo ello que el arrendatario tuviera que cerrar el restaurante en abril de 1976, de todo lo que aparece un claro incumplimiento por parte del arrendador no sólo de la obligación contractual de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada, que la preceptiva contenida en el número 3.º del artículo 1.554 del Código Civil le imponía, sino también una contravención del tenor de la obligación que el artículo 1.101 del propio Código sanciona con las consecuencias indemnizatorias postuladas en la demanda. En definitiva, guardando el debido acatamiento al componente fáctico que sirve de fundamento a la pretensión ejercitada en la demanda y a la sustancia de lo pedido, no puede predicarse, como ya hizo constar la parte actora en su escrito de réplica, que la acción ejercitada se basara en obligación de indemnizar nacida de culpa o negligencia de carácter extracontractual, por lo que, cualquiera que sea la fortuna con que la sentencia del Juzgado se expresa para desestimar la excepción de prescripción, la realidad es que la norma de aplicación al respecto es la contenida en el último inciso del artículo 1.964 del Código Civil, en cuanto estatuye que las acciones personales que no tengan señalado término especial prescriben a los quince años, precepto que al ser de aplicación al caso controvertido determinaría de casarse la resolución, impugnada, al pronunciarse segunda sentencia, igual fallo desestimatorio de la excepción dicha.

Por la vía del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y acusando error de Derecho en la apreciación de la prueba, se

denuncia por el recurrente la violación, por inaplicación, del párrafo 1.º del artículo 1.232 del Código Civil, con base en la alegación de que la sentencia recurrida no había reconocido el alcance probatorio que correspondía a lo aseverado por el actor al contestar la posición cuarta de las que en confesión judicial le fueron formuladas, en el sentido de que el restaurante se cerró en el mes de abril de 1976, fecha que en relación con la indemnización de daños y perjuicios reclamados en la demanda debía servir como raíz de inicio para el cómputo de los ocasionados al demandante en relación a los producidos en los rendimientos que la explotación de la industria proporcionaba al arrendatario, entendiéndose el recurrente al hilo de esta argumentación que la fecha 15 de diciembre de 1975 tenida en cuenta por la sentencia recurrida como inicial, al efecto de determinar el montante cuantitativo de los meritados perjuicios, contradecía lo reconocido por el presunto perjudicado en su confesión judicial. El motivo no puede prosperar, ya que el hecho de que el restaurante se cerrase el día 5 de abril de 1976 es punto no debatido en la instancia, reconocido en la demanda y en el escrito de réplica, no requiriendo, por consiguiente, la fijación de este hecho, a efectos de casación, la articulación de motivo de clase alguna, siendo cuestión distinta las consecuencias que del mismo hayan de deducirse al respecto de la determinación de los perjuicios sufridos por el demandante a partir del día 15 de diciembre de 1975, pues la clausura del restaurante fue debida a las trabas que, cuales la privación del suministro de agua, cortes intermitentes del fluido eléctrico e impedimentos puestos al suministro de gas, venían dificultando, cuando menos, su normal explotación, todo ello debido a una actuación del arrendador recurrente iniciada en diciembre de 1975, lo que hace que los perjuicios sufridos por la actuación del mismo no puedan, como se pretende en el motivo, situarlos en la fecha en que el cierre se produjo, con alcance cuantitativo cuya apreciación no deriva de lo reconocido por el demandado en confesión judicial.

Conforme a lo expresamente postulado en el suplico de la demanda, tanto la sentencia recurrida como la del Juzgado fijan la cuantía de los daños y perjuicios indemnizables al actor, en razón a la actuación del demandado, con concreta referencia a los originados en el período de tiempo comprendido entre el 15 de diciembre de 1975 y el 15 de diciembre de 1976, señalando el alcance pecuniario de dicha indemnización en la cantidad que estiman justa, siendo obvio, por ello, que la sentencia recurrida al proceder así no interpretó erróneamente la preceptiva contenida en el artículo 1.106 del Código Civil, cuya vulneración, con amparo procesal en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa en el tercer motivo del recurso, pues la interpretación errónea de una norma jurídica deriva de concederle un alcance que el contenido de su texto no autoriza, vicio en el que no incidió la resolución impugnada al concretar el montante cuantitativo de una indemnización derivada de una correcta aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil, por lo que procede la desestimación del motivo.

Reclamadas por el demandado en demanda reconventional y en su calidad de arrendador del local de negocio donde radica la industria de restaurante del arrendatario y actor principal, rentas debidas por éste en cuantía de 550.000 pesetas correspondientes a once mensualidades comprendidas entre los meses de abril de 1980 hasta febrero de 1981, ambos inclusive, la sentencia recurrida, en aseveración fáctica no atacada

en este trámite de casación, declara acreditado que el referido arrendatario había satisfecho las rentas a cuyo pago estaba obligado hasta la que debía hacer efectiva en diciembre de 1980, y con respecto a las también reclamadas de enero y febrero de 1981, establece que «llevando la principal de esta litis la fecha de 20 de noviembre de 1980, y siendo la fecha de reparto el 2 de diciembre del propio año, es claro que (el arrendatario) nada adeudaba por rentas». Contra la denotada última conclusión y la argumentación que le sirve de fundamento, se alza el cuarto motivo del recurso, denunciando por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación, por inaplicación, del número 1.º del artículo 1.555 del Código Civil, que impone al arrendatario la obligación de pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos, y como quiera que a la fecha de la presentación de la demanda reconventional estaban devengados y no satisfechas las rentas correspondientes a los meses de enero y febrero del año 1981, el motivo ha de ser acogido, al ser inadmisibile la tesis mantenida por la resolución impugnada en el sentido de que la existencia de la deuda hay que referirla a la fecha de la presentación de la demanda principal, con olvido de que la reconvencción que articuló el aquí demandado entrañaba el ejercicio de una acción que, aunque relacionada con lo que era el tema principal de la controversia, tenía sustantividad propia, por lo que con respecto a los derechos que asistieran al arrendador frente al arrendatario y la posibilidad de su ejercicio, no se podía establecer una preclusión que impidiera reclamar los originados con posterioridad a la fecha de la demanda.

RICARDO DE ANGEL

CHEQUE: ACCION DEL TENEDOR CONTRA EL LIBRADOR. INCONGRUENCIA: NO EXISTE (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Eduardo Fernández Cid.

Constituyen elementos fácticos que han quedado incólumes, a los efectos de la casación, por probados y no combatidos en forma, con virtud aclaratoria sobre el tema debatido, los siguientes: A) «GSA» y don Francisco V. R. otorgaron contrato, el 6 de febrero de 1975, mediante el cual dicho señor se comprometía a vender los productos de aquella Entidad en Ciudad Real y su provincia, percibiendo en contraprestación las comisiones pertinentes, incrementadas en sus porcentajes, dado que, según la cláusula quinta, «... el comisionista responde ante la comitente del buen fin de las operaciones, de tal forma que si las facturas resultan impugnadas a su fecha de cobro, la comitente procederá a cargar su importe en la cuenta del comisionista, haciéndole al propio tiempo cesión del crédito de forma definitiva» (*sic*). B) El cliente don Domingo P. M., para pago de las operaciones realizadas, entregó a nombre de «GSA» un cheque contra su cuenta en el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Oficina de... (Ciudad Real), datado en 20 de octubre de 1977, que «GSA» entregó, para su compensación y abono en cuenta, al Banco de Bilbao de Jerez, en 21 de octubre de 1977, y al resultar impagado lo endosó

a don Francisco V. R., con la cláusula valor en cuenta, en 29 de diciembre de 1977, cargándole su importe y los gastos de la operación. C) Resuelto el contrato de comisión en 19 de junio de 1979, como consecuencia de la operación dicha y verificada la oportuna liquidación, «GSA», mediante demanda de 26 de marzo de 1980, reclama se condene a don Francisco V. R. al pago de 507.289,54 pesetas, solicitando éste, en su contestación de 22 de abril de 1981, se desestime la demanda en todas sus partes, alegando, en esencia, el actuar negligente de «GSA», que hace improcedente la aplicación de la cláusula quinta del contrato al supuesto debatido, argumento que reitera en dúplica y conclusiones. D) El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jerez dicta sentencia absolutoria, señalando la licitud de la cláusula quinta y la no exoneración de pago para el comisionista por la negligencia alegada, si bien considera que la reclamación exigía, como condición previa, la prueba de haberse cedido definitivamente el crédito, lo que suponía la remisión del talón, que estima acreditada, más un poder notarial para que el comisionista, por la vía elegida como más conveniente, pudiera llevar a cabo el cobro de su importe. E) Recurre «GSA» y alega incongruencia en la resolución del Juez de Primera Instancia, por entender que las exigencias de cesión del crédito y otorgamiento de poder no se habían planteado por la parte en los escritos fundamentales del pleito, razonamiento que acoge la Audiencia Territorial de Sevilla, sentando que el tema no se había abordado en momento procesal oportuno y que al saldo reclamado no se había respondido con el señalamiento de otro, sino con una negativa genérica, no obstante lo cual el comisionista siguió realizando gestiones cerca del cliente para obtener el pago; revoca la sentencia y condena a don Francisco V. R. al pago de la cantidad reclamada.

Doctrina de la Sala.—El primer motivo del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa interpretación errónea por parte de la Audiencia Territorial del artículo 359 de la propia Ley, en relación con los artículos 330, 524, 540, 548 y 670 de la misma, y artículo 1, 7, del Código Civil, y 372, 3, nuevamente de la Ley Procesal, pero en el mismo motivo señala como la incongruencia tiene acceso a la casación por los números 2.º y 3.º del precepto citado inicialmente; habla de la indagación jurídica del fundamento de las pretensiones de las partes; de obligación positiva, de conocimiento y aplicación de normas; de dualidad de fuentes; de los puntos de derecho fijados por las partes, y además de ellos y sin sujeción a ellos...; de que la pretensión del señor V. R. es inequívoca; de que no hay incongruencia en la apreciación llevada a cabo por el Juzgado de Primera Instancia, e incluso llegó a afirmarse, en el acto de la vista, que es la sentencia de la Audiencia Territorial la que *aplica indebidamente* el concepto de incongruencia. Todo se formula de manera tan confusa, tan vaga, tan falta de claridad, sin cita, en preceptos de varios párrafos, de cuál de ellos ha sido infringido, con otra de normas legales tan heterogéneas (Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil), que se incide en la causa de inadmisión del apartado 4.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 1.720 del propio texto legal, transformada en el presente momento procesal en causa de desestimación, cual tiene señalado con reiteración esta Sala; y no basta citar uno cualquiera de los párrafos del artículo 1.692, sino que el citado ha de ser el que concretamente ampare las alegaciones del recurrente, de manera tal que si se mantiene que la

sentencia de la Audiencia no es congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandado, el número a invocar tenía que haber sido el 2.º, y si se afirma que el fallo no contiene declaración sobre alguna de sus pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, el número 3.º, pero en ningún caso el párrafo 1.º, cuando se achaca en unos casos interpretación errónea y en otros aplicación indebida del artículo 359 de la Ley Procesal.

El segundo motivo del recurso pretende ampararse en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del artículo 1.214 del Código Civil, en relación con los artículos 1.091, 1.256 y 1.258 del texto sustantivo; lo primero, porque la Audiencia sienta que el comisionista no alegó en tiempo hábil la falta de cesión por el comitente del crédito perjudicado y el otorgamiento de poderes a su favor para proceder al cobro, siendo así que tenía que haber examinado si el demandante (comitente) había probado la cesión del crédito, cual le correspondía por ser elemento constitutivo de su pretensión, sin exigir al demandado la alegación y prueba de que el crédito no se le había cedido, lo que significa inversión de la carga probatoria; lo segundo, porque la cláusula quinta del contrato de 6 de febrero de 1975 era vinculante para las partes (artículos 1.091 y 1.256), en los términos del artículo 1.258 del Código Civil. Tampoco cabe su estimación, al existir múltiples razones para ello: el hecho afirmado por la Audiencia no se ha combatido en forma adecuada; el artículo 1.214 del Código Civil no contiene normas sobre valoración de prueba; la doctrina del *onus probandi* sólo entra en juego cuando en autos haya carencia de prueba, pero cuando ésta existe no importa quién la haya aportado; el talón endosado por el comitente al comisionista se encontraba en poder del mismo, que lo presentó con su contestación a la demanda sin atacar la validez de la cláusula de transmisión; el tenedor del cheque conserva su acción contra el librador, aunque lo presente al cobro fuera de los plazos legales, pues sólo la pierde si la provisión de fondos hecha en poder del librado desapareciese porque éste suspendiese pagos o quebrase (art. 537, 2.º), y aunque se presente fuera de plazo, el librado debe pagar siempre que tenga provisión de fondos disponibles; si el señor V. R., que se quedó con el talón, no estaba conforme con la cláusula de endoso, bien pudo pedir la transferencia del crédito, como no endosable, en la manera prevista por el artículo 347 del Código de Comercio; la cesión del crédito no requiere, como forma necesaria, la remisión del talón (aunque esto se llevó a cabo) y el otorgamiento de poder notarial; la Audiencia no ignoró los artículos 1.091 y 1.256 del Código Civil, con el alcance del artículo 1.258 del propio texto legal, antes bien, la buena fe, el uso, la Ley y la naturaleza de la obligación lo que no explican es la conducta del demandado, que recibiendo el talón en 29 de diciembre de 1977, no mostró su disconformidad hasta el momento de contestar a la demanda.

RICARDO DE ANGEL

MANDATO: RELEVACION DEL DEBER DE RENDIR CUENTAS: NO EXISTE (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Impugnada la Sentencia de lo Civil de la Audiencia de Zaragoza de 22 de febrero de 1984, que al confirmar la apelada procedente del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de dicha capital, condenó al demandado a rendir cuentas justificativas de cuantas gestiones y operaciones realizó en los negocios del actor desde la fecha de su apoderamiento por éste hasta el día en que el mandato le fue notarialmente revocado, el recurrente basa su acción impugnatoria en el único motivo del recurso, que formula al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en infracción por falta de aplicación en la Instancia de la doctrina legal que cita relativa a la facultad del poderdante para relevar al Apoderado de la obligación de rendir cuentas, tesis que además de ser propuesta extemporáneamente, puesto que en ningún momento del pleito el demandado recurrente alegó en la oportuna fase estar relevado de la obligación de rendir cuentas a su mandante, con lo que el motivo suscita una cuestión nueva inaccesible a la casación, según constante doctrina jurisprudencial, es formulada sobre la base de deducir la supuesta relevación de una serie de circunstancias personales y familiares que, en modo alguno, cabe oponer al mandato claro y terminante del artículo 1.720 del Código Civil, en el que las sentencias de Instancia basan, con todo acierto, la obligación que impone al recurrente condenado.

RICARDO DE ANGEL

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION: NO CABE INDEMNIZACION A QUIEN HA INCUMPLIDO. INTERESES: DESDE LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA, POR TRATARSE DE RECLAMACION DE CANTIDADES LIQUIDAS Y EXIGIBLES, AUNQUE SE ESTIME LA PETICION RECONVENCIONAL DE PAGO DE INDEMNIZACION (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Sánchez Jáuregui.

El tema controvertido en orden a la reconvencción articulada por la recurrente se circunscribe a determinar si la Entidad actora y demandada por la reconvencción, «SLAC», incumplió la obligación que le incumbía de prestar ayuda técnica para la completa fabricación en España por «M.» de unos determinados paneles catalíticos, estableciendo la resolución impugnada en el tercero de sus considerandos, que en el contrato de 2 de mayo de 1973 se abrigó la posibilidad de una ulterior y directa fabricación por «M.» de los catalizadores en España, para lo cual, la contratante «SLAC» se comprometería a prestar la tecnología y asistencia necesarias,

pero concluyendo que «M.» para poder fabricar catalizadores con medios propios debería dotarse, según conclusión sentada en prueba pericial, que la sentencia recurrida hace suya, «de medios técnicos adecuados para ensayar, desarrollar y fabricar catalizadores, que es un proceso eminentemente químico», lo que requería, según expresa el perito, una costosa inversión, sentando, en definitiva, el pronunciamiento judicial impugnado que «si 'M.' jamás cumplió con la actividad y aportación de medios materiales que exclusivamente le correspondía, pese a las reiteradas advertencias y buena voluntad demostradas por la contraparte, quien incluso llegó a enviar un presupuesto para impregnación de las napas de silicio en España, mal podía achacarse a la hoy actora-reconvenida el pretendido incumplimiento o fracaso de aquellos designios contractuales».

Doctrina de la Sala.—En el primer motivo del recurso, por la vía del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción, de aplicación al caso, se acusa la violación por la sentencia recurrida del artículo 1.253 del Código Civil, con base en la argumentación de que la misma había basado su fallo desestimatorio de la reconvencción articulada, ejercitando la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, en la aplicación de la prueba de presunciones. El procedente rechazo del motivo lo determina la doble circunstancia de que, de una parte, la resolución impugnada, como se aprende de lo argumentado en el fundamento de Derecho que antecede, establece sus conclusiones basándose en apreciación de pruebas directas, y de otra, porque destacando como primordial la resultancia de la prueba pericial, era indispensable que por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusara un error de Derecho en la apreciación de la misma, y, en último término, porque de lo aseverado por el perito no es irracional deducir, aplicando las reglas de la sana crítica, que «M.» dio muestra de su actitud incumplidora al no iniciar siquiera el montaje de la estructura que le permitiría fabricar, con la asistencia técnica de la Entidad recurrida, el catalizador a que las presentes actuaciones se contraen.

Al ser incierto, por lo precedentemente argumentado, que la sentencia recurrida fundamentara su fallo en la interpretación del contenido de la cláusula 11 del contrato de 2 de mayo de 1963, decae el segundo motivo del recurso, en el que, por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación del artículo 1.285 del Código Civil, aparte de que el precepto dicho no pudo ser vulnerado por la sentencia recurrida al sentar que la cláusula o artículo 11 del contrato, al establecer que «el programa de avance de la construcción en España de los materiales objeto del presente contrato se determinará por las solicitudes del mercado español», contenía una prevención lógica en orden a una determinada actividad de los contratantes, que «M.» ni siquiera había iniciado en lo que le correspondía, no conlleva interpretación ilógica de clase alguna de la meritada cláusula contractual.

El motivo tercero del recurso, con igual amparo procesal que el anterior, tacha a la resolución impugnada de haber violado el artículo 1.101 del Código Civil, en relación con los 1.091, 1.124, 1.156 y 1.258 del mismo Cuerpo legal, imponiéndose su rechazo al fundamentar la infracción que acusa en la circunstancia de que la referida sentencia no acogiera la pretensión indemnizatoria ejercitada con la reconvencción, dado el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Entidad actora y reconvenida,

por ser tal afirmación contraria a las conclusiones establecidas por la Sentencia de la Audiencia, inalteradas en este trámite de casación a virtud de la desestimación de los dos motivos precedentemente analizados.

Por la vía del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia en el cuarto motivo, la violación de la doctrina legal contenida en las sentencias citadas en el mismo, que, según tesis de la recurrente, establece en interpretación de la preceptiva contenidas en los artículos 1.101 y 1.108 del Código Civil, que cuando la resolución judicial condena a menor cantidad de la pedida, el pronunciamiento de condena respecto a intereses legales devengados por la misma sólo es dable establecerlo a partir de la fecha de la sentencia y no desde la interposición de la demanda, y si bien es cierta la doctrina legal que se pone de relieve por la recurrente, no lo es menos que en el caso enjuiciado en las presentes actuaciones la entidad actora reclamó de la demanda cantidades líquidas y exigibles, estimándose la procedencia de su abono y que la circunstancia de que también prosperara otra pretensión de igual carácter deducida reconventionalmente por la demandada, no era óbice para que, como lo verificó la sentencia recurrida, en los pronunciamientos estimatorios de la demanda principal y de la reconventional, se condenara al propio tiempo al pago de los intereses legales devengados desde la interposición, respectivamente, de la demanda y reconvencción, siendo cuestión distinta la de que una vez fijado el montante cuantitativo de cada una de las condenas se estableciera compensación determinante de lo que la acreedora por mayor entidad pecuniaria había de percibir en definitiva, lo que de ninguna manera significaba otorgarle menos de lo que había pedido, de todo lo que resulta el precedente rechazo del motivo.

RICARDO DE ANGEL

INTERPRETACION DEL CONTRATO: CRITERIOS (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Ramón López Vilas.

Doctrina de la Sala.—El presente recurso se articula en dos motivos en los que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su anterior redacción vigente al tiempo de interposición del recurso, el recurrente combate la Sentencia de la Audiencia denunciando respectivamente la infracción, en concepto de violación por inaplicación, de los artículos 1.288 y 1.282 del Código Civil. Es doctrina jurisprudencial de la Sala, repetida y reiterada, que la facultad de interpretar los contratos y de fijar los términos de la regulación negocial es cometido de los Tribunales de instancia, cuyos criterios, en principio, han de prevalecer en casación, siempre que dicha función exegética e interpretativa no resulte arbitraria, ilógica, desorbitada o infrinja claramente alguna de las reglas o pautas que el legislador ha establecido sobre la materia en los artículos 1.281 a 1.289, ambos inclusive, del Código Civil. Y esto es precisamente lo que el recurrente pretende al sostener, por cierto de manera confusa, en el primer motivo la oscuridad del contrato

de arrendamiento de obras origen de estos autos con las consecuencias que en tal sentido prevé el artículo 1.288 del Código Civil, y en el segundo, reiterando argumentos utilizados en el anterior, la infracción, por el concepto de violación por inaplicación, del artículo 1.282. Argumentos que resultan infundados y faltos de la debida consistencia y que determinan la clara desestimación de uno y otro motivo, que se incluyen conjuntamente en un mismo Fundamento de Derecho en aras de la brevedad y en evitación de reiteraciones en los razonamientos aplicables al presente caso, en el cual la sentencia recurrida no incide en ninguna de las anomalías denunciadas. Por el contrario, los resultados y pronunciamientos a los que llega el Tribunal *a quo* han de ser mantenidos por su misma corrección a la vista de los antecedentes detallados y ponderados en la Sentencia del Juzgado, que estudia adecuadamente y por su orden los puntos relativos a si el llamado contrato de arrendamiento de obra se pactó entre los litigantes en régimen de administración o por precio alzado, si el piso piloto fue o no terminado de construir por la demandante y si, en fin, ésta realizó efectivamente la cimentación, movimiento de tierras y estructura. Sentencia confirmada plenamente por la Audiencia en un único considerando en el que taxativamente se dice que el Juez «resuelve con acierto todos y cada uno de los problemas planteados de acuerdo con una apreciación conjunta de las pruebas practicadas, lo que le llevó a corregir adecuadamente las pretensiones de la parte actora que se aquietó ante las reducciones que hizo la sentencia, de la que se alzó la parte demandada». No resulta viable, por tanto, la pretensión de la recurrente, pues si la labor de interpretación contractual es la averiguación del sentido y alcance de lo pactado, es obvio que para poder cuestionar la interpretación dada por el Tribunal *a quo* se requiere que las declaraciones o términos del contrato sigan produciendo esas dudas interpretativas —correctamente resueltas ya en instancia— que son las que obligan a la búsqueda y esclarecimiento de la prevalente intención de los contratantes (interpretación subjetiva, artículos 1.281, 1.282 y 1.283) y, si ello resultare insuficiente, recurriendo con carácter subsidiario a los medios o pautas de interpretación objetiva que el propio legislador prevé en los siguientes artículos 1.284 a 1.289 del mismo Cuerpo legal.

RICARDO DE ANGEL

PRIVILEGIO: EL DE LA HACIENDA PUBLICA DEL ARTICULO 71 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Dictada sentencia, el 15 de junio de 1984, por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Valladolid que al confirmar íntegramente la apelada del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de León, desestimó la demanda de tercería de mejor derecho, interpuesta por la Abogacía del Estado, en nombre de la Administración General y a favor de la Hacienda Pública, contra don Ramón R. V. y otros, así como

frente al Ministerio Fiscal y contra cualquier persona que pudiera resultar interesada en los hechos que determinaron la incoación del sumario número 20/1972 del Juzgado de Instrucción número 2 de León, aquella sentencia, que rechazó la aplicabilidad al caso del privilegio consagrado por el artículo 71 de la Ley General Tributaria al que se remite el 32 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, y correspondiente del Reglamento General de Recaudación, es impugnada en el recurso, articulando al efecto un único motivo de casación en el que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción aplicable al caso, se denuncia la violación de aquellos artículos 32 de la Ley General Presupuestaria de 1977 y 71 de la General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 por entender, el recurrente, que el juzgador de instancia desconoció la prelación absoluta que, para el cobro de los débitos tributarios vencidos y no satisfechos, establece la literalidad de dichos preceptos, a favor de la Hacienda Pública, cuando concurre con acreedores que no lo sean de dominio o derecho real debidamente inscrito, inscripción a la que no puede asimilarse, en ningún momento, una simple anotación de embargo, situación que es la del presente caso en el que ha de aplicarse aquella prevalencia que igualmente resulta, siempre según la representación del Estado, del espíritu de la norma que la establece por el desecho del legislador de garantizar, frente a terceros que no sean titulares del dominio o del derecho real, los créditos de la Hacienda. «previniendo supuestos como el de autos en los que un crédito anotado previamente pierde el rango temporal frente al expreso, especial y privilegiado rango de la Hacienda Pública, en orden al cobro de los impuestos y tributos».

La prelación del crédito que sostiene la Abogacía del Estado, en la tercería de mejor derecho ejercitada, no es atendible, ya que el precepto invocado en apoyo de la preferencia que en el motivo de casación se postula, artículo 71 de la Ley General Tributaria, si bien es cierto que al decir escuetamente «que la Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos, en cuanto concorra con acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real, debidamente inscrito con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de esta Ley» establece, en principio, la preferencia de la Hacienda Pública ante los que llama acreedores de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real concurrente, que no esté debidamente inscrito con anterioridad a que ella haya anotado el suyo y, desde luego, frente a los restantes acreedores sin consideración alguna a la fecha del crédito de aquella ni a la del de éstos, no lo es menos que este privilegio general que, *prima facie*, consagra el artículo 71 de la Ley General Tributaria, sufre la importante restricción que impone el artículo 132 de la misma Ley al puntualizar que «el Estado, las provincias y los municipios, tendrán derecho a que se practique anotación preventiva de embargo de bienes en el Registro correspondiente, conforme a mandamiento expedido por el ejecutor competente, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo y el alcance previsto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria», norma que, inevitablemente, entra en colisión con aquella otra en la que busca apoyatura el motivo de casación desarrollado por el representante

de la Administración General del Estado, privándole de la eficacia pretendida y haciéndole claudicar, por consiguiente, a la vista de que, teniendo que constar registralmente, mediante anotación de embargo, el crédito de la Hacienda «con el alcance previsto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria», precepto que remite al artículo 1.923 del Código Civil, a efectos de preferencia para el cobro del crédito, ha de concluirse en que, fuera de los casos de los artículos 73 y 74 de la Ley General Tributaria, ajenos al presente, la anotación preventiva por débitos queda sometida a la normativa del número 4.º de este precepto del Código Civil y no a la preferencia general que parece derivarse del texto del artículo 71 de la Ley General Tributaria, por fuerza de la anteposición que merece la normativa que contiene el artículo 132 de la misma Ley conforme a lo razonado, a la vez que al principio restrictivo inherente a los privilegios y a la doctrina de esta Sala, de la que son muestra las Sentencias de 29 de noviembre de 1962, 31 de enero de 1974, 10 de noviembre de 1976 y 17 de marzo de 1978.

RICARDO DE ANGEL

RESPONSABILIDAD CIVIL: POR ACCIDENTE LABORAL. RESPONSABILIDAD POR CULPA Y SUS PALIATIVOS (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—El primero de los motivos del recurso, al amparo, según lo que se deja razonado, del antiguo número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en los autos y que resultan ser la Sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo de Salamanca el 8 de julio de 1976 y la dictada por el Tribunal Central de Trabajo el 30 de noviembre de 1978, confirmando la primera; y los testimonios de actuaciones penales y singularmente el del Auto de 8 de octubre de 1977 dejando sin efecto el procesamiento del recurrente en el sumario seguido a raíz de los hechos y que había sido proferido el 27 de septiembre de dicho año 1977. Es motivo que debe desestimarse por cuanto dichos documentos distan de merecer la conceptualización de auténticos, en el sentido y a los fines del número 7.º antiguo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se apoya. Según reiteradísima Jurisprudencia sólo es auténtico el documento que revela manifiesta e inequívocamente el error padecido por el juzgador y ello directamente y sin necesidad de interpretaciones. No es documento auténtico el que ya ha sido examinado y tenido en cuenta por el juzgador de la instancia, como acaece con los invocados. Singularmente se ha negado el carácter de auténtico al testimonio de actuaciones de otras Jurisdicciones y en particular de la penal. Es cierto que los hechos declarados probados por la Jurisdicción laboral divergen sustancialmente de los que la Audiencia sienta como fundamento de hecho de su fallo condenatorio; pero ello no aparece que deba prevalecer aquel relato sobre el *factum* de la sentencia

impugnada, ya que no existe relación alguna de prejudicialidad entre ambas sentencias. En cuanto a las actuaciones de carácter penal, sabido es que lo pronunciado por órganos jurisdiccionales represivos en caso de absolución no prejuzga la valoración que los mismos hechos merezcan ante este orden jurisdiccional civil a salvo lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual se tendrá por extinguida la acción civil cuando se haya declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que hubiese podido nacer. Debe, pues, desestimarse el motivo primero y consiguientemente enjuiciarse el segundo a partir de los hechos relatados por la Audiencia.

Para la Audiencia se ofrecen «como indiscutibles» «los siguientes hechos: El 27 de marzo de 1976, el joven de diecisiete años Antonio M. H., hijo de los actores don Baltasar M. H. y de doña María Luisa H. H., halló la muerte al resultar aprisionado por un aparato elevador, instalado por la industria de don Antonio Ernesto I. G., en un edificio propiedad de don Estanislao S. M. y su esposa doña Cándida R. M., dedicado a fábrica de embutidos, sito en la localidad de » Se excluye la responsabilidad en los hechos del demandado Antonio Ernesto I. G., «toda vez que (dice el considerando segundo) dicha máquina (esto es, el aparato elevador) se hallaba perfectamente instalada y reunía cuantos requisitos de seguridad le eran exigidos». Reducida la cuestión a los otros dos cónyuges demandados declara la sentencia (en el tercero de sus considerandos) «aparece como evidente que el joven Antonio M. H., escasos días anteriores a su muerte fue contratado por éstos para prestar servicios como pinche o aprendiz a su servicio» indistintamente en la salchichería a nombre de Cándida o en la fábrica de embutidos de que es titular Estanislao, «sitas en la misma localidad y próximas una a otra». Aparece probado, además, que «dos días antes del accidente, el joven Antonio M. H. estuvo trabajando —colgando jamones— en la fábrica de embutidos, utilizando el aparato elevador para subirlos a las plantas superiores». En cuanto al accidente, se declara «en primer lugar, que las puertas de la fábrica de embutidos, se encontraban abiertas, pudiendo situarse los hechos entre 8 y 10 de la mañana», de lo que induce que otra persona que el propietario se encontraba «al cuidado en su interior»; «que la víctima fue encontrada vestida con un mono de trabajo y la sobrepanda que llevaba colgada en una percha», dato del que infiere que abriga el propósito de trabajar; «que el cuerpo apareció aprisionado sobre el techo del camarín o montacargas» y «como a unos 3,90 metros de altura y el tabique o ánima por el que discurre», circunstancia que, a juicio de la Audiencia, «excluye todo propósito de mera diversión del que lo utiliza para subir o bajar»; concluyendo, sobre la base principalmente del testigo que cita y que depuso en el procedimiento penal, «que en la noche en la que ocurrió el accidente oyó a don Estanislao S. M. que había encargado a la joven víctima que limpiara el techo de la cabina del montacargas», por lo cual «la joven víctima halló la muerte cuando procedía a la limpieza del techo del montacargas, por encargo de don Estanislao y estando al servicio de éste».

A partir de los hechos relatados debe ser enjuiciado el segundo de los motivos del recurso, en el cual se denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil que se reputa indebidamente aplicado al caso. Razona el motivo que para la estimación de la responsabilidad de ese

artículo es menester que el factor etiológico determinante del daño obedezca a una conducta del demandado producida por acciones u omisiones por él realizadas sin la diligencia adecuada a las circunstancias. Debe ser desestimado, pues si bien es cierto que esta Sala viene proclamando reiteradamente que el principio de la responsabilidad por culpa es el básico de nuestro ordenamiento y el acogido en el artículo 1.902 invocado por el motivo, de tal suerte que se exige por modo general y como requisito de ineludible concurrencia el que al eventual responsable se le pueda reprochar culpabilísticamente el hecho originador del daño, pues sólo así puede generarse responsabilidad conforme al artículo invocado en relación con el 1.903, no es menos cierto que esta Sala también ha creado diversos paliativos cuales son acentuar el rigor con que debe ser aplicado el artículo 1.104, la responsabilidad por el riesgo (de especial relevancia en el sector de la circulación de vehículos a motor) y (el primero en aparecer, ya que data de la Sentencia de 10 de julio de 1943) la inversión de la carga de la prueba, creando la presunción *iuris tantum* de que medió culpa por parte del agente, consagrado en multitud de sentencias que cita la de 10 de julio de 1985, que lo aplica; consistiendo este paliativo de la inversión de la carga de la prueba, procedente de la esfera laboral donde actualmente tiene por principal asiento el número 3.º del artículo 84 de la Ley General de la Seguridad Social, en presumir, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidentes de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo. Aparece en el caso que la Audiencia atendió a la esfera laboral en que el acaecimiento dañoso se produjo y en la que tan antigua manifestación tiene el principio de la inversión de la carga de la prueba, fundado la responsabilidad que declara en haberse ordenado por el recurrente a la víctima procediese a la limpieza del montacargas, en cuyas tareas se hallaba cuando resultó aprisionado, hecho acaecido en el marco de una relación estable de dependencia del joven respecto del matrimonio de los cónyuges recurrentes en méritos de la cual trabajaba indistintamente en las dos industrias de que éstos son titulares. El género de trabajo en que la víctima halló la muerte era, dada la edad y la inexperiencia consiguiente de la misma, título suficiente para la condena, a salvo la posibilidad de excusarla la prueba cumplida de la culpa determinante de la víctima, la que no se ha producido.

RICARDO DE ANGEL

COMPRAVENTA DE INMUEBLES: RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR. VALORACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Eduardo Fernández-Cid de Ternes.

Son hechos admitidos por los recurrentes, sentados en la sentencia de instancia y de los que ha de partirse para la mejor comprensión y resolución del recurso, los siguientes: A) En 7 de diciembre de 1979 don Fernando E. L. y su esposa doña Emilia P. P. venden por contrato pri-

vado a don José Luis G. S. el piso ático sito en el número 4 de la Plaza ... de la ciudad de , pero como el comprador dejase de pagar parte del precio dieron por resuelto el contrato por acta notarial de 6 de marzo de 1981. B) El señor G. S., que tenía entregadas 3.715.590 pesetas, acepta la resolución contractual y al ser el incumplidor, pues que el piso le había sido entregado, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, que han de descontarse de la expresada cantidad, a fin de determinar lo que tienen que devolverle, volarándose dichos daños y perjuicios por el Juzgado de Primera Instancia en 1.934.511 pesetas y por la Audiencia Territorial en 564.734 pesetas. C) Don Fernando E. L. y doña Emilia P. P. presentan recurso de casación, sosteniendo que la valoración de los daños y perjuicios que debe estimarse es la fijada por el Juzgado.

Doctrina de la Sala.—El primer motivo del recurso se formula al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por entender que la sentencia recurrida incide en error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, admite la cantidad de 142.000 pesetas fijada en concepto de comisión al Agente de la Propiedad Inmobiliaria, pero impugna: 1.º Que no se acogiese la cantidad de 900.000 pesetas que hubieron de pagar al Constructor, don Manuel R. C., al que, a su vez, habían comprado el piso y que resolvió el contrato en 30 de diciembre de 1981, constando tal indemnización en acta de dicha fecha autorizada por el Notario señor Fiestas Contreras. 2.º Que no se computasen los gastos de la Comunidad de Propietarios correspondientes al piso por el período de tiempo que lo ocupó el señor G. S., cifrados en 92.511 pesetas. 3.º Que no se sumase a dichas cantidades la de 800.000 pesetas por los dieciséis meses que el actor tuvo en su poder la vivienda, que podía haber rentado 50.000 pesetas al mes, según dictamen del perito nombrado por ambas partes, estimando la Audiencia por este concepto solamente 422.734 pesetas. El perecimiento del motivo se desprende de la simple lectura de la sentencia recurrida, que razona con acierto los fundamentos de su fallo y así respecto a las 900.000 pesetas, acacidas las dos resoluciones contractuales con una diferencia de nueve meses y devuelto el inmueble vendido desde el primer momento, niega el nexo causal respecto a unos daños producidos con posterioridad y que pudieron ser evitados negociando nuevamente con la cosa, por lo que ni ignora la indemnización ni priva de valor probatorio al documento notarial que recoge fue aceptada, estableciendo simplemente que su realidad no es imputable al hoy recurrido y que tal documento no acredita lo contrario, ocurriendo lo mismo respecto a los gastos comunitarios que, aunque existentes, ni gravan por su total importe el inmueble (art. 9, regla 5.ª, párrafo 2.º, de la Ley de Propiedad Horizontal) ni se acredita su pago por los hoy recurrentes, que igualmente han dejado de ser propietarios; finalmente, en lo que atañe a las 800.000 pesetas, se admite que la posesión del piso durante dieciséis meses por el señor G. S. entrañó un evidente perjuicio para los vendedores, pero se aclara: que el posible importe de la renta mensual se fija por los peritos (cuyo informe no es prueba documental para la casación) con relación al año 1983 y no respecto al tiempo de ocupación; que los vendedores se beneficiaron con los intereses de las cantidades abonadas, reconociendo que adeudaban el importe de un préstamo por el que pagaban un interés del 17 por 100; que con el dinero recibido podían haberlo cancelado; que unas y otras partidas po-

dían compensarse, y que, no obstante, al reconocer el señor G. S. que les ocasionó un perjuicio cifrado en 422.734 pesetas, se computaba esa suma por el expresado concepto. En definitiva: se pretende hacer una nueva valoración de la prueba de manera subjetiva e interesada, convirtiendo a la casación en una tercera instancia y sustituyendo la labor hermenéutica de la Audiencia Territorial respecto de unos documentos que ha tenido en cuenta y que ha interpretado conforme a las reglas de la sana crítica, todo lo cual está vedado en recurso extraordinario como el que nos ocupa, según reiterada y constante jurisprudencia, que por conocida es innecesario acotar.

El segundo motivo, con base en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción del artículo 1.124, párrafo 2.º, del Código Civil y la numerosa jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto que dicho precepto faculta al perjudicado por la resolución de las obligaciones a exigir del que incumple el resarcimiento de los daños y perjuicios, sin que se haya producido la condena en la forma denunciada en el motivo anterior. Su rechazo es obvio, pues hace supuesto de la cuestión al partir de una apreciación probatoria ya desestimada.

RICARDO DE ANGEL

BIENES INMUEBLES POR DESTINO: CALIFICACION. POSESION DE BIENES MUEBLES ADJUDICADOS EN SUBASTA: NO CONCURRE BUENA FE. EFICACIA DE LA RESERVA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Jaime Santos Briz.

Ambas sentencias de Instancia en forma constante han estimado la demanda formulada por la Sociedad Anónima denominada «C», ejercitando acción reivindicatoria contra don José María M. N., en solicitud de la entrega de unos bienes muebles o, en su caso, devolver el importe de los mismos de 2.394.000 pesetas, más sus intereses legales. Los hechos que se consideraron probados en la sentencia recurrida, por aceptación de los consignados por el Juez de Primera Instancia, fueron sustancialmente los siguientes: a) La Entidad actora, ahora recurrida, vendió en 24 de julio de 1974 a Construcciones B., S. A., los aparatos electrodomésticos que designan en contrato de venta a plazos, modelo A, número 539939, inscrito en el Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer con fecha 24 de marzo de 1975. b) Tales bienes muebles se instalaron en la Clínica de «M.», e instado procedimiento hipotecario contra la Entidad compradora con reserva de dominio, se adjudicaron al demandado, actual recurrente, en subasta celebrada el 22 de junio de 1976. Pero con anterioridad, el día 25 de marzo de 1976, se requirió notarialmente a la ejecutante Entidad financiera «BASA», a fin de que conociera la situación de los bienes y se abstuviera de extender el derecho de hipoteca sobre ellos, y asimismo, antes de que se produjera la adjudicación fue también requerido notarialmente el rematante el 30 de agosto de 1976, a fin de que se abstuviera de disfrutar de la maquinaria. c) Por Auto de 3 de marzo

de 1976 del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid, recaído antes de la subasta de dichos bienes, en procedimiento de tercería de dominio, que no fue admitido a trámite, se declaró que el artículo 110 de la Ley Hipotecaria enumera bienes sobre los que se extiende la hipoteca, entre los cuales no pueden incluirse los que se pretende reivindicar. *d)* Asimismo, por Sentencia de 15 de marzo de 1979, el Juzgado de Primera Instancia número 13 de la misma villa, en autos de juicio de mayor cuantía, reconoció a favor de la Entidad recurrida la propiedad de tales bienes, condenando a la Entidad entonces demandada, Inmobiliaria B., S. A., adquirente con reserva de dominio, a entregarlos a aquélla. *e)* Se pone de relieve en la Instancia que el requerimiento notarial al ejecutante se hizo antes de la celebración de la subasta, así como la declaración por auto del Juzgado número 11 de que dichos bienes no están incluidos entre aquellos a que se extiende la hipoteca, hechos que debió conocer el demandado antes de concurrir a la subasta, pues los requerimientos le fueron hechos en las oficinas del mismo, y no se ha discutido la identidad y posesión de los bienes que se hallan en poder del actual recurrente.

Doctrina de la Sala.—Frente a esa resultancia fáctica, el primero de los motivos del recurso, al amparo del número 7 del artículo 1.692, anterior redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega error de Derecho en la apreciación de la prueba con violación de lo dispuesto en el artículo 632 de la misma Ley, en relación con el artículo 1.243 del Código Civil. El motivo razona sobre la apreciación de la prueba pericial practicada en autos y disiente de la forma en que la entendió la Sala de Instancia, estimando que las máquinas y aparatos objeto de la litis se unieron a la cosa inmueble de forma indisoluble y dejaron de ser bienes muebles. El motivo no es estimable, en primer lugar, porque, como ha declarado esta Sala muy reiteradamente, la prueba pericial es de la libre apreciación del juzgador de Instancia, como establece el artículo 632, que se invoca como infringido, no siendo susceptible de recurso de casación, por el hecho mismo de que las reglas de la sana crítica no están recogidas en ningún precepto legal y, por tanto, el juzgador se halla sometido a esa libertad de apreciación que compete a los Tribunales de Instancia, y mucho menos la prueba pericial puede merecer, a efectos de casación, la consideración de documento auténtico (Sentencia de 30 de marzo de 1962). En segundo lugar, la calificación de los bienes litigiosos como bienes muebles o inmuebles no puede deferirse, dado su carácter jurídico, a la prueba pericial, ya que, como se verá en los fundamentos que siguen, ha de ser hecha en función de la interpretación que al juzgador merezca el artículo 334, número 5, del Código Civil, sin que en ello se pueda tener en cuenta, por ser función judicial intransferible, el criterio de los peritos.

El motivo tercero, a examinar antes que el segundo, por referirse también a la apreciación de la prueba, acusa igualmente, y con idéntico apoyo procesal, error en dicha apreciación por violación, se dice, de lo dispuesto en el artículo 1.218, párrafos 1 y 2, del Código Civil. En este motivo se intenta refutar el criterio de la Sala *a quo*, que estimó falta de buena fe la conducta del recurrente, apoyándose en los documentos que señalan los considerandos segundo y cuarto de la sentencia de primer grado. Pone de relieve la conclusión de hecho a que llegó el Tribunal de apelación, que el recurrente conocía ya cuando concurrió a la subasta de los bienes muebles litigiosos que eran de propiedad ajena y que, aunque estaban radicados en el inmueble subastado, no estaban allí colocados por su

propietario pleno, y que conocía también el rematante, por repetidos actos de comunicación notariales y judiciales, que tales bienes no se incluían entre los sometidos a subasta; no obstante, participó, intentando después apropiárselos a pretexto de hallarse en el inmueble objeto de la ejecución hipotecaria. Circunstancias de hecho todas ellas no derivadas exclusivamente de uno solo de los documentos aducidos en el motivo, sino del conjunto de ellos, de los que la Sala de Instancia dedujo acertadamente la falta de buena fe en el proceder del rematante, que conocía sobradamente la situación en que se hallaban los bienes muebles objeto de este litigio. Por todo ello no ha habido infracción alguna de las normas invocadas y ha de desestimarse igualmente este motivo.

El artículo 334, número 5, del Código Civil exige como requisito incluíble para que un bien mueble por naturaleza se transforme en inmueble por incorporación, que el destino venga dado por el propietario pleno, sin cuya condición no puede entenderse que los bienes muebles adquiridos con reserva de dominio puedan convertirse en inmueble por incorporación cuando aquella reserva consta de modo fehaciente, como en el caso debatido, por estar inscrita en el Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer. Precisamente el objetivo de esa inscripción es evitar que puedan ser gravados o transmitidos en perjuicio del titular inscrito, es decir, que la inscripción perjudica a tercero en cuanto a aquella disposición o gravamen. El mismo requisito de destino dado por el propietario de los bienes muebles afectados ha de exigirse para que queden incluidos en el gravamen hipotecario del inmueble que los contenga, sin cuyo requisito ha de estimarse ineficaz el pacto expreso de hipotecabilidad que prevé el artículo 111 de la Ley Hipotecaria; y ha de ser así, porque de otra forma persona no propietaria podría hipotecar bienes ajenos en perjuicio de su dueño, y sobre todo porque el artículo 1.857, números 2 y 3, del Código Civil establece como requisito esencial de la hipoteca, en todo caso, pues no hace distinciones, que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad (plena) al que la hipoteca, y que la misma persona propietaria tenga la libre disposición de sus bienes, lo que no puede predicarse de quien adquiere una cosa con reserva de propiedad a favor del transmitente, y menos del que adquiere de quien simplemente es titular con reserva de dominio en tanto la reserva subsista.

5. Lo expuesto en el fundamento de Derecho anterior evidencia la desestimación de los motivos segundo y quinto del recurso, que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusan, respectivamente, la infracción del artículo 334, número 5, del Código Civil, y del artículo 111, número 1, de la Ley Hipotecaria. También debe decaer el motivo cuarto, que con el mismo apoyo procesal acusa la violación del artículo 464, párrafos 1 y 2, del Código Civil. Y ello porque el precepto legal invocado para atribuir titulación dominical exige que la adquisición de posesión de bienes muebles sea de «buena fe»; requisito que, como se ha razonado, no concurre en el recurrente, que adquirió la posesión discutida sabiendo que los bienes objeto de ella pertenecían a un transmitente que se reservó el dominio sobre ellos; y de la misma forma no puede predicarse su adquisición de buena fe en venta pública, puesto que se le requirió repetidamente para que se abstuviera de consolidar la adquisición y, no obstante, primero participó en la subasta y después no atendió las declaraciones judiciales, anteriores a la subasta, en que se declaraban los bienes en cuestión de propiedad ajena.

Por último, el motivo sexto, amparado también en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la aplicación indebida del artículo 348, párrafos 1 y 2, del Código Civil; es decir, se opone a que se estime la acción reivindicatoria ejercitada en la demanda por no reunir, en su criterio, el actor recurrido los requisitos que al amparo de dichas normas exige la jurisprudencia de esta Sala. El motivo debe también decaer porque de los hechos descritos en el primero de estos fundamentos de Derecho se deduce la titularidad del demandante recurrido sobre los bienes objeto de la litis; su identificación, que no ha sido discutida, y la posesión de aquéllos por el recurrente, que carece de titularidad dominical sobre los mismos; por tanto, al reunir los requisitos que esta Sala ha exigido para el éxito de la acción reivindicatoria, ha de ser desestimado, como ya se indica, dicho motivo.

RICARDO DE ANGEL

AVAL: NULIDAD DEL PRESTAMO POR EL CONSEJERO-DELEGADO DE UNA COMPAÑIA ASEGURADORA. «GIRO O TRAFICO DE LA EMPRESA» (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

En el juicio de que el presente recurso dimana, el Banco demandante reclama a la Aseguradora demandada el resto de cuatro millones de pesetas del capital de una remesa de letras de cambio libradas por una Sociedad y aceptadas por otra, y en cuyas cambiales la Aseguradora intervino en el concepto de avalista. La Aseguradora niega que el Consejero Delegado que suscribió el aval estuviere facultado para esa operación, habida cuenta su índole. El motivo único del recurso, que se endereza por la Aseguradora contra la sentencia de la Audiencia que confirmó la del Juzgado condenatoria de la misma en los términos de la pretensión, trata a la consideración de esta Sala el punto de si la operación de aval de que fluye la obligación a cuyo cumplimiento aparece condenada la recurrente pertenece al giro o tráfico de la Aseguradora demandada y aquí recurrente; invocándose en Derecho la infracción, por el concepto de interpretación indebida, del párrafo segundo del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas. Se argumenta que el Consejero Delegado que suscribió el aval no podía tener mayores facultades que el Consejo de Administración a quien corresponde, según el artículo 76 de la Ley y los Estatutos de la Aseguradora, la representación de la Sociedad, en juicio y fuera de él. Pero (se argumenta, finalmente) tal representación es para «todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa». «Este es el tema fundamental de este recurso», pues «una Compañía de Seguros no admite como giro o tráfico propio el aval de las letras de cambio cuyo contrato subyacente es *res inter alios*. Se trata, en efecto, de una operación prohibida.

Doctrina de la Sala.—Para un adecuado enjuiciamiento del motivo ha de resaltarse, dentro del conjunto de los hechos admitidos, que la sentencia tiene por probados sin contradicción en el recurso que el cuestionado aval fue puesto el 9 de febrero de 1979 y lo suscribe Nicolás R. G.

en el concepto de Consejero Delegado de la Aseguradora. El 22 de diciembre de 1978 había sido designado por el Consejo de Administración, inscribiéndose en el Registro Mercantil tal nombramiento el 7 de febrero de 1979, y cesando por dimisión aceptada el 11 de junio de 1979. Los Estatutos dedican sus artículos 22 a 27 a regular el Consejo de Administración, al cual viene encomendado (26) todo cuanto no esté atribuido a la Junta General por los Estatutos o por mandato de la Ley; y respecto de los Consejeros Delegados dice que serán nombrados por el propio Consejo, «determinándose sus facultades y poderes». En la Instancia se cuestionó el ámbito de la representación, enfatizando en que el nombramiento de Consejero Delegado fue sólo para «asuntos financieros», como así efectivamente consta. Debe añadirse, asimismo, que el aval fue confirmado al Banco descontante antes que procediera éste al descuento de las letras, mediante carta emanada por la Aseguradora, suscrita por el mismo Consejero Delegado, de fecha 8 de marzo de 1979, y que constituye el folio 3. Finalmente, que las letras fueron creadas para la Entidad libradora en el concepto de pago de los servicios prestados por la misma a la Entidad aceptante «E.», la cual era accionista mayoritario de la Aseguradora.

Debe apreciarse infracción del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, que el motivo invoca, junto con los preceptos del Derecho Público del Seguro, que asimismo cita, y sobre los que luego se volverá, complejo preceptual que regula la representación de los órganos sociales refiriéndola básicamente a los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa. En el caso de la demandada quiso establecerse un órgano de administración provisto de los poderes más amplios («todo cuanto no esté atribuido a la Junta General por los Estatutos o por mandato de la Ley»). Con todo, la representación no puede desconectarse de ese «giro y tráfico» dentro del objeto social definido en el artículo 2 de la escritura social, a tenor del cual: «La Compañía tiene por objeto realizar toda clase de operaciones de seguros y reaseguros; operará en los ramos de seguros de incendios, robo, accidentes de toda naturaleza, sobre la vida humana en sus variadas formas, vida en todas sus modalidades y, además, podrá extender sus operaciones a otras ramas del seguro, previo acuerdo en cada caso del Consejo de Administración». Sus administradores, consiguientemente, sólo están facultados para esas operaciones y las que con ellas se relacionan, pero no para afianzar operaciones cuyo interés es ajeno a la Sociedad. Era necesario para la validez del aval el que en los Estatutos figurara la concreta facultad de avalar o la de afianzar en términos generales, lo que, según acaba de comprobarse, no ocurre, por lo que se precisaba acuerdo de la Junta General, si es que podía adoptarse, ya que tan lejos se halla el aval del objeto propio de una Aseguradora como que actualmente les está expresamente prohibido a las Sociedades de ese objeto, con antecedente en la letra f) del artículo 14 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Ordenación de los Seguros Privados, «el otorgamiento de avales o garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora, salvo que hayan obtenido autorización del Ministerio de Economía y Hacienda y, en su caso, de los Ministerios competentes»; prohibición contenida en el artículo 3 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado, y reproducida, claro está, en el 5 de su Reglamento.

COMPRAVENTA DE INMUEBLES: LA RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR-VENDEDOR (ES DE NATURALEZA CONTRACTUAL). INICIO DEL COMPUTO DE LA PRESCRIPCION. CONGRUENCIA (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Sánchez Jáuregui.

La adecuada solución de los temas que el presente recurso plantea impone dejar constancia de las aseveraciones fácticas que, con claridad y precisión, se consignan en el primer considerando de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, asumido por la recurrida, según las que la demandada, «Inmobiliaria X., S. A.», promovió la construcción del edificio al que actualmente corresponden los números 72 y 74 de la avenida..., enajenando las viviendas resultantes en régimen de propiedad horizontal a los aquí demandantes o causantes de los mismos, presentando el edificio en cuestión en la actualidad, según literalmente se afirma en el apartado cuarto del mencionado considerando, «agrietamiento general, destacando por su apariencia en las siguientes zonas: núcleo de escalera, fachadas transversales, patios, tabiquería y su estado, principalmente referido al núcleo de escalera, amenaza riesgo de colapso por agotamiento de estructura, de forma que si el edificio no es desalojado, la escalera debe ser apeada, según informa el perito nombrado al efecto»; añadiendo que la aparición de las referidas grietas fue denunciada por el Secretario de la Comunidad de Propietarios del inmueble mediante carta fechada en Madrid el 4 de noviembre de 1980, denuncia que atendió, en principio, «X., S. A.», haciendo una visita de inspección mediante su personal técnico, quienes consideraron que se trataba de un asiento de cimentación que no revestía peligro; pero que como quiera que las grietas seguían produciéndose y avanzando, la Comunidad de Propietarios se dirigió a la Sociedad «O.», la que previos los estudios y comprobaciones oportunas remite a la Comunidad su proyecto de consolidación del edificio, redactado en diciembre de 1982 y se amplía en marzo de 1983, especificando, por último, el mencionado razonamiento de la resolución del Juzgado, que las causas del actual deterioro del edificio, principalmente de las grietas que lo arruinan, se pueden concretar, según los dictámenes técnicos, en los dos siguientes: «por un lado, a un fallo del terreno provocado por rotura de las instalaciones de saneamiento hace algunos años, que produjo, sin duda, encharcamientos en el terreno, normalmente seco, y sobre todo, y posteriormente, por el levantamiento de zanjas para intentar un posible recalce del edificio, y de otro, en que tanto el cuello como la campana de cimentación del edificio están formados por un hormigón ciclópeo de no buena calidad, pues se compone de bolos y mortero pobre como trabazón; que los cimientos no se apoyan en un suelo apto, ya que éste se forma de arcilla de gran plasticidad, que en su estado de anhídrido ofrecen mucha dureza, pero entumecido prácticamente carecen de capacidad portante».

No se cuestiona en la Instancia ni en el recurso que «Inmobiliaria X., Sociedad Anónima», encomendara a un determinado Arquitecto la realización del proyecto de construcción del edificio; encargó la ejecución de la obra a una Sociedad filial y designó al Arquitecto que actuó en la direc-

ción de la misma, quien expidió, a finales del año 1962, el oportuno certificado de su conclusión, y que las viviendas resultantes fueron vendidas por la referida «Inmobiliaria» a sus actuales propietarios, y en algunos casos a sus causantes, durante el transcurso del año 1963. También es de poner de relieve que el día 21 de marzo de 1975, el Presidente de la Comunidad de Propietarios del edificio dirigió carta a «X., S. A.», poniéndole en su conocimiento que había aparecido en la cámara del sótano agua, saliendo al exterior, siendo muy claro el color de ésta, tratando de secar las arquetas, y que al día siguiente había vuelto a surgir el agua, rogándole el envío de un facultativo para ver su procedencia.

En el suplico de la demanda inicial de las actuaciones se postula la declaración de la existencia de una negligencia por omisión de los más elementales deberes de construcción por parte de la demandada, «Inmobiliaria X., S. A.», y la condena de ésta a la indemnización por daños correspondientes al importe de las obras que para la estabilización y consolidación del edificio venían determinadas por el informe pericial acompañado como documental con la demanda, o aquellas que por perito se fijara en el periodo probatorio, así como la indemnización correspondiente al desalojo que de las viviendas habrían de efectuar los propietarios del inmueble para su consolidación, pretensión acogida por la sentencia del Juzgado, aunque concediendo a «X., S. A.», la alternativa de llevar por sí misma a efecto las obras necesarias, y que apelada fue confirmada en su integridad por la resolución de la Audiencia, aquí recurrida, que aceptó y dio por reproducidos sustancialmente los razonamientos y fundamentos de Derecho contenidos en los considerandos de aquélla. La resolución de la Audiencia es impugnada en el presente recurso por «X., S. A.», a través de seis motivos, deducidos los tres primeros por la vía del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cuarto y quinto por el cauce del número 5.º del propio artículo y el sexto con amparo procesal en su número 3.º, lo que determina su preferente análisis.

Doctrina de la Sala.—Con el amparo procesal dicho del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se articula el sexto motivo del recurso, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, entendiéndose la recurrente que tanto la sentencia dictada en Primera Instancia, como la pronunciada por la Audiencia Territorial, que confirma la anterior, lo había sido con infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige la congruencia de la sentencia con la demanda y demás pretensiones deducidas por las partes, desarrollándose el motivo con base en la alegación de que la demanda se fundamentó en la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil y no en la contractual de su artículo 1.591, ya que, sin duda, los demandantes estaban convencidos de que la ruina se había producido mucho después de transcurridos los diez años que establece el último precepto citado. El motivo ha de ser desestimado, pues contrariamente a lo sostenido por la recurrente en los alegatos que le sirven de fundamento hay que poner de relieve, en primer lugar, que existe una perfecta concordancia entre el fallo de la resolución impugnada y lo postulado en el suplico de la demanda; en segundo lugar, porque en dicho fallo se guarda el debido acatamiento a lo que fue el componente fáctico y jurídico de la pretensión ejercitada, al reiterarse en los hechos de la demanda la cualidad de promotora-vendedora de las viviendas radicadas en el edificio objeto de la litis de la Entidad recurrente, y expresarse en el último párrafo del segundo de

sus fundamentos de Derecho que la Entidad demandada estaba legitimada pasivamente «como consecuencia de la relación contractual de la compraventa y como constructores que fueron de los edificios en cuestión, según deviene de cada una de las escrituras que se acompañan como documentos a csc pleito», lo que determina el acierto del razonamiento contenido en la sentencia del Juzgado, según el que, como resulta de la propia naturaleza de los hechos enjuiciados, no se estaba ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, sino de la que derivaba de la relación jurídica contractual existente entre los actores y la Sociedad que promovió la construcción del edificio y vendió las viviendas y locales del mismo, y, por ende, la corrección con que aplicó a la resolución de las cuestiones planteadas en el litigio la normativa legal atinente a los contratos, sin incidir por ello en vicio de incongruencia. Por último, no ha existido por la circunstancia de que la sentencia recurrida no aplicara la normativa contenida en el artículo 1.902 del Código Civil, indefensión alguna para la parte recurrente, habida cuenta de que la indemnización de daños y perjuicios postulada en la demanda podía derivar tanto de lo que dicho precepto dispone, como de lo establecido en el artículo 1.101 del citado Código, también invocado en el fundamento de Derecho tercero de la demanda.

Las conclusiones fácticas de la sentencia del Juzgado, puestas de relieve en el primero de los fundamentos de Derecho de esta resolución, se extraen por la referida sentencia «del examen y valoración de las pruebas practicadas, principalmente de la documental, el informe pericial y el reconocimiento judicial», conclusiones fácticas que en el recurso se tratan de desvirtuar, articulando al efecto, por la vía del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los motivos primero, segundo y tercero, en los que prescindiendo del contenido de la norma legal que ampara su formulación, «error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos», se efectúa un análisis de pruebas de distinta índole y se sientan como consecuencia de tal análisis unas apreciaciones del resultado probatorio discrepantes de las establecidas por el órgano jurisdiccional, lo que no es lícito verificar por el cauce elegido, pues, de una parte, el error a que el precepto que posibilita la casación se contrae ha de resultar de «documento» y no de probanzas de otro carácter, aunque, como es obvio, su práctica haya sido «documentada» en autos, y de otra, los documentos en cuestión han de poner de manifiesto sin necesidad de deducciones o hipótesis la equivocación del juzgador, «sin resultar contradichos por otros elementos probatorios». Ninguno de los apuntados requisitos se dan en los motivos en análisis, ya que, en lo referente al primero, si bien el informe emitido por «O.», acompañado con la demanda, podría concedérsele valor de «documento» en razón a que se lo atribuyen ambas partes litigantes, no sucede lo mismo respecto al dictamen del perito Arquitecto acordado para mejor proveer por el Juzgado, sin que de ninguna manera pueda conjugarse, como se verifica en el motivo, el contenido del informe y del dictamen para obtener una determinada conclusión, aislando afirmaciones establecidas en los mismos, escogiendo las que le favorecen; en lo que afecta al segundo, basta la lectura de su enunciado para establecer, con mayor razón aún que en lo atinente al primero, que lo que se pretende por la recurrente es someter a la censura de este Tribunal una serie de elementos probatorios, convirtiendo, en definitiva, lo que el recurso de casación significa en

una Tercera Instancia, e igual tacha es dable predicar respecto al motivo tercero, por lo que procede, en su consecuencia, la desestimación de los mismos.

En el motivo cuarto del recurso, se tacha a la resolución impugnada de haber infringido lo dispuesto en el artículo 1.591 del Código Civil, con la pretensión de que al hacer aplicación de tal precepto no se computó el plazo de diez años desde la terminación de la obra hasta la manifestación del daño, sino desde aquel primer momento hasta otro —deducido gratuitamente— en que se supone ocurrida la ruina. El motivo ha de ser desestimado, pues la sentencia del Juzgado y la de la Audiencia, aunque hacen referencia a la responsabilidad del contratista cuando se origina la ruina por vicios en la construcción, con expresa cita de lo dispuesto en el artículo 1.591 del Código Civil, en orden a la responsabilidad atribuible a la Entidad demandada en su calidad, no discutida, de promotora y vendedora, la derivan de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales radicantes en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el artículo 1.591 del Código Civil sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le correspondan, entre las que destaca por su fundamental importancia la de que la cosa objeto de la convención reúna las condiciones que la hacen apta para ser habitada, lo que no sucede cuando existen vicios en la construcción determinantes de su ruina, dando lugar cuando ésta se manifiesta a la correspondiente acción indemnizatoria, cuyo lapso de prescripción es el de quince años, establecido en el artículo 1.964 del Código Civil, y la raíz de inicio para su cómputo ha de contarse desde el día en que la acción pudo ejercitarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.969 del citado Código sustantivo, y en el caso de la controversia cuando se manifestaron externamente los indicios de la ruina.

Igual suerte adversa corresponde al quinto motivo del recurso, último que resta por analizar, en el que también se acusa a la sentencia recurrida de haber infringido la normativa legal contenida en el artículo 1.591 del Código Civil, pero ahora bajo el prisma de que al admitir la referida sentencia como una de las causas determinantes de la ruina del edificio la existencia de vicio en el suelo sobre el que había sido construido, ello determinaba la responsabilidad del Arquitecto autor del oportuno proyecto, lo que implicaba que al no haber sido éste demandado, no procediera el pronunciamiento de condena recaído contra la recurrente. El motivo, por idénticos razonamientos a los que han servido de base para desestimar el que le antecede, no puede prosperar, habida cuenta de que se condena a la Entidad demandada por incumplimiento contractual derivado de su condición de promotora y vendedora de los locales radicados en el edificio, y que nada empece a que la misma pueda exigir al Arquitecto con quien contrató el proyecto la indemnización que crea corresponderle, en razón a la incidencia que el vicio del suelo haya podido tener en la ruina de la edificación.

RICARDO DE ANGEI.

CONTRATO DE TRANSPORTE. APLICACION DE LA CONVENCION C. M. R. DE GINEBRA DE 1956. DIFERENCIA ENTRE CONTRATO DE TRANSPORTE Y CARTA DE PORTE. INEXISTENCIA DE RELACION JURIDICA ENTRE CARGADOR Y TRANSPORTISTA SUBCONTRATISTA (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, en su Sentencia de 22 de julio de 1985, confirmatoria (salvo en la imposición de costas) de la del Juzgado de Primera Instancia, sienta, como realidades de las que ha de partirse para la resolución del presente recurso, que Electrónica A., S. A., contrató con Transportes U. el traslado de ciertas mercancías desde Munguía a Milán, pagándole el precio, si bien la carta de porte se firmó por N., S. A., quien, a su vez, subcontrató con A. F., S. L., reclamando la primera Entidad de las otras tres el pago, con carácter solidario, de los daños sufridos por dichas mercaderías al volcar en Francia el camión que las transportaba; aludidas sentencias condenaron a las dos primeras demandadas, pero absolviéron a la tercera, reservando a aquéllas las acciones que les correspondiesen por sus relaciones internas. Don José Luis G. y don José Antonio U., propietarios de Transportes U., y N., S. A., recurren en casación.

Doctrina de la Sala.—De los cuatro motivos formulados por Transportes U., el primero acusa a la sentencia de Instancia error en la apreciación de la prueba, al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los otros tres infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, con base en el número 5.º del propio precepto.

El primer motivo pretende demostrar que la única intervención que tuvo Transportes U. en el contrato de transporte lo fue a título de mediación y favor, para poner en contacto a la Empresa cargadora Electrónica A. con la porteadora-transportista N., y cita como documentos de los que se desprende tal hecho la carta de porte firmada por las otras dos Entidades en 8 de junio de 1979, así como las facturas y letras de cambio giradas por ella en 2 de julio del propio año. El perecimiento del motivo es claro: tales documentos no revelan por sí mismos, sin necesidad de exégesis, deducciones o inferencias, lo que se pretende acreditar, y menos aún la equivocación del juzgador al afirmar, mediante una apreciación conjunta de la prueba, que U. convino con la actora las condiciones del contrato, se hizo cargo de su efectiva consecución, le cobró el precio estipulado por el transporte y las primas del seguro complementario, siguió de forma directa e inmediata las incidencias de la expedición desde la carga hasta el examen de los daños tras la avería y obtuvo por todo ello un lucro, estándole prohibido a las partes desarticular la prueba y acogerse únicamente a lo que pueda favorecerles, invadiendo así facultades propias de la Sala de Instancia, cuyo criterio ha de prevalecer por más objetivo y desinteresado, a lo que ha de añadirse que, al igual que el Código de Comercio, la «Convención C. M. R.», hecha en Ginebra el 19 de mayo de 1956, reconoce expresamente el carácter consensual del contrato de transporte, pues si bien señala la carta de porte como docu-

mento fehaciente de la realidad contractual, declara también que «su ausencia no afectará ni a la existencia ni a la validez del contrato de transporte, que seguirá sometido a las disposiciones del Convenio» (artículo 4.º), de lo que se desprende que, perfeccionado el contrato, la responsabilidad de U. se fundamenta en su culpa *in vigilando* o *in eligendo*, pues se obligó a realizar el transporte por sí misma o por medio de otro, lo que hace decaer igualmente los restantes motivos; el segundo, que denuncia aplicación indebida del artículo 17 del C. M. R., porque, al desestimarse el anterior, hace supuesto de la cuestión insistiendo en que U. es un simple mediador, y porque interpreta de modo restrictivo el artículo dicho, incardinado en el capítulo IV, que trata de la «responsabilidad del transportista», pretendiendo calificar como tal no a quien se obliga y garantiza el resultado del transporte (*opus*), sino sólo al que lo realiza por sí mismo materialmente; el tercero, que achaca a la sentencia de Instancia aplicación indebida del artículo 379 del Código de Comercio, porque se remite a las razones expuestas en el motivo primero, olvida lo dicho respecto al artículo 17 del C. M. R., que es el aplicado por la Audiencia, y que ésta se refiere con acierto a dicho artículo 379 diciendo que «en el más infundado supuesto de haber intervenido como comisionista o asentista del contrato en cuestión .. quedaría subrogado en las responsabilidades del porteador , en garantía del cargador o remitente ..», afirmación plenamente válida, ya que, al igual que con la solidaridad recogida en el artículo 373, párrafo 3.º, del propio texto legal, a quien se quiere garantizar al máximo es al remitente que contrató la obra, el transporte como resultado, pagando para ello un precio, interpretación finalista que, en lo dudoso o no contradicho expresamente, ha de abarcar el tan nombrado C. M. R.; y el último, que atribuye a la sentencia recurrida inaplicación del artículo 353 del Código de Comercio, al entender el recurrente que la carta de porte es el único título legal del contrato de transporte, porque tampoco en nuestro texto legal es un contrato formalista, sino consensual, que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades (Sentencias de 2 de enero de 1945, 12 de diciembre de 1968 y 8 de marzo de 1982), y la Sala de Instancia mantiene la existencia de dos relaciones jurídicas: la puramente consensual, no recogida documentalmente, entre U. y Electrónica A., S. A., y la existente entre ésta y N., reflejada en la carta de porte con pleno conocimiento de U.

Los cuatro motivos del recurso formulado por N., S. A., se amparan en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero dice que la Sala de Instancia interpreta erróneamente el artículo 36 del C. M. R. «al dirigirse la demanda contra N., S. A., la que no fue ni el primero ni el último de los transportistas que intervino en el transporte de la mercancía que se dice dañada o perdida, ni tampoco el que ejecutó la parte del transporte en cuyo curso se produjo el hecho que dio lugar a la pérdida o avería». La desestimación deviene de modo natural, pues la Audiencia ni siquiera cita el precepto que se dice infringido y aparte de su confusa redacción (o traducción) establece, en su inciso final, que «la acción puede interponerse contra varios transportistas a la vez», y es que el artículo 36 forma parte del capítulo VI, con la rúbrica «Disposiciones relativas al transporte efectuado por transportistas sucesivos», supuesto que requiere un transporte sometido a un solo contrato, que se ejecute por sucesivos transportistas, cada uno de los cuales se obligan por la mera aceptación de la mercancía y de la carta de porte (art. 34),

en la que deberán constar su nombre y domicilio, entregando un recibo firmado y fechado, haciendo constar en éste y en el segundo ejemplar de la carta de porte reservas análogas a las previstas en el artículo 8, párrafo 2 (art. 35), nada de lo cual se ha acreditado en el caso que nos ocupa, en el que, cual se ha dicho en el fundamento anterior, se contempla a Electrónica A. en relación doble con U. y N., pero no con A. F., S. L., por «lo que la inexistencia de un solo contrato con sucesivos transportistas» hace decir a la Sala de Instancia con gran acierto: que N. «aun habiendo asumido el transporte originariamente encargado a Transportes U. mediante concierto con los propietarios de esta Empresa por un precio inferior al estipulado por éstos con la actora, quedó *directamente* obligada con ésta como «transportista» con la formalización de la carta de porte en que figuraba como porteadora de la mercancía», constituyéndose en posición de tal frente a la cargadora demandante y no —o no sólo— frente a Transportes U.; que la subtransportista A. F., S. L., es ajena al contrato en cuya virtud accionó la demandante, y que al subcontratar N., S. A., hizo suya frente a las demás partes vinculadas la responsabilidad derivada de los actos y omisiones de A. F. en la ejecución del transporte, arregladamente a lo dispuesto en el artículo 3 del C. M. R., razones todas que hacen decaer igualmente el motivo tercero, en el que se denuncia infracción por inaplicación del artículo 37, apartado 1, subapartado a), al absolverse libremente a A. F., no obstante estar reconocido que era quien realizaba el transporte en el momento del accidente, siendo el conductor empleado suyo, pues al hacer tales afirmaciones olvida el recurrente esa ajenidad de A. respecto del contrato en que se sustenta la demanda, sin perjuicio, claro es, de las acciones que correspondan por sus relaciones internas, cual señala la sentencia recurrida.

En el segundo motivo denuncia N. interpretación errónea del párrafo primero del artículo 32 del C. M. R., en relación al párrafo 3 del propio artículo 944 del Código de Comercio y artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para concluir de todo ello que la acción había prescrito. Su decaimiento se produce porque la prescripción extintiva, cual tiene declarado con reiteración esta Sala, al ser instituto no asentado en principios de justicia intrínseca, merece un tratamiento considerablemente restrictivo y va ligado a una idea de abandono o inactividad, cosa que no ocurre en el caso que nos ocupa, ya que ocurrido el accidente el 13 de junio de 1979, tratando de cumplir disposiciones legales, se demanda ante la Junta de Detasas el 10 de abril de 1980, notificándose su dictamen, emitido previo intento de conciliación, el 13 de octubre de 1980, y apareciendo presentada a reparto la demanda origen de este litigio el 1 de diciembre del propio año, ha de tenerse en cuenta, conforme a la Sentencia de 31 de marzo de 1955, que el artículo 2 del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1947 interpreta o aclara lo establecido en la Ley de 24 de junio de 1938, que en el artículo 60 dice que el plazo de prescripción interrumpido se reanuda desde que al interesado le notifiquen la actuación de la Junta, y la significación jurídica y gramatical de las palabras «interrumpirá», «se reanudará» y «se continuará» evidencia que, a efectos de prescripción, ha de computarse el plazo del año atendiendo al tiempo pasado hasta la presentación de la reclamación a la Junta y el posterior a la actuación de ésta a partir de la notificación del acuerdo adoptado por la misma, resultando la prescripción si con las sumas de ambas etapas conjuntamente se ha cumplido el año, pero no en caso contrario, criterio que,

lejos de contradecir, ratifica la Sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 1944, citada por el recurrente, ya que en el mismo considerando en que señala el matiz diferencial entre la reclamación gubernativa y el acto de conciliación, apunta su similitud en cuanto ambos obstan a la entrada en el pleito, y concreta que hasta que se comunicó mediante certificación a los interesados el acuerdo, no quedó expedito el camino de la reclamación judicial, que en el caso contemplado por el presente recurso aparece presentada dentro de los dos meses siguientes a aquella comunicación (igual criterio se mantiene en Sentencias de 22 de diciembre de 1950, 15 de diciembre de 1955, 16 de diciembre de 1956 y 30 de octubre de 1971).

En el cuarto y último motivo, N. acusa a la sentencia de Instancia de infringir, por su no aplicación, los párrafos 1, 2 y 4 del artículo 23 y párrafos 1 y 2 del artículo 25 del C. M. R., al no haberse practicado la valoración de los daños conforme a las reglas imperativas que dichos preceptos fijan. Afirmándose en la sentencia que la valoración de los daños realizada por G. A. B. de España se emitió con absolutas garantías para las partes y que su estimación es muy inferior en la cuantía a la del informe pericial emitido en autos con arreglo a las previsiones del artículo 23 del C. M. R.; no combatidas tales afirmaciones fácticas conforme al cauce adecuado (núm. 4.º del art. 1.692) y no justificándose el interés del recurrente por una condena a abonar mayor cantidad, es obvio que el motivo no puede ser acogido.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE OBRA: RESPONSABILIDAD POR RUINA. RESPONSABILIDAD DEL APAREJADOR. PRUEBA PERICIAL. SIGNIFICADO PROCESAL DE LA ADHESION A LA APELACION (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don José Luis Albácar López.

Promovido por la Comunidad de Propietarios de la casa número 4 de la calle , de Córdoba, ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de la misma capital, demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don José Antonio S. C.; don Manuel S. G.; la Compañía Mercantil «X., S. A.»; don Juan C. M.; don Rafael M. M., y don Rafael N. M., sobre indemnización de daños por ruina de la aludida casa, con fecha 18 de enero de 1984 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla en la que, estimando en parte el recurso de apelación entablado por adhesión por la Comunidad citada y desestimando el interpuesto por la Sociedad «X.» contra la sentencia dictada por el referido Juzgado el 14 de mayo de 1982, se estimaba, también en parte, la demanda; sentencia contra la que se interpusieron por los demandados sendos recursos de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos: A) Que entablado únicamente por la demandada, «X., S. A.», recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, se adhirió posteriormente, en el trámite de instrucción, la Comunidad de Propietarios demandante, pretendiendo la condena de los Arquitectos y Aparejadores que habían sido absueltos por la sentencia de Primera Instancia.

B) Que la prueba practicada, y especialmente los dictámenes periciales emitidos, acreditan que en el edificio de que se trata, y aproximadamente a los seis años de su construcción, se revelaron varios defectos, que pueden agruparse en tres apartados, de los cuales, en relación con los dos primeros, referentes a la cámara de aire bajo el primer forjado, y a los patios, voladizos y caja de escalera, no existe prueba suficiente de que se hubieran producido por vicios o faltas en la dirección o ejecución de la obra, en tanto que el tercer apartado, relativo a los defectos de la azotea, donde los pretilos de obra no tienen la resistencia debida, por lo que presentan desplomes y abombamientos en gran parte de sus alineaciones, y en que existen filtraciones a las viviendas de la última planta por una mala impermeabilización de aquélla, son, sin duda, atribuibles, según la misma prueba, a una ejecución deficiente por empleo de mano de obra inadecuada y a haberse realizado la misma sin ajustarse al proyecto correspondiente.

Doctrina de la Sala.—El primero de los recursos de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Territorial lo fue por don José Antonio S. C. y don Manuel S. G., y se basa en dos motivos, de los cuales el primero de ellos se formula al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 858 de dicha Ley Rituaria, alegando que el recurso de apelación interpuesto por adhesión por la Comunidad de Propietarios actora y hoy recurrida contra la sentencia de Primera Instancia, no podía dar lugar a una condena de los demandados, que absueltos en Primera Instancia, no formularon recurso contra la misma, ya que, según se afirma por los recurrentes, el recurso de apelación por adhesión tiene unos límites subjetivos que sólo se extienden al que apela, pero sin que puedan perjudicar a quienes consintieron la sentencia, motivo éste que debe perecer en atención a las siguientes razones: Primera: Que tiene declarado esta Sala que la adhesión a la apelación se configura en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil como un recurso de apelación autónomo, bien que subordinado en cuanto al tiempo; consiguientemente, el que se adhiere al recurso se convierte en verdadero apelante en cuanto a los aspectos que han sido objeto de la adhesión; y asimismo, que el artículo 858 ni condiciona ni limita el alcance y efectos de la adhesión a la apelación, como aparece claramente del párrafo «sobre los puntos en que crea le es perjudicial la sentencia» sin excluir ninguno de ellos, teniendo, en consecuencia, la Sala de Apelación plenas facultades para el estudio y tratamiento de los temas señalados en el pertinente escrito de adhesión (Sentencias de 16 de febrero de 1920, 25 de febrero de 1944, 22 de junio de 1948, 22 de junio de 1958, 30 de noviembre de 1964, 20 de noviembre de 1976 y 18 de marzo de 1985). Segunda: Que en el supuesto que nos ocupa, recurrida la sentencia del Juzgado por la Entidad demanda, «X., S. A.», y habiéndose adherido a tal apelación la Comunidad de Propietarios actora respecto a los extremos que explicita en el escrito de adhesión, entre los que figura el relativo a la condena de los técnicos demandados, es obvio que, por aplicación de la doctrina jurisprudencial anteriormente reseñada, ha de entenderse que la citada Comunidad se convirtió en verdadera apelante en orden a tal pedimento y punto, por lo que la Sala de Apelación tenía plenas facultades para conocer y fallar en tal materia, lo que implica la expresa desestimación de este primer motivo.

Tampoco habrá de prosperar el segundo, que al amparo del número 1.º

del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia aplicación indebida del artículo 1.591 del Código Civil, alegando que los daños causados en la casa propiedad de la Comunidad actora son atribuibles a una ejecución deficiente de la obra por empleo de mano de obra inadecuada, por lo que entiende que la responsabilidad de tales defectos incumbe únicamente al contratista y no a los Aparejadores recurrentes, sin tener en cuenta que la resolución recurrida atribuye tales defectos no sólo a la ejecución deficiente, sino también a «haberse realizado la misma (obra) sin ajustarse al proyecto correspondiente», afirmación fáctica ésta no combatida por los recurrentes por la única vía apta para ello, la número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que ha devenido inalterable, y si a ello se une que es reiterada doctrina jurisprudencial que el Aparejador, como colaborador técnico de la construcción, viene sometido a responsabilidad en lo concerniente a la solidez del edificio y perfecta acomodación de las obras a los proyectos del Arquitecto (Sentencia de 1 de enero de 1985), claramente se deduce la improsperabilidad de este segundo motivo, y con ella la del recurso interpuesto por los citados Aparejadores, a quienes se impondrán las costas causadas en el mismo.

El segundo de los recursos de casación fue interpuesto por los demandados don Juan C. M., don Rafael M. M. y don Rafael N. M., y se basa en tres motivos, de los cuales, el tercero, que denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y demuestran la equivocación evidente del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, debe ser estudiado con prioridad a los dos anteriores, estudio que deber abocar a su desestimación, toda vez que presenta como tales documentos, de los que dice resultar el error en la apreciación de la prueba los informes periciales emitidos por un doctor Arquitecto, sin tener en cuenta que ninguno de ellos alcanza el carácter de documento, ya que no son otra cosa que la forma de documentar judicialmente un medio de prueba, el pericial, que debe ser valorado libremente por el Tribunal sentenciador de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin que sus resultados puedan ser combatidos en casación, salvo los supuestos en que las conclusiones probatorias puedan ser calificadas, lo que no sucede en el presente caso, de ilógicas, por lo que al decaer este primer motivo permanece inmutable el supuesto fáctico, ya expuesto en los fundamentos de Derecho que estudiaban el anterior recurso, de que la obra de la azotea se realizó sin ajustarse al proyecto correspondiente.

Que, finalmente, no mejor fortuna habrán de merecer los motivos primero y segundo de este segundo recurso, amparados ambos en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, y que acusan, respectivamente, aplicación indebida o interpretación errónea del artículo 1.591 del Código Civil y del artículo 1.596 del mismo Cuerpo legal, haciendo supuesto de la cuestión al partir de la base errónea de que los defectos de la obra únicamente eran imputables a la ejecución deficiente por empleo de mano de obra inadecuada cuando, como acabamos de decir, la resolución recurrida los atribuye también a su realización sin ajustarse al proyecto correspondiente, función ésta, la de vigilar que la obra se adapte al proyecto, que obviamente incumbe a los Arquitectos directores de la misma, por lo que, al no haberla cumplido, corresponde a los demandados la consiguiente responsabilidad, habiéndose, en su consecución

cia, de desestimar también estos dos motivos y con ellos el recurso, con imposición a los recurrentes de las costas causadas en el mismo.

RICARDO DE ANGEL

NULIDAD DE CONTRATO: POR FALTA DE CAUSA (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

En la demanda que inicia la litis se solicita por los actores, don George y doña Joyce L., de nacionalidad británica, la nulidad del contrato celebrado con el demandado, don Tomás S. J., en el que se expresa que dichos actores venden y el demandado compra la tercera parte indivisa de los locales números 6 y 24 del Complejo «X.»; nulidad que basan en la concurrencia de error sustancial en el consentimiento prestado por los demandantes y en el dolo grave en la conducta del demandado. El demandado, tras interesar la absolución de dicha pretensión de nulidad, reconviene suplicando se condene a los actores a otorgar escritura pública de compraventa a su favor de la citada tercera parte indivisa de dichos locales. La sentencia de la Audiencia, aquí recurrida, después de revocar la del Juzgado, declara nulo el expresado contrato de compraventa, con desestimación de la reconvencción. Sirven de soporte a tal pronunciamiento las siguientes afirmaciones básicas: a) El precio figurado en el contrato, de 500.000 pesetas, «no sólo fue simbólico, sino ficticio, ya que los actos coetáneos y posteriores demuestran paladinamente que no hubo ni podía haber transferencia de metálico a favor de los cónyuges demandantes». b) No puede hablarse de un precio irrisorio confesado... «completado por su trabajo personal diario en la explotación del negocio sin ninguna renunciación o salario », pues « .. la explotación viene satisfecha por la tercera parte de los ingresos». c) « .. Estamos no ya en presencia de un contrato de compraventa sin causa, al no existir un precio real y verdadero, y como tal nulo absolutamente e inexistente, sino ante la presentación de una apariencia que mueve la voluntad de los actores erróneamente a dar su consentimiento a un contrato de compraventa inexistente —artículo 1.265 del Código Civil—, y se recurre a palabras insidiosas en cuanto a la fijación del precio, y se convence a los actores para que toda la documentación conste a nombre del demandado...».

Doctrina de la Sala.—El estudio del presente recurso debe empezar por el motivo tercero, apoyado en los ordinales 4.º y 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y en el que se denuncia la infracción del artículo 1.274 del Código Civil, en relación con el documento de 30 de mayo de 1980 obrante en autos, consistente en el contrato privado de compraventa de la repetida tercera parte de los locales de negocio y constitución de una Sociedad particular para la explotación de la industria de bar en dichos locales, que vino a sustituir a un anterior arrendamiento, documento reconocido que, a entender del recurrente, demuestra la equivocación del juzgador; motivo que no puede prosperar, no sólo porque el citado documento ha sido analizado minuciosamente por el Tribunal de Instancia

y de él ha extraído, en conexión con los demás elementos de convicción existentes en el proceso, las conclusiones anteriormente señaladas, sino también porque con independencia de las relaciones contractuales existentes con anterioridad a la firma de tal documento de 30 de mayo, es lo cierto que la sentencia recurrida, sin que aparezca desvirtuado, afirma que la actividad de vigilancia y dirección durante el tiempo invertido en la instalación del bar no era retribuida ni podía serlo porque el contrato daba por existente tal instalación, y «... la explotación (del negocio) viene satisfecha por la tercera parte de los ingresos...», lo que implica que en la aparente transmisión de la tercera parte de la propiedad de los locales no concurría la contraprestación que el citado precepto define como causa de los contratos onerosos, pues la participación en los beneficios implicaba contraprestación a su dedicación a la explotación del negocio.

Desestimado el tercer motivo, carecen de base de sustentación los dos primeros, amparados en el ordinal 5.º del artículo 1.692, y en los que se denuncia la infracción de los artículos 1.261, 1.269 y 1.270 del Código Civil, infracción que no puede prosperar por fundamentarse en hechos no reconocidos por la sentencia recurrida y no acreditados por el cauce del motivo anterior, por lo que al afirmar que en el contrato de 30 de mayo de 1980 concurren todos los requisitos necesarios para la existencia de un contrato de compraventa, o al negar que en la celebración del mismo no interviniera el dolo causante del contrato, está haciendo supuesto de la cuestión y sustituyendo su propio y personal criterio por el más objetivo del juzgador, lo que lleva a la repulsa de los citados motivos.

RICARDO DE ANGEL

RESPONSABILIDAD CIVIL: POR ACCIDENTE AEREO. DILIGENCIA EXIGIBLE EN LA RESPONSABILIDAD POR CULPA. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: NO ES APLICABLE LA DE SEIS MESES (DE LA LEY DE NAVEGACION AEREA) AL CASO DE COMPETICION DEPORTIVA (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Ramón López Vilas.

Doctrina de la Sala.—Al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la recurrente única del presente recurso acusa a la sentencia de la Audiencia de incurrir en «error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios», citando al efecto el documento que obra al folio 159 de los autos y que la recurrente trata de magnificar afirmando que «emitido por la Autoridad competente para entender en todo lo relativo a la navegación aérea, según dispone el artículo 8 de la Ley sobre Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, afirma que el accidente fue un caso fortuito».

El motivo debe ser desestimado porque, al margen de que el documento referido, consistente en escrito de calificación del auditor, forma parte de las diligencias previas instruidas por la Autoridad militar com-

petente, y en él se dice que los hechos no revisten «relevancia suficiente para ser constitutivos de delito o falta imputables a persona determinada», es lo cierto que la doctrina jurisprudencial de esta Sala de manera constante viene reiterando que si bien el artículo 1.902 del Código Civil descansa en un básico principio culpabilista, no cabe desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, a lo que debe añadirse como criterio complementario, dentro de pautas adecuadas, el de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir (Sentencias, entre las más recientes, de 21 de junio y 1 de octubre de 1985, y 31 de enero, 2 de abril y 17 de diciembre de 1986), lo que permite entender que para responsabilizar una conducta no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales y de tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiadas y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio a personas o bienes jurídicamente protegidos (Sentencias, entre otras, de 23 de marzo de 1982 y de 17 de diciembre de 1986), lo que en el caso presente no aconteció a la vista del resultado dañoso producido de forma individualizada en una sola de las avionetas participantes en la competición deportiva, lo que, en principio, parece traslucir el fallo o la falta de previsión suficiente en quien manejaba la concreta aeronave accidentada, con resultado de muerte para sus ocupantes.

Con base en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el segundo motivo denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico por entender que debería haberse aplicado al supuesto litigioso la prescripción semestral del artículo 124 de la Ley sobre Navegación Aérea de 21 de julio de 1960.

El motivo ha de ser rechazado, ya que el plazo excepcional de prescripción de seis meses que restrictivamente establece el citado artículo 124 de la Ley de Navegación Aérea para el «transporte de viajeros y mercancías», no es de aplicación a casos como el aquí contemplado de daños causados por aeronaves no utilizadas para el transporte, sino para prácticas deportivas, en las que los ocupantes no tienen en realidad la condición de «viajeros», a que se refiere el artículo 115 de la propia Ley especial, que encabeza el capítulo consagrado a «la responsabilidad en caso de accidente», sino de «participantes» en la competición deportiva de que se trate, lo que se proyecta también en la pretendida aplicación al caso del artículo 150 de la repetida Ley, que dispone la sujeción a las disposiciones de dicha Ley, «en cuanto les sean aplicables», de las aeronaves de transporte privado de Empresas, las de Escuelas de Aviación, las dedicadas a trabajos técnicos o científicos y las de turismo y las deportivas, con fijación al respecto de excepciones expresas, entre las que, en primer lugar, se dispone que «no podrán realizar ningún servicio público de transporte aéreo de personas o de cosas, con o sin remuneración». En consecuencia, la prescripción aplicable al caso que nos ocupa ha de entenderse que es la del transcurso de un año, establecida en el número 2 del artículo 1.968 del Código Civil para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del propio Código, siendo indiscutido al efecto que entre la fecha del desgraciado accidente (9 de septiembre de 1978) y la de la interpretación de la demanda (20 de junio

de 1979) no transcurrió el tiempo necesario (un año) para acogerse a la prescripción postulada, que supondría, además (en el caso singular de la prescripción semestral), una limitación añadida a una institución que, por su carácter excepcional, ha de ser interpretada restrictivamente.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE OBRA: RUINA. CONCEPTO. COMPATIBILIDAD DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LOS ARTICULOS 1.101 Y 1.124 DEL CODIGO CIVIL, CON LAS RESULTANTES DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO Y CON LAS LLAMADAS ACCIONES EDILICIAS (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—Para el adecuado enjuiciamiento del presente recurso de casación ocurre establecer las siguientes puntualizaciones: A) El juicio de que dimana se rige por demanda presentada por la Comunidad de Propietarios de la casa... de esta capital, frente a C., S. A., que edificó dicha casa y la vendió a los propietarios que constituyen la Comunidad actora, luego de constituirla en régimen de Propiedad Horizontal (escritura pública de 4 de noviembre de 1975). B) Dicha demanda tiene por objeto la pretensión de que se condene a C. «a efectuar de manera inmediata la reparación de la totalidad de los desperfectos y anomalías existentes en los edificios pertenecientes a la Comunidad demandante, así como a la sustitución de los materiales inadecuados empleados en la construcción subsanando plenamente los graves defectos denunciados, y fijándose por el Juzgado plazo perentorio a tales efectos», y «alternativamente, y ante el más que probable incumplimiento de la obligación de hacer a que se contrae la solicitud, se condene igualmente a la Sociedad demandada a que abone a nuestra representada (dice) la totalidad de los gastos que se ocasionen y perjuicios producidos cuya magnitud será definitivamente concretada en trámites de ejecución de sentencia». Los desperfectos y anomalías a que se deja hecha referencia los describe así el escrito de demanda: a) Desprendimientos de bovedillas en diversos pisos. b) Agrietamiento de paredes. c) Existencia de humedades y goteras. d) Deterioros de bajantes. e) Roturas de la distribución de agua caliente. f) Agrietamiento y desprendimiento del «parquet» de las viviendas. C) Invoca en Derecho, y en cuanto al fondo, «los artículos 1.484 y siguientes, así como los concordantes del Código Civil vigente referentes a la compraventa», y «los artículos 1.591 y concordantes del mismo Cuerpo legal, en relación con el contrato de obra» (157). D) En 1 de diciembre de 1976 se convino entre los aquí litigantes «dejar solucionadas todas las cuestiones surgidas entre C., S. A., y la aludida Comunidad de Propietarios con motivo de la construcción del referido edificio y de la venta de los pisos o viviendas del mismo a sus propietarios», estipulándose la entrega de 1.900.000 pesetas por la Constructora a la Comunidad, asumiendo aquélla el compromiso de obrar «en el muro exterior del edificio medianero con la propiedad colindante», en el supuesto de que «aparecieran en la época invernal

manchas de humedad o se comprobara que el aislamiento térmico de dicho muro» no resultara de acuerdo con la normativa aplicable; en cuyos términos dejaron «totalmente solventadas todas las cuestiones pendientes», «renunciando desde este momento dicha Comunidad de Propietarios a cualquier reclamación judicial contra C., excepto las que puedan derivarse de la existencia de vicios o gravámenes ocultos». E) El Juzgado dictó sentencia estimando la demanda y condenando a la Constructora demandada «a efectuar la reparación de los desperfectos existentes en los edificios pertenecientes a la demandante, sustituyendo los oportunos materiales dentro del plazo que se fijará en ejecución de sentencia, y en el supuesto de incumplimiento de la anterior obligación, se condena a C. a indemnizar los daños y perjuicios que se determinarán en ejecución de sentencia». La Audiencia revocó el fallo del Juzgado y desestimó la demanda. El fundamento de este fallo está en haber caducado la acción de los artículos 1.484 y 1.490 del Código Civil por el transcurso de los seis meses con mucha anterioridad a la presentación de la demanda origen del juicio el 11 de abril de 1981, y en ser el artículo 1.591 «claramente inaplicable al presente caso», por cuanto «la pretensión ejercitada de reparación» «arranca no de la ruina de lo edificado o de una parte importante, sino de desperfectos».

Esta Sala viene entendiendo, Sentencias de 3 de febrero y 30 de diciembre de 1986, que no existe incompatibilidad entre las acciones generales de los artículos 1.101, en relación con el 1.103 y el 1.104, y 1.124, con las nacidas de vicios en el consentimiento, conforme a los artículos 1.262 y siguientes y 1.300 y siguientes, con las acciones llamadas edilicias de los artículos 1.484 a 1.486 y 1.490, y, finalmente, con las otorgadas por el 1.591 del Código Civil. Pudo, por consiguiente, la Comunidad demandante utilizar las generales, lo que no ha hecho, y también las edilicias cumulativamente con la del párrafo primero del 1.591, efectivamente ejercitada la de esta última clase, según así lo denotan los fundamentos de Derecho invocados en el escrito de la demanda.

Comoquiera que el plazo de seis meses del artículo 1.490 es de caducidad, según reiteradas declaraciones de esta Sala (véase la Sentencia de 7 de mayo de 1981 y las que en ella se citan), debe juzgarse, como lo hace acertadamente la sentencia impugnada, que tienen que rechazarse las pretensiones de la demanda en cuanto se apoyan en Derecho en la cita de los artículos que regulan las de esa clase, ya que el edificio se terminó en 1975 y la Comunidad de Propietarios estaba constituida con anterioridad al 1 de diciembre de 1976, en que otorgó con la Sociedad demandada el contrato de que luego se hará mérito, habiéndose celebrado el acto de conciliación previa a la presentación de la demanda el 9 de enero de 1981, y deducido la demanda el 11 de abril del mismo año 1981.

No habiéndose ejercitado otras que las acciones edilicias, la demanda habría de ser desestimada, como lo fue en el caso a que recayó la antes citada Sentencia de 7 de mayo de 1981; pero, en el caso, no sólo se ejercitaron dichas acciones, sino también la que otorga el artículo 1.591 por su párrafo primero. La sentencia impugnada declara la existencia de los desperfectos que fundamentan la demanda, y que consisten en desprendimiento de bovedillas en pisos y garajes, fisuras y grietas en zona de torreones de ascensores, humedades y goteras en terrazas y techos de viviendas de la última planta, deterioro de las bajantes, roturas en la instalación de agua caliente y desprendimiento del «parquet»; pero desestima

la reclamación deducida para su reparo, argumentando que el artículo citado es «claramente inaplicable al presente caso, pues hace referencia a la responsabilidad del contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción o del Arquitecto director de la obra cuando la ruina proviniera de vicios del suelo o de la dirección, siendo así que la pretensión ejercitada de reparación de los edificios o, en su caso, la indemnización de los gastos y perjuicios, arranca no de la ruina de lo edificado o de una parte importante, sino de desperfectos». Esta afirmación es correcta en cuanto referida a que no existe peligro de derrumbamiento del edificio; pero la jurisprudencia de esta Sala ha ampliado el concepto de ruina del artículo haciéndolo comprensivo no solamente del derrumbamiento total o parcial, actual o previsible, del edificio por graves defectos afectantes a su estructura o elementos esenciales, sino también a la concurrencia de otros defectos constructivos que por superar a las simples deficiencias o imperfecciones ocurrientes, implican una potencial ruina por pérdida o aparejan su inutilidad para la finalidad o dedicación para que se efectuó la construcción (Sentencias de 5 y 16 de marzo de 1984 y las que en ellas se citan). La Sentencia de 20 de diciembre de 1985, amparándose en las que refiere, concibe la ruina identificada con cualesquiera vicios constructivos graves, entendidos, a su vez, éstos como todos aquellos vicios constructivos que por exceder las meras o simples imperfecciones corrientes significan una suerte de ruina potencial y también (para lo que aquí importa) «todos aquellos otros que hagan la edificación inútil para la finalidad que le es propia» (ruina funcional de las Sentencias de 21 de abril de 1981, 8 de febrero de 1982 y 17 de febrero de 1984). Este concepto obliga a discernir, sobre las imperfecciones alegadas, aquellas que ciertamente dificultan gravemente la utilización de la construcción, como son los desprendimientos, fisuras y grietas, humedades y goteras y desprendimientos del piso, al par que se desechan otros capítulos, como los deterioros de las bajantes y roturas de la instalación de agua caliente, que sobre ser de menor importancia, además, no pueden atribuirse claramente a defectos constructivos, pudiendo originarse en el uso inadecuado de las instalaciones. Para la estimación de la pretensión reparatoria, no será obstáculo el convenio de 1 de diciembre de 1976, ya que los vicios tema de la demanda aparecieron con posterioridad y no se hallan claramente comprendidos en la transacción de esa fecha.

RICARDO DE ANGEL.

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION: EL DE OBLIGACIONES ACCESORIAS O SECUNDARIAS (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

El juicio de que el presente recurso dimanara tiene por inicial objeto la condena a la Sociedad demandada, en favor de la demandante, al pago de la cantidad de 3.027.975 pesetas. Existiendo entre ambas Entidades el contrato de 10 de febrero de 1975, de arrendamiento por la propietaria, y aquí demandante, a la arrendataria, ahora demandada, del hotel «V.».

en los términos del documento privado que constituye los folios 4 a 16, la cantidad reclamada se forma por la renta devengada hasta el 30 de octubre de 1976, en que resolviéndose el contrato, tuvo efecto la devolución del hotel por la arrendataria a la arrendadora, esto es, cuatro millones de pesetas, de que se descuentan dos millones capital de cierta letra de cambio, restando, por tanto, otros dos millones, con más 1.027.204 pesetas por faltas en el inventario, desperfectos y facturas. El Juzgado, estimando en parte la demanda, condenó a pagar 1.838.262 pesetas, desestimando la reconvencción del contenido que se dirá. Recurrída dicha sentencia por la Sociedad demandada, la Audiencia emanó la sentencia impugnada, en la cual se consigna que la parte apelante, en el acto de la vista del recurso de apelación, reconoció expresamente la procedencia de la condena en su contra a pagar la cantidad de 666.666 pesetas por la renta no abonada, la de 325.232 pesetas por los defectos en la entrega de efectos y utillaje inventariado y la de 424.879 pesetas por los desperfectos causados, «cuya obligación de pago paladinamente admitió»; precisándose en dicha sentencia, que es la impugnada por el presente recurso de casación, que por tales manifestaciones y por haberse aquietado la parte actora con la sentencia de Primera Instancia, «los únicos problemas a resolver en esta alzada (dice) habrán de ser los formulados a través de la vía reconvenccional respecto a si por estimar bien resuelto el contrato, por su parte, ante el pretendido incumplimiento de la actora, habría de condenarse a ésta al pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, y en cuanto a si procederá o no el abono por la demandada de lo postulado en la demanda por el concepto de facturas dejadas de abonar, y, en su caso, en qué cuantía». Respecto a este segundo particular, la sentencia de la Audiencia reduce la partida o concepto «facturas dejadas de abonar», de la cifra estimada por el Juzgado (421.484 pesetas) a la de 171.209. En cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios debidos por el incumplimiento atribuido a la Sociedad demandante, que deniega, establece que «aunque se admitiera que por parte de la propietaria de la industria se contrajo la obligación de conseguir la citada calificación administrativa (de tres estrellas)», «sólo podría estimarse como una obligación accesoría o secundaria, cuyo incumplimiento nunca podría dar lugar a la resolución del contrato», y además, «no habiéndose ni tan siquiera intentado la menor prueba tendente a acreditar que por el hecho de que la industria no obtuviera la calificación turística pretendida tuviera que dejar de explotarse la misma o lo fuera en condiciones menos ventajosas», procede denegar la indemnización, ya que «no estando necesariamente unida a la resolución contractual la indemnización de daños y perjuicios, se exige inexcusablemente la prueba de éstos», sin que la demandada reconviniente «haya ni siquiera intentado demostrar no ya la cuantía de esos pretendidos perjuicios», pero ni siquiera expresado «en qué consistieron los mismos». Este es el único punto remanente que el recurso trae a la consideración de esta Sala, esto es, la procedencia de los daños y perjuicios por incumplimiento contractual achacable a la Sociedad demandante y aquí recurrida, y consistente en no haber conseguido la calificación de tres estrellas.

Doctrina de la Sala.—No es merecedor de acogida el primero de los motivos, por error de hecho en la apreciación de la prueba denotado por documentos, pues, en efecto, no existe duda alguna sobre la existencia y los términos de los pactos de 10 de febrero de 1975 y 30 de octubre

de 1976, sin que puede tratarse como error de hecho haberse pronunciado sobre una solicitud de indemnización basada en el artículo 1.124, que nadie había solicitado, sino la pertinente conforme al artículo 1.101 del Código Civil por incumplimiento de obligaciones. Lo que propiamente se alega en este motivo primero es el haberse interpretado el contrato de arrendamiento de 1975 sin otorgar el merecido relieve a la cláusula séptima, que el recurso conceptúa infringida por la Sociedad demandante, dando paso a la situación de incumplimiento a que conviene el artículo 1.101 citado, a tenor del cual «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas». Debe, pues, ser desechado este motivo primero.

La cláusula que sirve de apoyo al recurso es la 7.ª del contrato de 10 de febrero de 1975, y a tenor de la misma, «si por exigencia administrativa o legal hubiera necesidad de efectuar cualquier instalación o adicionar en algo lo existente, su importe correrá a cargo de la propiedad», y «será de cuenta de la propiedad igualmente el alta de la industria con categoría de hotel o apartamentos de tres estrellas». La tesis de la Sociedad demandada y aquí recurrente es que la demandante venía obligada, según la cláusula transcrita, de cuyo incumplimiento fluye la obligación de indemnizar que se reclama en la reconvención y en el presente recurso, de agenciar la calificación administrativa mencionada, que al no haberse obtenido, sino otra inferior de dos estrellas, comporta el perjuicio consistente (como antes se comprobó) en «no poder facturar en la categoría pactada y tenerlo que hacer en una inferior». La Audiencia rechazó la pretensión interpretando que la cláusula no contiene la obligación en cuyo incumplimiento se funda la pretensión indemnizatoria y que, en todo caso, se trataría de «una obligación accesoria o secundaria, cuyo incumplimiento nunca podría dar lugar a la resolución del contrato». Bastaría el haber interpretado la Audiencia la cláusula 7.ª litigiosa como acaba de decirse para que el motivo segundo que se considera claudicase, ya que es constante doctrina de esta Sala que la interpretación se inscribe en el *factum* y pertenece soberanamente a los Tribunales de la Instancia. Es cierto, sin embargo, que la obligación de indemnizar puede nacer del incumplimiento no sólo de las cláusulas contractuales básicas, sino de cualquier contravención de lo pactado. No lo es, en cambio, que la cláusula transcrita pueda entenderse del modo que el recurso propone, esto es, obligando a la Sociedad propietaria y arrendadora a obtener la calificación de tres estrellas, ya que, según el tenor literal de la misma, que es el que debe prevalecer, según el párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil, por expresarse en términos claros y que no dejan duda sobre la intención de los contratantes, no contiene otra sustancia obligacional que la de ser «de cuenta de la propiedad» «el alta de la industria con categoría de hotel o apartamento de tres estrellas», igualmente que «cualquier instalación o adicionar en algo lo existente» si se producía «exigencia administrativa o legal». La Sociedad demandante y aquí recurrente venía obligada, por ser la propietaria del establecimiento, a sufragar los gastos que se originaren frente a la Administración del ramo a causa de las exigencias de ésta o por la calificación y apertura de la industria, pero sin dejar comprometida frente a la Sociedad arrendataria

y aquí recurrente unas instalaciones distintas de las existentes, ni una determinada categoría.

RICARDO DE ANGEL

C) ARRENDAMIENTOS RUSTICOS Y URBANOS

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RETRACTO.—LA AFIRMACION HECHA EN UN DOCUMENTO PUBLICO DE QUE LA FINCA ESTA ARRENDADA NO ES PRUEBA PLENA SI LA SALA LLEGA A LA CONCLUSION CONTRARIA APRECIANDO EL CONJUNTO DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1985).

El Grupo Sindical de Colonización, que adquirió unas fincas arrendadas, al parecer, por el antiguo propietario, requirió a los ocupantes para que desalojaran dichas fincas, pero éstos interponen demanda solicitando el retracto ante el Juzgado de Sepúlveda, que admitió la demanda, aunque la Audiencia de Madrid revocó la anterior resolución.

No prospera la casación. La sentencia recurrida afirma que los actores no eran arrendatarios en el momento de la transmisión, a que el retracto se refiere, ya que si lo fueron antes habían perdido la posesión arrendaticia, ya que, sujetas a concentración parcelaria, no habían poseído las fincas de reemplazo, que son las enajenadas a título oneroso por sus propietarios. La afirmación hecha en escritura pública de que una finca está arrendada no es prueba plena, según el artículo 1.215 del Código Civil, ni puede imponerse al criterio valorativo de la Sala *a quo*, que apreciando en conjunto la prueba llega a conclusión contraria a la expresada en documento público, ya que la escritura sólo hace prueba en cuanto a la fecha y al hecho de su otorgamiento, no al resto de su contenido, por lo que la Sala llega a la conclusión de que los retrayentes no eran arrendatarios de las fincas enajenadas. Tampoco es aplicable la Ley de 1980, por el principio de irretroactividad de las leyes.

RESOLUCION DE CONTRATO.—NO EXISTIENDO MAS QUE UN CONTRATO, EL DEL PADRE, Y NO DOS, COMO PRETENDE EL RECURRENTE, SE HA PRODUCIDO LA EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO POR HABER TERMINADO EL PLAZO CONTRACTUAL Y SUS PRORROGAS (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1985).

Se presenta demanda ante el Juzgado número 1 de Zaragoza por haber transcurrido con exceso el plazo contractual y sus prórrogas, solicitando la extinción del arrendamiento, lo que niega el demandado, alegando la existencia de dos contratos: uno hecho por el padre y otro por el hijo,

y pidiendo en reconvencción el abono de las mejoras hechas en las fincas arrendadas. El Juzgado estimó la demanda y desestimó la reconvencción, lo que se confirma en apelación.

El Tribunal Supremo revoca parcialmente la anterior, estimando el recurso en cuanto a la condena en costas, ya que no se aprecia temeridad en el recurrente. Tanto el Juzgado como la Audiencia declaran extinguido el arrendamiento en 30 de septiembre de 1983, rechazando la existencia de dos contratos (el del padre y el del hijo) y la reconvencción en la que se solicita el abono de mejoras, por falta de prueba, entendiéndose que fue el hijo el que extendió el contrato, en nombre del padre y en el suyo propio. Los recibos de renta que fueron expedidos, unos a nombre del padre y otros del hijo, no prueban la existencia de dos contratos, ya que sólo existe un contrato escrito y el cambio en los recibos sólo obedece al fallecimiento del padre, pero persistiendo uno de los arrendatarios en el disfrute de la finca como tal contratante sin que se pruebe la existencia de otro contrato verbal con el hijo. El dictamen pericial respecto a las mejoras no prueba que fueran hechas por el arrendatario y menos aún que les fueran debidas, por lo que es prueba insuficiente.

DESAHUCIO.—EL DERECHO DE RECUPERAR LA FINCA EL PROPIETARIO ES PREFERENTE AL DE PRORROGA DEL ARRENDATARIO, QUE NO HABIA COMUNICADO FEHACIENTEMENTE ESTE DESEO Y ADEMÁS NO OSTENTABA LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1985).

En 1977, con un año de antelación al fin del plazo del arrendamiento, se requirió al arrendatario por la propietaria comunicando su deseo de cultivar directamente la finca, y transcurrido el año sin que abandonase la finca, se interpone demanda ante el Juzgado de Utrera, que declaró resuelto el contrato, así como también la Audiencia de Sevilla.

Tampoco tiene éxito la casación. No se comunicó a la dueña el deseo de prorrogar el contrato, pese a que se ha pretendido probar con testigos una comunicación verbal en ese sentido, lo que la sentencia no da como acreditado y cuya apreciación no se impugna en el recurso. Se rechaza la aplicación de la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de 1980, que permite prorrogar el contrato hasta veintiún años, ya que este derecho de prórroga cede ante el del arrendador que se proponga recuperar la finca para su explotación directa y lo notifique así al arrendatario [art. 83, 1, a)], aparte de que no se justificó el carácter de cultivador personal y, por ello, el contrato se extinguió antes de la Ley de 1980. El Juez afirma que la cuestión es más aparente que real, porque con una u otra legislación procedía la resolución del contrato, dada la preferencia del derecho del arrendador para recuperar la finca cuando se proponga cultivar personalmente la finca, lo que confirma reiterada jurisprudencia de este Tribunal.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL ARRENDATARIO TIENEN LA CONSIDERACION DE GRAVES Y VOLUNTARIOS, SIENDO ACREEDORES DE LA RESOLUCION CONTRACTUAL DECRETADA (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1985).

El arrendatario realizó un aprovechamiento abusivo, dañando los árboles y haciendo una entresaca excesiva al arrancar 1.200 encinas, por lo que se presenta demanda de resolución del contrato ante el Juzgado de Jerez de los Caballeros, que la admite en cuanto a la indemnización de los daños, y la desestima en cuanto a la resolución. La Audiencia declaró resuelto el contrato y condenó también al pago de los daños causados.

No tiene éxito la casación. Los daños recogidos en el dictamen pericial emitido por un Ingeniero de Montes, designado de común acuerdo por las partes, tienen la consideración de graves y voluntarios. Son graves por cuanto ascienden a la suma de 1.793.906 pesetas, cantidad superior a la renta de un año, por lo que ha de entenderse correcta la aplicación de la causa 5.ª del artículo 75 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, y, además, son voluntarios, esto es, dolosos, y tal calificación, por lo menos, en cuanto a los causados por la abusiva entresaca de las encinas, que alcanzó a 1.200, en lugar de las 180 autorizadas, debe ser aceptada, por lo que estos daños son acreedores de la resolución contractual a la que se refiere el mencionado precepto.

DESAHUCIO.—EL CONTRATO ES DE ARRENDAMIENTO ORDINARIO, CUYO PLAZO MINIMO ES DE SEIS AÑOS, SIN QUE HAYA SIDO OBJETO DE PRORROGA ALGUNA, POR LO QUE TRANSCURRIDOS TRECE AÑOS HA DE CONSIDERARSE EXTINGUIDO (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1985).

Habiendo transcurrido más de trece años de duración del contrato ha de considerarse extinguido por no haber sido prorrogado, formulándose demanda en tal sentido ante el Juzgado número 1 de Almería, que estimó el desahucio, rechazándose igualmente la apelación.

No ha lugar a la casación. El contrato es de arrendamiento ordinario, cuyo plazo mínimo es de seis años, sin que haya sido objeto de prórroga alguna, y habiendo transcurrido más de trece años desde su inicio, ha de considerarse extinguido, afirmación inatacada y conclusión que no contradice la Disposición Transitoria del Real Decreto-ley de 30 de junio de 1978, relativa a la prórroga de arrendamientos rústicos que afecten a cultivadores directos y personales a medida que expire el plazo de los mismos, situación que no es la del caso presente. Por otra parte, se insiste en la aplicación del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1959, siendo así que tanto el Juzgado como la Audiencia argumentan con el artículo 91 de dicho Reglamento que el contrato está excluido de este Reglamento, tanto por su fecha como por su naturaleza.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—SE TRATA DE UN CULTIVADOR PERSONAL Y DIRECTO, SIN QUE LA EXTENSION DE LAS FINCAS ARRENDADAS EXCEDAN DE 500 HECTAREAS, POR LO QUE NO PROCEDE LA RESOLUCION SOLICITADA (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1985).

En 1979 se notifica al arrendatario el deseo de los propietarios de recuperar el cultivo personal de los predios arrendados, y no atendida esta voluntad, se ejercita la correspondiente demanda ante el Juzgado de Burgo de Osma, que no la admite, recogiendo la excepción de falta de legitimación activa, alegada por el demandado, en cuanto a uno de los contratos, rechazando el desahucio en el otro. La Audiencia de Burgos desestimó la excepción, y entrando en el fondo del asunto, rechaza íntegramente la demanda en ambos contratos.

No corre mejor suerte la casación. Las dos sentencias aprecian que se trata en ambos casos de un cultivador directo y personal de la finca, que es fundamento de la explotación agrícola, lo que no contradice la existencia de un pastor que atendía al ganado lanar existente en parte de la finca, careciendo de fundamento la indicación de que se aplicó indebidamente el Real Decreto de 10 de octubre de 1980 y de la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley vigente. Tampoco se prueba adecuadamente que las fincas arrendadas excediesen de 500 hectáreas permitidas por la Ley para este tipo de arrendamientos, aparte de que cuanto se sostiene no coincide con lo alegado en la demanda inicial, quedando incólume la base fáctica de las sentencias recurridas respecto a la extensión superficial de la finca, justificando la inaplicación de la referida Disposición Transitoria.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

NULIDAD DE CONTRATO.—EL CONTEXTO DEL PRETENDIDO CONTRATO DE COMPRAVENTA DEMUESTRA QUE SE TRATA DE UN ARRENDAMIENTO. POR OTRA PARTE, NO SE ABONO NINGUNA CANTIDAD DE ENTRADA Y EL PLAZO SEÑALADO PARA EL PAGO DEL PRECIO ES DEMASIADO LARGO, TODO LO CUAL DEMUESTRA CLARAMENTE CUAL ERA LA VERDADERA INTENCION DE LOS CONTRATANTES (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1985).

En 1963 se hizo un documento privado de compraventa, que encubría un arrendamiento en el que la renta era superior a la permitida por la Ley de 1953 para las viviendas bonificables, y en 1978 el arrendatario requirió y consignó en el Juzgado la cantidad de 217.300 pesetas como resto del precio del piso, y rechazada por el presunto vendedor, éste entabló juicio de desahucio que no prosperó. Se entabló juicio declarativo ante el Juzgado número 1 de Oviedo pidiendo la nulidad de la compraventa y la existencia de un arrendamiento. Tanto el Juzgado como la Audiencia estimaron la demanda.

Tampoco triunfa la casación. En el acto de conciliación de 1979, si bien se emplean expresiones como la de «piso vendido», que son repetición de

las empleadas en el contrato, también se habla de «pretendida venta» y se insiste en que el conciliado sigue ostentando la cualidad de arrendatario y que adeuda las rentas de abril y diciembre de 1978, todo lo cual hace equívocas las restantes expresiones empleadas en el acto conciliatorio. Además, se señalan en el documento privado la falta de constancia de la pertenencia a una comunidad y la cuota, así como el título del pretendido transmitente y, sobre todo, la permanencia del vendedor como titular registral y de la hipoteca que grava el inmueble, todo lo cual crea un clima fáctico que bascula a favor del acierto en la base presuntiva establecida por la sentencia impugnada. Por otra parte, no se abonó ninguna cantidad como entrada y se señala un plazo excesivamente largo para el pago del precio con cantidades insignificantes, que a lo largo de diecisiete años sólo ha amortizado poco más de la mitad del precio que se dice convenido, habiendo pagado el presunto vendedor los arreglos hechos en el inmueble y la cuota girada por la comunidad en concepto de pago del nuevo ascensor instalado. La conclusión a que llega la Sala lo fue atendiendo a los actos coetáneos e inmediatos al contrato, mientras los contrarios mencionan conductas que amén de equívocas, se produjeron notablemente alejadas del momento en que la estipulación tuvo lugar, como fue el de la presentación de las papeletas de conciliación.

RESOLUCION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—SE TRATA DE UN SUBARRIENDO QUE COMO TAL NO TIENE DERECHO DE PRORROGA INDEFINIDA, RIGIENDOSE POR LA LEGISLACION COMUN (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1985).

Se entabla por la Entidad arrendataria demanda ante el Juzgado número 8 de Barcelona contra la subarrendataria de un local de negocio que forma parte del edificio arrendado por expiración del plazo, ya que se había pactado, con duración indefinida, por meses, y se había requerido con un mes de antelación a la subarrendataria para que abandonase el local sin que lo hubiera atendido. Se estimó la demanda, no triunfando la apelación.

No tiene éxito la casación. Existe un subarriendo concertado precisamente entre las Entidades demandante y demandada, en virtud de un contrato con vida propia y absoluta independencia del que tiempo atrás pudo existir entre los anteriores arrendadores y «Barreiros Diesel» —luego «Chrysler» y después «Talbot»—; contrato éste que la sentencia declara finalizado en 30 de noviembre de 1980. Frente a esta existencia del contrato de subarriendo no puede prevalecer ni la doctrina de los actos propios ni la falta de legitimación activa y pasiva, que alega el recurrente, sin que se pruebe que el contrato de subarriendo es simple prórroga del que en su día existió entre la propiedad y «Barreiros Diesel, S. A.», y no una nueva relación entre la respectiva Empresa demandada, actual poseedora, y la Sociedad demandante, que es lo que se sostiene en la demanda y se afirma en la Instancia. Tampoco se prueba la simulación ni el fraude de Ley, en cuanto al arrendamiento entre el propietario y la subarrendadora, que es una simple manifestación del recurrente.

DECLARACION DE ACCESION DE INDUSTRIA A LOCAL DE NEGOCIO.
EN LOS CASOS DE ACCESION SOLO SE HAN DE INDEMNIZAR LAS INSTALACIONES Y ELEMENTOS QUE SUBSISTAN EN EL MOMENTO DE LA ENTREGA AL DUEÑO DEL LOCAL, YA QUE LO CONTRARIO SUPONDRIA UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTO (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1985).

El propietario obtiene el desahucio del ocupante del local, según sentencia dictada por el Juzgado número 15 de Madrid; pero pretendiendo la accesión de la industria de cervecería-bar al local, por existir mala fe por parte de los demandados, se entabla demanda solicitando dicha accesión ante el Juzgado número 2 de la misma capital, que estimó en parte la demanda, declarando la accesión y la indemnización de 3.400.000 pesetas, y desestimando la petición de abono de frutos y rentas percibidas por los demandados. La apelación confirma la sentencia en cuanto a la accesión, dejando la fijación de la indemnización a la ejecución de sentencia.

No prospera la casación. La Audiencia estableció la posibilidad de rebajar la indemnización en razón a la inexistencia de elementos que no subsistan en el momento de la entrega del local, fijándose en la ejecución de sentencia el monto de la indemnización. Conservando el demandado la posesión de la cosa hasta su entrega, es lógico que se rebajen aquellos elementos existentes en el momento del dictamen pericial, pero que no subsistan en el de la entrega, tratando de evitar un enriquecimiento injusto. Debe aplicarse el artículo 458 del Código Civil, que obliga a detraer mediante una simple operación matemática lo que no se entrega, pues conclusión contraria llevaría a la consecuencia absurda de que en los casos ordinarios de edificación, plantación o siembra en suelo ajeno, el dueño del terreno al que accede la edificación, plantación o siembra tendría que abonar el valor de una siembra ya cosechada, de una plantación desaparecida o de una edificación totalmente arruinada.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—PROCEDE, YA QUE SE TRATA DE ARRENDATARIO EXTRANJERO Y NO SE ACREDITA LA RECIPROCIDAD DE SU PAIS, HABIENDO CONCLUIDO EL CONTRATO POR EXPIRACION DEL TERMINO (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1985).

Se plantea demanda de resolución de contrato por expiración de término ante el Juzgado número 1 de Las Palmas, ya que se trataba de un arrendatario extranjero, y no existiendo derecho de reciprocidad, no se aplica la legislación arrendaticia, sino la común. El Juzgado estimó la excepción de inadecuación de procedimiento, pero la Audiencia revocó la anterior y declaró la resolución del contrato, que había concluido el 31 de mayo de 1981.

No ha lugar a la casación. Según el recurrente, había sido intención del actor la renuncia de los derechos que tiene a su favor, según el artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al fijarse una cláusula adicional expresiva de duración indefinida del vínculo arrendaticio, lo que había de interpretarse como exención del deber de acreditar la reciprocidad; pero es lo cierto que, por el contrario, la resolución impugnada considera

que la referida cláusula no tiene virtualidad porque va contra la esencia temporal del arrendamiento al establecer duración indefinida para el contrato, y debe aceptarse el módulo normal que emana de los artículos 1.543, 1.581 y 1.569 del Código Civil, por fijarse mensualmente el plazo de abono de alquileres, ya que se deduce de su ausencia en el contrato.

C. R. R.

D) DERECHO DE FAMILIA

Por JOSÉ CERDÁ GIMENO

DETERMINACION DEL REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL EN DEFECTO DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES, CUALIDAD DE LOS BIENES ADQUIRIDOS CONSTANTE MATRIMONIO.—VECINDAD CIVIL DEL ESPOSO CAUSANTE, transcurso de diez años en un determinado territorio y «animus commorandi»; la adquisición de vecindad civil por uno de los hijos de padre originariamente aforado: BLANCO contra ESTEVA (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1977).

ANTECEDENTES

1) *Demanda*.—Por parte de doña C., *viuda del causante*, se formuló demanda contra doña C., *sobrina del causante*, y se fundaba en los siguientes hechos:

○ *La demandante* y el *causante* habían contraído matrimonio en territorio peninsular español en 1945, *sin* que el matrimonio dejase descendencia.

○ El marido había fallecido en «X.» —población de una *de las islas Baleares*—, lugar de residencia del matrimonio, en 1968.

○ El *causante* fallecía bajo testamento otorgado en Madrid en 1965, por el que se nombraba *heredera universal a su sobrina C.* —*la aquí demandada*—, sin perjuicio de la cuota viudal usufructuaria de la *esposa* —*aquí actora*—. Hacía constar la *actora* que ese testamento se había otorgado *después de presentar* el marido demanda de separación conyugal contra su esposa ante el Tribunal Eclesiástico de Madrid.

○ Se había formado el correspondiente *cuaderno particional* —elaborado por un contador *dirimente*—, en el que dicho *dirimente*:

○○ *Argumentaba*: que *don J.*, *padre del causante*, era *mallorquín* por nacimiento y por conservar la vecindad, tanto al nacer su hijo *don F.* —*el causante aquí*— como por haberla conservado después; que el *causante don F.*, además de haber nacido en Mallorca de padres mallor-

quines, conservaba la vecindad de la isla al contraer matrimonio.

oo *Concluía*: que el causante don F., tanto por el lugar de nacimiento como por filiación, tenía la vecindad civil mallorquina, y que la conservaba al contraer matrimonio; que el matrimonio se contrajo bajo el régimen de separación de bienes *baleares*; que el caudal relicto se compone, en consecuencia, sólo de bienes privativos del causante; que, fundamentado en tales bases, se determinaron los cupos de cada interesado e hicieron las adjudicaciones.

o La actora estaba *en total disconformidad* con tales bases, argumentaciones y adjudicaciones, y presentaba en su versión de los hechos las siguientes *argumentaciones*:

a) Los padres del causante eran uno y otro nacidos en Mallorca y contrajeron matrimonio en dicha isla. En fecha que no se precisaba (1), el matrimonio formado por *padre y madre de don F., causante*, se fue a vivir a «A.» (población de la Península), lugar donde desarrolló su actividad familiar y mercantil sin interrupción *hasta 1948*, en que moría *don J. —padre del causante, don F.—*.

b) El matrimonio (padres del causante) pasaba en Palma de Mallorca sus vacaciones en casa de sus padres. Habían estado empadronados en Palma entre los años 1940 y 1945.

c) Por don J. —padre del causante, don F.— nunca se había hecho manifestación alguna de querer conservar la vecindad civil mallorquina. Llevaron consigo a sus tres hijos a «A.», y todavía residen allí otros dos hijos de aquel matrimonio. Por tanto, *al nacer el hijo F. —aquí causante, marido de la actora— en Palma, ya entonces sus padres habían perdido la vecindad mallorquina (quizá en 1912) y, por supuesto, en 1935 —mayoría de edad de don F.—*. Se hacía constar que ni los padres ni don F. hicieron manifestación alguna acerca de la conservación de la vecindad.

d) En la escritura de protocolización de la herencia de su padre don J., otorgada *en 1951*, se hacían *manifestaciones* congruentes con lo expuesto antes, y el hijo *don F.* demostró sus deseos de adquirir la vecindad civil común.

e) *En 1965*, el causante, don F., y su esposa, aquí actora, habían suscrito un documento (*sic*) (2) reconociendo la existencia de *gananciales*.

f) No constaba en autos que *los bienes relictos inventariados* fueren privativos del causante, don F., ni tampoco adquiridos a título gratuito: todos ellos eran adquiridos después de contraer el matrimonio y antes de disolverse.

g) *Demostrado* que la vecindad civil del causante, don F., fue siempre y en todo caso —y *desde luego al contraer matrimonio—* la de Derecho común; que el matrimonio se contrajo bajo el régimen de gananciales; que no consta que ninguno de los bienes

(1) Al parecer, alrededor del año 1900

(2) No aparece por ningún lado qué tipo de documento sea.

inventariados fuesen privativos, sino más bien adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, llegaba a la *conclusión* de que: *o bien* hay que considerarlos gananciales con las consecuencias pertinentes, si se estima aplicable el Derecho civil común, *o bien* eran pertenecientes por mitad a ambos cónyuges, si se estima aplicable el Derecho civil mallorquín.

La demanda termina con la *súplica* (3) de que se dicte sentencia *declarando*:

1.º Que la vecindad civil común del esposo y por no hacerse capitulaciones, el régimen del matrimonio del causante y la actora fue el de la sociedad de gananciales.

2.º Que han de reputarse gananciales todos los bienes que figuran en el inventario y estimarse como buenos los valores del cuaderno del contador dirimente.

3.º Que hay que liquidar la sociedad de gananciales, previo abono de deudas y obligaciones.

4.º Que la mitad de dicho haber corresponde a la actora, formando la otra mitad el caudal hereditario.

5.º Que en las operaciones del contador dirimente, antes de procederse a la determinación de haberes y adjudicaciones, deben hacerse las rectificaciones correspondientes a las anteriores apreciaciones.

6.º *Subsidiariamente, caso de estimarse aplicable el Derecho balear mallorquín (sic)*, por no estimarse bienes inventariados privativos, antes bien, estimarse comunes por mitad y *pro indiviso* a ambos (*sic*), corresponde a la actora la mitad obtenida después de pagar deudas y cargas imputables al matrimonio o a cualquiera de los dos, y formando la otra mitad el caudal hereditario.

7.º Se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

2) *Contestación a la demanda*.—Por parte de la sobrina del causante demandada, se contestó y se opuso a la demanda, con las siguientes *alegaciones*:

⊙ Que los padres de don F., causante, tenían su domicilio en Palma en el momento de casarse y que seguían viviendo en la isla después del matrimonio.

⊙ Que el causante, don F., era mallorquín y continuó siéndolo toda su vida, tanto al contraer matrimonio como después del mismo, habiendo residido fuera de la isla —incluso cinco años en el extranjero— por motivos de estudios o profesionales.

⊙ Que el causante, don F., nunca tuvo la intención de adquirir la vecindad civil común, y solamente después de casarse se trasladó a la Península.

Terminaba con la *súplica* de que se dicte sentencia desestimando la demanda, con condena en costas.

3) *Sentencia del Juzgado*.—De entre las *afirmaciones* (4) de la senten-

(3) La actora había sido asistida por el Letrado don José María Villar y Romero

(4) Se han sacado del *motivo primero* del recurso de casación

cia cabe señalar: «Hay que reconocer que, tal como se acredita por numerosos datos probatorios, don J. —padre del causante, don F.— *ha querido*, durante los años de residencia en la Península, *llevar a cabo en la isla una serie de actos de tal significación que obligan*, en buena interpretación del *espíritu* recogido en los artículos 15 y 40 del Código Civil y de empadronamiento municipal, a que se hace constante alusión en las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en esta materia, *a tener que admitir que, en efecto, don J..., y su hijo don F. , en ningún momento de su prolongada estancia en la Península perdieron su fuero personal, su ligazón con el Derecho de vecindad civil mallorquina.*»

De la exposición o «relato» del ponente no se desprenden otros extremos que los aquí referidos. De modo que la dicción del fallo queda un poco sin aclarar los porqués.

La sentencia del Juzgado tiene el siguiente *fallo*: que *estimando parcialmente* la demanda, *declaro*: que corresponde a la actora *la mitad* del haber líquido que resulte..., constituyendo *la otra mitad* el haber partible o caudal hereditario del causante; *condenando* a la demanda a estar y pasar por esta declaración, *sin costas* (5).

4) *Sentencia de la Audiencia Territorial.*—La sentencia del Juzgado fue apelada *por la demandada*.

La sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial contenía, entre otras, las siguientes *argumentaciones*:

o *Datos fácticos probados*: «A) La estancia permanente de don J. —padre del causante de la herencia— en 'A.' durante un período que se inicia en 1902, según resulta de la escritura..., y que termina no antes, desde luego, de 1929. , sin que falten indicios probatorios documentales de haberse prolongado por más tiempo». B) Que dicha estancia prolongada por aquel período de 1902 a 1929 «es un hecho sobre el que no cabe dudar a la vista del conjunto de la prueba practicada, tanto testifical... como la abundante documental pública en que se hace constar a don J. como residente o avecindado en 'A.', pues si cada uno de los documentos en que así figura pudiera ser un mero indicio de tal hecho, no puede menos de atribuirse a su conjunto el carácter de prueba plena, que aparece avalada, por lo demás, por lo que afirma la esposa . y lo que afirma el hijo, el causante de esta herencia». C) «Que avala aquella prueba principalmente lo afirmado en la escritura de aprobación y protocolización de la herencia de don J. ., en que la esposa de éste y sus hijos, entre ellos, si bien mediante representante, don F., hacen constar que con posterioridad a la fecha de su matrimonio, en 9 de febrero de 1902, los consortes don J. y doña I. fijaron su residencia en 'A.', donde establecieron el centro de sus actividades y negocios, sin que dentro del plazo de diez años . comparecieran ante el Juzgado Municipal del lugar de residencia a manifestar su voluntad de conservar el fuero, *por lo que perdieron su condición foral*». D) «Que si reside desde el año 1902. . en 'A.', como claramente resulta de la escritura pública de deutorio e hipoteca de 5 de mayo de 1904 ., hasta, según se dijo, por lo menos, 1929..., aquella residencia se hizo domicilio determinante

(5) O sea, del total del *petitum* acoge los puntos *cuarto* y *septimo*.

del cambio de vecindad civil..., y sus efectos subsistían no sólo en el año 1929, sino también seis años más tarde, cuando en 10 de julio de 1935, su hijo F. alcanzó la mayoría de edad, con la vecindad civil común que su padre le había transmitido» (6).

Como conclusión de tales afirmaciones se decía: «Que domiciliado don J. en 'A.', no habiendo manifestado en forma su voluntad en contrario, adquirió la vecindad civil de Derecho común a los diez años de su residencia en la citada localidad, los cuales se cumplieron en febrero de 1912, por lo que cuando en 10 de julio del mismo año nació su hijo F., a éste le fue transmitida la misma condición de no aforado, según lo dispuesto en el número 2.º del artículo 15 del Código Civil» (7).

○ Considerando cuarto (8): «Que claramente resulta de esa escritura que desde el año 1902 se instaló en...», y esto efectivamente se deduce de ella, puesto que el Notario que la autoriza da fe de que el padre de don J. manifestó «que venía ejerciendo la industria de... en . . . y se propuso y realizó en 1902 establecer igual fábrica en 'A.', poniendo al frente de ésta a su hijo, el compareciente, don J. —padre del causante de la herencia que se litiga—, que la ha tenido a su exclusivo cargo y cuidado, y fue convenido entre ambos el contraer matrimonio el último en febrero de 1902, que desde entonces sería exclusivamente del mismo el negocio de la fábrica establecida en dicho pueblo».

○ Considerando tercero (9): a) «Es manifiesto que, dados los términos claros del artículo 15 del Código Civil —en su anterior redacción (sic)—, sólo la declaración de querer conservar la vecindad civil originaria, formalmente emitida ante el Juez Municipal, podrá evitar la imposición de la vecindad correspondiente al lugar de la residencia por el mero transcurso del plazo». b) Que «si bien es cierto que varias sentencias del Tribunal Supremo exigen o dan a entender la necesidad de que concorra, con la residencia, la intención del sujeto de cambiar su vecindad (Sentencias de 29 de mayo de 1892, 7 de febrero de 1889, 23 de diciembre de 1904, 1 de febrero de 1910, 20 de abril de 1927 y 13 de marzo de 1929), con lo que reitera lo que prescribía la legislación anterior. . . es lo cierto que muchas otras sentencias del mismo Alto Tribunal (30 de octubre de 1901, 18 de marzo de 1932, 3 de junio de 1934, 5 de junio de 1935, 11 de octubre de 1960, 10 de noviembre de 1961, etc.) vienen a admitir, de forma más o menos explícita 'que basta la residencia de diez años para que, sin otros requisitos, se opere el cambio de régimen foral o común'».

La sentencia contiene el siguiente fallo: *revocando* la sentencia, *declaramos*:

1.º al 5.º. (igual a los pedimentos 1.º al 5.º de la demanda). Y *condenamos* a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones (igual al pedimento 7.º de la demanda). *Sin costas* en ninguna Instancia.

(6) Todos estos datos se toman del *considerando primero* de la sentencia del Tribunal Supremo.

(7) Tal conclusión se expone en el *considerando segundo* de la sentencia del Tribunal Supremo.

(8) Este considerando de la sentencia de la Audiencia viene recogido en el *considerando cuarto* de la sentencia del Tribunal Supremo.

(9) Este considerando está recogido en el *considerando sexto* de la sentencia del Tribunal Supremo.

Es digno de señalar que *no se acoge el pedimento 6.º*, sobre la aplicación *subsidiaria* del Derecho civil de Baleares.

5) *Recurso de casación por infracción de Ley.*—Por la parte *demandada* se interpuso el recurso de casación, fundamentado en los siguientes *motivos*:

1.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 15, 3.º, del Código Civil —en redacción anterior a 1974—, por interpretación errónea del mismo: porque *don J.* —padre del *causante*, *don F.*— era originariamente mallorquín, y no es exacto que llegara a adquirir la condición de *no aforado* por residencia de diez años en territorio de Derecho común, en los términos de dicho artículo infringido; recuerda las *afirmaciones* de la sentencia de Juzgado de Primera Instancia (10); cita la *Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1958* (11), que coincide con el criterio del Juzgado sobre que «la intención o *animus* del residente» son elementos *subjetivos*, elevados a la categoría de requisitos para la posible aplicación del contenido estricto del artículo 15 del Código Civil, «*animus commorandi*, propósito e intención» que aparece perfectamente configurado a lo largo de dicha resolución, que no hace más que ratificar la anterior doctrina legal. Es decir, *el tema litigioso* hay que centrarlo sobre la discusión jurídica de *si basta o no basta la mera permanencia en territorio de Derecho común durante diez años o más para perder la vecindad de origen*, o más bien —como sostiene el recurrente y discrepa de la sentencia recurrida— es preciso, *además* del dato físico de la permanencia o residencia fuera de territorio foral por diez o más años, *el «animus commorandi»*, o si se quiere, el deseo inequívoco de perder la vecindad de origen. Para la sentencia recurrida basta tan sólo la permanencia o dato externo y físico: es, pues, un supuesto típico de infracción de Ley o de interpretación errónea de un precepto sustantivo.

2.º Basado en el artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de las pruebas que resulta de documento auténtico, que demuestra la equivocación evidente del juzgador: porque la sentencia recurrida se refiere a un período *que comienza en 1902*, según resulta de la escritura..., pero la citada escritura *es de 5 de mayo de 1904 y no de 1902*. Por tanto, conforme al artículo 1.218 del Código Civil, *la fecha* no puede ser otra que la del año 1904. El error, como se ve, es trascendente, porque *si el cómputo se inicia* a partir de 1904 y no de 1902, es muy claro que *don F. no hubiera perdido*, al no haberlo hecho su padre, la foralidad mallorquina *en el momento de su nacimiento* ..

3.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 15, párrafo penúltimo, del Código Civil, en versión anterior a 1974, por interpretación errónea del mismo: porque en la sentencia recurrida se dice que «como quiera que *don J.* perdió su foralidad mallorquina durante la minoría de edad de su hijo *don F.*, también la perdió éste», lo cual equivale a una interpretación errónea del precepto denunciado infringido, por las razones siguientes: 1.ª No cabe la atribución de vecindad por voluntad presunta. 2.ª El hijo «no ha residido

(10) Recogidas anteriormente en el apartado 3); véase nota 4

(11) Aparece *recogido su contenido en el considerando séptimo* de la sentencia del Tribunal Supremo

diez años» en territorio de Derecho común al nacer o al poco tiempo de nacer. 3.º El padre, adquirida para él la vecindad automáticamente, si quiere para su hijo su misma vecindad puede ejercitar el derecho de opción a los dos años de residencia. 4.º El artículo 15 del Código Civil, en versión anterior a 1974, quiere establecer en un plano de absoluta igualdad la legislación común con las forales, y no es concorde con ese espíritu de la Ley el permitir que un menor *gane el fuero común* por residencia de su padre y *no gane el foral* por esa misma residencia en territorio foral. 5.º No es aceptable, por insegura, la tesis de que cambie la vecindad del hijo cada vez que cambie la vecindad del padre. 6.º El artículo 15, párrafo penúltimo, del Código Civil está *prevista tan sólo para los supuestos en los que no haya concordancia entre el «ius sanguinis» y el «ius soli»*, ya que cuando ambos son coincidentes, la vecindad es indiscutible. 7.º Si el artículo 15, 1.º, del Código Civil sólo concede el derecho de opción a favor de las personas nacidas en territorio de Derecho común de padres sujetos al Derecho foral o a los mismos hijos dentro del año siguiente a su mayoría de edad, *resultaría absurdo* que por el mero transcurso del tiempo se concediera más a los padres sujetos a Derecho foral de hijos nacidos en territorios de Derecho foral. Por todo lo cual, concluye, el precepto infringido *no está presente en el ánimo del legislador para los supuestos como el del presente*. Finaliza con la alusión a la *presunción* en orden a la vecindad derivada del artículo 68 de la Ley del Registro Civil.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Nuestro más Alto Tribunal dictó sentencia, de la que fue ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca (12), el cual establece la siguiente doctrina *en los considerandos*:

1.º La sentencia recurrida *sienta como afirmaciones fácticas* las siguientes. . (13).

2.º Dicha sentencia, *apoyándose en esas afirmaciones fácticas, concluye proclamando* . (14).

3.º Contra esta sentencia alza la demandada el presente recurso de casación, *en cuyo motivo segundo...* (15).

4.º *Con referencia a este motivo conviene advertir: Primero*, que *para destruir la apreciación probatoria conjunta de la prueba practicada por la Sala sentenciadora, no basta con invocar un documento auténtico que acredite un hecho aislado contrario* a alguno no fundamental de dicha sentencia, pues, según reiterada doctrina de esta Sala, «no puede desarticularse aquella prueba conjunta con la invocación de uno solo de los elementos probatorios que la integran». *Segundo*, que lo que la sentencia recurrida afirma *en el considerando número cuarto* es —como ya queda expresado— que... (16); *resultando de aquellas manifestaciones que efectivamente don J., desde febrero de 1902 (sic) estaba residiendo en «A.»*

(12) En la manera de hacer de este ponente los considerandos quedan vacíos de contenido en su mayor parte

(13) Se han expuesto en el apartado 4) anterior: véase nota 6.

(14) Vale lo dicho en nota 13 *previa* véase nota 7

(15) Véase en el apartado 5) el recurso de casación

(16) Véase en el apartado 4) anterior: véase nota 8.

y al frente de la fábrica..., afirmación que de ninguna manera es contradictoria por la sentencia recurrida, decayendo, por tanto, dicho motivo segundo.

5.º En el primer motivo del recurso... (17).

6.º Como acertadamente proclama la sentencia recurrida... (18).

7.º La propia Sentencia de 21 de enero de 1958, en que tanto hincapié hace el recurrente, mantiene esta última doctrina proclamando que «dados los términos en que está redactado el número tercero del citado artículo 15 del Código Civil, es claro que esta manifestación no se precisa que sea expresa, sino que basta que sea tácita si transcurren diez años de residencia no interrumpida sin hacer constar su voluntad en contrario de adquirir la nueva vecindad». Por todo lo cual hay que concluir afirmando que la resolución impugnada no interpreta con error el invocado precepto, por lo que el motivo que sostiene lo contrario tiene que decaer.

8.º En el motivo tercero del recurso . (19).

9.º La redacción del precepto que se contempla es claro (sic) y terminante y no deja lugar a dudas: al disponer la norma que «el hijo no emancipado debe seguir la 'condición' de su padre», quiere referirse a que seguirá los cambios de nacionalidad y vecindad civil que sufra éste mientras conserve su minoridad, como tiene que seguir también los cambios de domicilio que su padre le imponga durante tal minoridad.

10.º En último término, aunque a efectos polémicos pudiera admitirse (20) la procedencia de cualquiera de los tres motivos del recurso —posibilidad que se rechaza—, aun en semejante supuesto tampoco podría desembocarse en una sentencia totalmente absolutoria, pues entonces tendría que prosperar la pretensión subsidiaria de la demanda —que había admitido la sentencia de primer grado— (21): porque alegado en ella y justificado con los documentos que le acompañaban —sin que ello hubiera sido impugnado por la demandada— que todos los bienes inventariados fueron adquiridos a título oneroso por don F. constante matrimonio, y sin acreditarse que lo hubieran sido con capital propio de él, tendrían que ser calificados como comunes de ambos cónyuges, a repartir, por mitad, entre ellos (22), como la dicha sentencia de primer grado disponía.

11.º Las resoluciones del Juzgado y de la Audiencia no son conformes de toda conformidad.

FALLO: No ha lugar . con condena en costas y pérdida del depósito. .

NOTAS CRÍTICAS

1. La primera aproximación a esta sentencia se hizo en su día, recién aparecida, por los autores mallorquines, y de entre ellos, R. CLAR GRAU y M. MASOT MIQUEL. Me remito a lo que más tarde se ha publicado sobre

(17) Ver en el apartado 5) el recurso.

(18) Ver en el apartado 4) anterior. véase nota 9.

(19) Ver en el apartado 5) al exponer el recurso.

(20) No acaba de quedar claro qué quiere decir el ponente con esta afirmación: ¿Equivale a un mero *obiter dicta* como entiende algún comentarista insular? ¿De no ser un añadido innecesario, encierra una *posición* sobre la que argumentar en contra? No se sabe.

(21) Me pregunto *dónde* o el «relato» del ponente no es completo —pues no se incluye tal declaración en orden al *pedimento sexto* de la demanda— o la frase carece de sentido.

(22) Afirmación dogmática nada ortodoxa en régimen de separación de bienes por tanto, muy discutible.

ella en el volumen de *Comentarios a la Compilación de Baleares*, Ed. Edersa, Madrid, 1980, tomo I, págs. 80 y sigs., en que a la inicial dureza y crítica de la doctrina mallorquina sucede una valoración más matizada de MASOT. No me resisto a servirme de sus propias palabras: «... según el criterio de nuestro más Alto Tribunal..., se parte de una presunción de comunidad que sólo, al parecer, puede quedar desvirtuada mediante la prueba de haber adquirido dichos bienes con capital propio de uno u otro cónyuge. *Evidentemente, tal presunción legal de comunidad pugna con la misma esencia del régimen de separación de bienes*, resultando un cuerpo extraño en nuestra legislación y una total incongruencia con lo dispuesto en el propio artículo 3 de la Compilación de Baleares..., así como con el artículo 4 de la Compilación de Baleares»...

Por mi parte, en mi labor de «Comentarios a la Compilación» —en el volumen 2.º del tomo XXXI de la obra *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Ed. Edersa, Madrid, 1980, págs. 139 y sigs.—, al proceder al análisis del artículo 66 de la Compilación de Baleares, en su conexión con el artículo 3, 3.º, de la Compilación de Baleares, había adelantado mi posición personal, con un examen de los aspectos normativo, valorativo y sociológico de la norma. Entendía entonces, y entiendo ahora, que: «No es posible considerar esta norma como preceptiva, material, calificadora de una titularidad común, sino *más bien supletoria, procesal*, dirigida al campo de la prueba. . *Como tal presunción, es una regla de prueba*, de valoración de la prueba, dirigida al proceso y nunca al tráfico jurídico. . Como toda presunción, debe haber en ella un ligamen o nexo entre lo presumido y el resultado a que se llega... *No parece que sea lógico y adecuado en tema probatorio ligar la simple falta de prueba al resultado de una cotitularidad ...*».

2. En una segunda aproximación, parece claro que, a pesar de la numerosa prueba practicada —toda ella, no se olvide, con inmediatez del Juez de Primera Instancia—, *no se pudo demostrar que don J. (padre del causante, don F.) quiso dejar de ser mallorquín*. Me pregunto qué habría ocurrido si este supuesto litigioso se hubiera planteado siendo don J. *catalán* y si el resultado hubiera sido el mismo.

3. En una tercera aproximación, las sucesivas reformas de la legislación del Registro Civil han ido acentuando el automatismo del dato externo, objetivo, de la residencia ininterrumpida durante diez años en provincia o territorio de diferente legislación civil: así, *artículo 225 del Reglamento del Registro Civil*, hoy en su versión reformada última operada por el Real Decreto 628/1987, de 8 de mayo (*Boletín Oficial del Estado*, número 116, de 15 de mayo).

4. Finalmente, me pregunto si la verdadera *ratio decidendi* de este litigio no habrá radicado más bien en la consabida protección a la viuda —el moderno y «europeo» principio conocido como «*favor mulieris*»—, aunque había el dato fehaciente y sintomático de que su difunto esposo don F. había planteado *demanda de separación* contra la mujer. Quizá se pensó en resolver la cuestión acudiendo a la idea subyacente de la equidad.

ALIMENTOS INTERCONYUGALES: DEMANDA DE MODIFICACION DE PENSION ALIMENTICIA derivada de demanda previa de alimentos «provisionales» resuelta por sentencia firme; variación de circunstancias económicas y artículo 147 del Código Civil, la excepción de cosa juzgada en los alimentos provisionales: PLAZA contra DIEGO (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1977).

ANTECEDENTES

1) *Demanda.*—Por parte de la esposa se formulaba *demanda* contra su marido haciendo constar como *hechos*: que en su día y ante el mismo Juzgado se planteó demanda de alimentos «provisionales», resuelta por Sentencia del Juzgado de 28 de julio de 1967, condenando al marido al pago de 1.500 pesetas mensuales a la esposa, sentencia confirmada por la Audiencia el 19 de febrero de 1968 (1); que han variado las circunstancias económicas y aquella cantidad otorgada como pensión ha disminuido en su poder adquisitivo; que se estimaba que en el futuro las necesidades de la actora debían ser 10.000 pesetas mensuales. Se concedía a la actora el beneficio de pobreza para litigar. Se suplica al Juzgado que dicte sentencia condenando al demandado a pagar desde la fecha de presentación de la demanda, en concepto de alimentos, la cantidad mensual de 10.000 pesetas, o en otro caso, la que estime el Juzgado justa, imponiendo las costas al demandado.

El demandado, en la *contestación a la demanda*, opone que es vecino de. (otra población) y, alternativamente, la excepción de cosa juzgada en sentido formal, no material, porque la declaración de la Sentencia de la Audiencia de 19 de febrero de 1968 respecto a la cuantía de 1.500 pesetas sólo puede ser alterada en el correspondiente juicio declarativo. Termina con la súplica de que se dicte sentencia por la que se declare la incompetencia por razón del lugar o de resolver en cuanto al fondo, se desestime la demanda por estimarse la excepción propuesta, dictando en costas el pronunciamiento que estime justo.

El Juzgado, para mejor proveer, remite exhorto al Juzgado de Primera Instancia Decano de ..., para la confesión judicial del demandado.

2) *Sentencia del Juzgado.*—El Juzgado estima la demanda e impone al demandado la condena de abonar a su esposa la cantidad de 5.000 pesetas mensuales desde la fecha de la interposición de la demanda. Sin condena en costas.

3) *Sentencia de la Audiencia.*—Se interpuso recurso de apelación por la demandante y por el demandado. La Audiencia dicta sentencia que desestima el recurso, y estima en parte el de la actora, elevando la cuantía a 6.000 pesetas de alimentos provisionales. Sin condena en costas.

4) *Recurso de casación.*—Se interpone por el demandado, fundándolo en el *motivo* que sigue:

Unico. Basado en el artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por violación en sentido negativo del artículo 1.252 del Código Civil: porque existió entre las mismas partes un juicio de

(1) Puede verse la *reconvención hecha por mí* a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1969, en esta *Revista*, núm 475, 1969, págs. 1699 y sigs. dicha sentencia puso fin momentáneo al pleito *entre las mismas partes* que en el litigio presente.

igual naturaleza en reclamación de alimentos provisionales terminado por sentencia firme; que los juicios de alimentos provisionales no producen excepción de cosa juzgada y permiten a las partes acudir al procedimiento declarativo que corresponda a la cuantía para *modificar* la cantidad en su día fijada; que lo que no cabe es un juicio de igual naturaleza, con la misma pretensión, entre las mismas partes, con la sola modificación del contenido económico de la misma.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Fue ponente don Antonio Cantos Guerrero, que sienta la doctrina siguiente en los considerandos:

1.º Que en el único motivo del recurso... (2).

2.º *Que es desestimable el motivo por las siguientes razones: en primer lugar, porque lo que realmente se alega en el recurso es la inadecuación del procedimiento, aunque confusamente se mencione... la excepción de cosa juzgada, siendo inidóneo al efecto tanto el precepto amparador como la cita del artículo 1.252 del Código Civil, que se dice violado, razón, por sí sola, que ha de conducir a la desestimación del recurso; y en segundo lugar, y a mayor abundamiento, porque nada se opondría en nuestro ordenamiento jurídico a que se pueda acudir, como ha ocurrido en el presente caso, a un nuevo proceso de alimentos provisionales, cuando la causa de la nueva acción ejercitada es distinta, dadas las variaciones de las necesidades del alimentista y de la fortuna del que hubiere de satisfacerlos, factores que cuando se alteran a través del transcurso del tiempo han de poder concordarse, según la letra del artículo 147 del Código Civil, y así lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, en Sentencias, entre otras, de 21 de marzo de 1906 y en la más reciente de 14 de febrero de 1976 (3).*

FALLO: No ha lugar.

NOTAS CRÍTICAS

1. Lo primero que hay que señalar en esta sentencia es la escasez de contenido, tanto en el resumen del «relator» como en las argumentaciones tendentes al fallo del litigio. Había materia y motivos para mucho más desarrollo de doctrina.

2. En segundo lugar, la inmediatividad de una sentencia del mismo Tribunal Supremo del año precedente y en materia similar hacía pensar en una continuidad en la evolución de la doctrina jurisprudencial. Claro es que para ello habría que haber partido de la consideración primordial, consistente en que la persona del ponente fuera la misma en una y otra sentencia. En la de 1976, el ponente fue don Federico Rodríguez-Solano y Espín, y en la presente de 1977, don Antonio Cantos Guerrero. A destacar los espléndidos argumentos sentados en los *considerandos segundo*

(2) El ponente resume el motivo citado en forma brevísima.

(3) Véase la presentación, recensión y notas *por mí efectuadas* de esta Sentencia de 14 de febrero de 1976, en esta *Revista*, núm. 578, enero-febrero de 1987, págs. 194 y sigs.

y tercero de la Sentencia de 14 de febrero de 1976 —véase en esta *Revista*, enero-febrero 1987, citada, pág. 197—, que ofrecen un contraste marcado con el considerando segundo de la sentencia anotada.

3. En tercer lugar, a pesar de lo escueto de la argumentación del Tribunal Supremo, la doctrina más perspicaz ha analizado con especial finura el entramado subyacente a este litigio: así, en J. BONET CORREA: «La elevación de la cuantía de los alimentos provisionales (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1977)», en *ADC*, XXXI-4, 1978, págs. 869 y sigs.

4. Finalmente, para un mejor análisis de esta especial problemática derivada de la pensión de alimentos, hay que remitir a algunas de las más interesantes aportaciones doctrinales en la materia. Así, v.gr.:

① DISTASO: «Le obbligazioni pecuniarie», en rev. *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, XXXII-1, 1969, págs. 456 y sigs.

② ARECHEDERRA: «Jurisprudencia comentada: elevación de la cuantía de una pensión alimenticia establecida en pacto», en esta *Revista*, núm. 517, 1976, págs. 1455 y sigs.

③ BONET CORREA: «La pensión de alimentos ante la depreciación monetaria (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1976)», en *ADC*, XXX-3, 1977, págs. 716 y sigs.

5. En el momento de finalizar estas notas, ante la escasez argumentativa aludida para la fundamentación de esta sentencia, parece que lo más sensato es considerar con BONET CORREA —en *ADC*, 1978, cit., pág. 87— que «el Tribunal Supremo ha preferido referirse exclusivamente a los presupuestos subjetivos de las partes, sin tomar en cuenta las alteraciones monetarias, al menos, directamente, sin mencionarlas».

JOSÉ CERDÁ GIMENO

DETERMINACION DEL REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL EN DEFECTO DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES, CUALIDAD DE LOS BIENES ADQUIRIDOS CONSTANTE MATRIMONIO.—VECINDAD CIVIL DEL ESPOSO CAUSANTE, transcurso de diez años en territorio de Derecho foral, inicio del cómputo del plazo.—VECINDAD CIVIL Y FECHA DEL MATRIMONIO DEL CAUSANTE: DELGADO contra PEREZ y otros (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1977).

ANTECEDENTES

1) *Demanda*.—Por parte de don C., uno de los hijos del causante, se interpuso demanda contra sus restantes hermanos, su madre y un tercero (transmitente de una finca-apartamento a favor de la madre).

Los hechos que fundamentaron la demanda eran éstos:

① Don C., causante, era natural de «X.» (población española no catalana) y vino con sus padres y hermanos a Barcelona el día 12 de mayo de 1923, y desde entonces tuvo su residencia y domicilio habitual en dicha ciudad ininterrumpidamente. Al

no haber hecho en vida manifestación alguna ante el Registro Civil adquirió la regionalidad catalana al cumplirse los diez años de dicha residencia, o sea, el día 12 de mayo de 1933. Acompañaba acta notarial acreditando tales extremos (1) y certificación del Padrón de Habitantes del Ayuntamiento de Barcelona acreditando lo expuesto.

⊙ El causante contrajo matrimonio con la *demandada*, doña H., en la ciudad de Barcelona. *La fecha de dicho matrimonio* (2) era —a juicio del demandante— la del día 11 de enero de 1934, fecha de la transcripción del matrimonio canónico en el Registro Civil: en esa fecha el causante había adquirido la regionalidad catalana.

⊙ Los contrayentes no otorgaron capitulaciones matrimoniales y, en aplicación del artículo 7 de la Compilación de Cataluña, su régimen económico-matrimonial era el de absoluta separación de bienes.

⊙ De dicho matrimonio nacieron cuatro hijos, el actor y los otros tres demandados.

⊙ El causante falleció en Barcelona en 1971, sin haber otorgado testamento. Promovido expediente de declaración de herederos *abintestato*, se dictó auto en 1971 declarando herederos *abintestato* del causante a todos sus hijos, *sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria del tercio destinado a mejora que corresponde a doña H. como cónyuge supérstite*.

⊙ Señalaba la *serie de bienes relictos* por el causante, y entre ellos incluía un apartamiento en la costa, escriturado notarialmente a favor de un señor, tercero adquirente hipotecario.

⊙ Hacía constar que los herederos *abintestato* del causante no habían podido tomar posesión de los bienes hereditarios por detentarlos la viuda, que también retenía los títulos de adquisición de los mismos.

⊙ El demandante había intentado previamente *acto conciliatorio* entre el mismo y todos los demandados, allanándose la hermana doña R. y oponiéndose los demás hermanos y la madre.

⊙ El demandante, antes de plantear el juicio, había propuesto a su madre y hermanos un arbitraje de equidad, siendo árbitros un Letrado por cada parte litigante y el Decano del Colegio de Abogados de Barcelona. Propuesta que quedó incontestada.

⊙ El demandante señalaba al Juzgado *las cuestiones a resolver*:

1.ª Determinación y declaración de si el causante había adquirido la regionalidad catalana el día 12 de mayo de 1933.

2.ª Determinación y declaración, en consecuencia, de si el régimen económico-matrimonial correspondiente al matrimonio celebrado *el día 11 de enero de 1934* (3) es el de gananciales.

3.ª Determinación y declaración, como consecuencia, de si los bienes relictos por el causante pertenecen, en cuanto a una mitad, a su viuda doña H., en concepto de gananciales, o si, por el contrario, siendo de aplicación el régimen de separación de

(1) No se indica en el «relato» del ponente el tipo de acta notarial ni el contenido de ella.

(2) Este dato es *trascendental* en el litigio, como se verá luego

(3) A retener este dato que es la *apreciación personal* del actor.

bienes, pertenecen íntegramente a la herencia, y por ello, por iguales cuartas partes, a sus cuatro hijos.

4.º Determinación y declaración sobre los derechos de la viuda en la herencia del causante.

5.º Determinación y declaración acerca de si el apartamento en la costa pertenece a la viuda —a cuyo nombre se había escriturado previamente, antes de venderlo a un tercero— o, por haber sido adquirido por el causante en documento privado, debe formar parte de la herencia de éste.

La demanda terminaba con el suplico de los siguientes *pronunciamientos* (4):

1.º Declarar que el causante estableció el día 22 de mayo de 1922 (*sic*) su residencia en Barcelona, y que por el transcurso de diez años adquirió en 12 de mayo de 1933 la regionalidad civil catalana.

2.º Declarar que *habiendo contraído matrimonio* en dicha ciudad el 11 de enero de 1934 con la demandada, doña H., sin haber otorgado escritura de capitulaciones matrimoniales, el régimen económico-matrimonial de dichos consortes fue el de separación de bienes y no el de gananciales.

3.º Declarar que, como consecuencia, todos los bienes dejados a su fallecimiento por el mencionado causante deben integrar la herencia del mismo, sin que corresponda parte alguna de los mismos a su viuda en concepto de gananciales.

4.º Declarar que la sucesión intestada del causante viene regulada por las disposiciones sobre la misma contenidas en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, siendo herederos *abintestato* de dicho causante, por iguales cuartas partes, sus hijos.

5.º Declarar que a la viuda del causante corresponde, o bien la cuarta marital, consistente en el usufructo de la cuarta parte de la herencia líquida del causante (deducidas las legítimas y los gastos de última voluntad, entierro y funeral), o bien el usufructo de la mitad de dicha herencia (con las mismas deducciones). Y *condenando a doña H. a que opte* por uno u otro de tales derechos, que son incompatibles, y fijando el Juzgado, en defecto de acuerdo, entre los herederos y dicha demandada, los bienes sobre los cuales debe dicho usufructo recaer.

6.º Condene a la misma demandada a rendir cuentas documentadas y justificadas de los frutos y rentas percibidos, desde la fecha del fallecimiento del causante, de los bienes que se declaren libres de tal usufructo, y entrega del saldo resultante de dicha rendición de cuentas a los herederos del causante, por cuartas partes a cada uno de ellos.

7.º Declarar que el apartamento... fue comprado por el causante y pagado por el mismo; declarando nula y sin ningún efecto la escritura pública otorgada por don J. —*el transmitente, también demandado*— a favor de la viuda doña H., y nula la inscripción de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de... inscripción que manda cancelar.

8.º Condene a don J. a otorgar escritura de venta pública de dicho apartamento a favor de los herederos de don C., causante, con apercibimiento de otorgarla el Juzgado en su nombre y rebeldía.

(4) Se procura aquí reproducir en esencia todo el contenido del *petitum* de la demanda, luego recogido más o menos totalmente en las sentencias del litigio, haciendo más tarde las *referencias* oportunas.

9.º En defecto de los anteriores, condene a don J., por incumplimiento de su obligación de otorgar la escritura de venta del citado apartamento a favor del causante o sus herederos, a indemnizar a éstos los daños y perjuicios causados por tal incumplimiento contractual, cuya cuantía se determinará en el período de prueba del juicio y, en su defecto, en el de ejecución de sentencia.

10.º Condene a *doña H (viuda) y a sus hermanos —también demandados—* a otorgar con el demandante escritura de manifestación, aceptación, inventario y partición de los bienes de la herencia del causante, en la que se incluyan como bienes de la herencia las fincas descritas... y el apartamento mencionado .

11.º Condene al demandado o demandados que temerariamente hicieron oposición a la demanda, en las costas del juicio.

2) *Contestación a la demanda:*

○ La demandada doña R. se había *allanado* en el acto conciliatorio y, por incomparecencia, fue declarada en rebeldía.

○ Los demandados doña H. (madre del actor) y sus demás hermanos *contestaron y se opusieron* a la demanda, sentando como *hechos*:

○○ No se aceptaban las manifestaciones hechas por los tíos de los demandados en el acta notarial.

○○ No se aceptaba la fecha de llegada a Barcelona de su padre.

○○ La *fecha inicial*, a efectos del cómputo de residencia para ganar la regionalidad catalana es *en 1930*, y hasta el 31 de diciembre de 1940 no perdió el causante la vecindad civil común.

○○ No aceptan la fecha del matrimonio del causante y doña H.: el matrimonio se contrajo *canónicamente el día 22 de abril de 1933* (los archivos parroquiales fueron destruidos en la guerra), y hasta el 11 de enero de 1934 el matrimonio no fue inscrito en el Registro Civil.

○○ Cuando el causante contrajo matrimonio no tenía la regionalidad catalana, por lo que su régimen económico-matrimonial es el sistema legal supletorio de la sociedad de gananciales.

○○ La herencia debe deferirse conforme al régimen de gananciales, no siendo aplicable la *Compilación Catalana*. Por tanto, el Juzgado —al resolver sobre la declaración de herederos *abintestato* del causante— presupone acertadamente que los cónyuges están sometidos al Derecho común, de modo que la reserva en el auto formulada tiene plena virtualidad.

○○ Se niega la compra por el causante del apartamento en la costa, escriturado a favor de doña H. *después* de la muerte del causante, sin confabulación ni retención de contrato alguno (5).

○○ No se acepta que los demandados no quieran sus-

(5) Debe hacerse notar que la escritura es firmada tan sólo *dos meses* después de morir el causante.

cribir la partición de herencia ni que retengan la posesión de los bienes, sino que lo que quieren es que se respeten los derechos de la viuda.

Terminaban suplicando al Juzgado que en su día se dicte sentencia desestimando la demanda y absolviendo libremente de la misma a los demandados, con imposición de costas al demandante.

⊛ El demandado don J. (vendedor del apartamento) *contestó y se opuso* a la demanda, argumentando: que se considera dispensado de contestar a la mayoría de los hechos de la demanda por tratarse de un pleito que gira en torno a la declaración de derechos hereditarios de la esposa e hijos del causante, que no existió confabulación con doña H. para escriturar a favor de ésta el apartamento referido y lo que se hizo fue cumplir la voluntad del causante conforme a los tratos preliminares *mantenidos de palabra (sic)*. Y termina con la *súplica* de que se dicte sentencia por la que, desestimando la acción contra él ejercitada, se declare no haber lugar a la misma y que el demandado sea absuelto de la demanda, con condena en costas al actor.

3) *Sentencia del Juzgado*.—El Juzgado correspondiente dictó sentencia, con el fallo que sigue: Que *estimando en parte la demanda*, debo declarar y declaro:

- 1.º . (Igual al pedimento 1.º de la demanda.)
- 2.º ... (Igual al pedimento 2.º: atención a la *fecha del matrimonio, el 11 de enero de 1934.*)
- 3.º . (Igual al pedimento 3.º)
- 4.º ... (Igual al pedimento 4.º)
- 5.º . (Igual *casi todo* al pedimento 5.º: a salvo *el inciso final*, relativo a la condena de doña H. del derecho de opción y determinación de los bienes sobre que debe recaer el usufructo.)
- 6.º (Igual al pedimento 6.º)
- 7.º . (Igual al pedimento 10.º: *salvo el inciso final*, respecto a la inclusión entre los bienes relictos del apartamento.)

Condenando a los referidos demandados —*la viuda y los tres hijos*— a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y *absolviendo* a los mismos y a don J. del resto de las peticiones contra ellos deducidas. *Sin* imposición de costas.

4) *Sentencia de la Audiencia Territorial*.—Recurrida la sentencia del Juzgado por los demandados, la viuda e hijos, la Audiencia Territorial dicta sentencia, con el siguiente *fallo*:

Que *confirmamos la sentencia* dictada por el Juzgado , *estimando en parte la demanda* contra..., y *declaramos*:

- 1.º al 4.º ... (Igual que en la sentencia del Juzgado.)
 - 5.º ... (Igual *en todo* al pedimento 5.º de la demanda: es decir, con la *inclusión del inciso final sobre opción* de la viuda.)
 - 6.º y 7.º ... (Igual que en los puntos 6.º y 7.º de la sentencia del Juzgado.)
- Absolvemos* a los demandados de las demás pretensiones frente a ellos

interesadas. *No hacemos* expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

5) *Recurso de casación por infracción de Ley.*—Los demandados doña H. y sus dos hijos, oponentes al actor, interponen recurso de casación fundado en los siguientes motivos:

1.º Basado en el artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de documento auténtico obrante en autos: el documento es el certificado municipal del Padrón de Habitantes, que acredita que el causante *se inscribió* en dicho Padrón el día 31 de diciembre de 1930, y no cabe dar retroactividad a la declaración del Padrón al afirmar «una residencia de siete años antes».

2.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 2 de la *Ley de 12 de marzo de 1938*, en orden a la derogación de la *Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932*: porque los autos recogen la certificación de la Curia Diocesana en la que se hace constar que el causante y doña H., recurrente, *contraieron matrimonio canónico el día 16 de julio de 1933*, en la parroquia de...; por tanto, es incuestionable la *validez* del expresado matrimonio canónico, así como *sus plenos efectos civiles desde el momento de su celebración* —lo que precisamente preceptúa el citado artículo 2 de la Ley de 12 de marzo de 1938—. En consecuencia, dicho artículo de la Ley de 12 de marzo de 1938 es conculcado si —conforme a la sentencia recurrida— se pretende que el referido matrimonio tuvo lugar el día 11 de enero de 1934, cuando por mandato legal sus efectos civiles se contraen al 16 de julio de 1933, según lo acreditado fehacientemente por la Curia Diocesana.

3.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por aplicación indebida del artículo 15, 3.º, apartados 2.º y 4.º, del Código Civil —precepto entonces vigente, en la redacción anterior de 1889—, y hoy artículo 14 del Código Civil: porque evidenciado el error de la fecha inicial de residencia del causante, lo cierto es que tomando por imperativo legal *como fecha del matrimonio con efectos civiles* la del 16 de julio de 1933, en que tuvo lugar el matrimonio canónico, resulta claro que *al celebrarse* dicho matrimonio no había todavía transcurrido el plazo de diez años para ganar la vecindad catalana, como exige la norma que se denuncia infringida; por tanto, el régimen matrimonial era el de gananciales y la sucesión del causante debe regirse por las disposiciones del Derecho civil común.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Alto Tribunal dicta sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, y sienta la siguiente doctrina:

o Primera sentencia:

1.º *Como cuestión previa* a la solución adecuada del recurso de casación de que se trata, es de tener en cuenta *la reiterada doctrina jurisprudencial*, sancionada, entre otras, en sentencias de... , *esclareciendo el con-*

cepto de documento auténtico, a que hace referencia el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que «para merecer tal carácter se precisa que se trate de documento con fuerza probatoria irrefutable, de modo que siendo indudable la certeza de su contenido, por sí mismos evidencien, sin necesidad de deducciones o interpretaciones, más o menos lógicas, la indudable equivocación del juzgador de Instancia».

2.º *Haciendo aplicación al presente caso de lo expuesto en el precedente, es de llegar a la solución desestimatoria del primero de los motivos...: puesto que el Padrón de Habitantes no viene adornado de las indicadas precisas cualidades requeridas para revelar autenticidad..., dado que lo único que prueba dicho Padrón por sí solo es la realidad de haberse hecho por el declarante y el funcionario, en su caso, en él interviniente las manifestaciones que contiene, pero no que las mismas sean exactas*, cual es preciso para que se produzca la veracidad indiscutible de hechos contrarios a los establecidos por el juzgador de Instancia en la sentencia recurrida, reveladores del error de hecho que se imputa por los recurrentes...

3.º *A mayor abundamiento, la inconsistencia del citado primer motivo de casación surge de que la Sala sentenciadora —en cuanto acepta los considerandos de la que dictó el Juzgado de Primera Instancia— aprecia que el causante llegó a Barcelona en la primera quincena del mes de mayo de 1923, e incluso con más precisión el 12 de ese mes y año, estableciendo, en consecuencia, un hecho probado en tal aspecto deducido de los diversos medios probatorios aportados al juicio, entre los que fue objeto de apreciación, discusión, análisis e interpretación el invocado Padrón, pues con ello se desprovee de autenticidad, a los fines pretendidos, al expresado documento, al no poder considerarse como auténtico aquel que el juzgador examinó y tuvo en cuenta para emitir su fallo .*

4.º *En trance de pronunciarse sobre el segundo de los motivos. , es de estimar en razón a que previniendo el citado artículo 2 de tal Ley especial (6) , y que . unido a que la sentencia recurrida reconozca —al aceptar los considerandos de la del Juzgado— que el matrimonio canónico contraído por ambos cónyuges conste celebrado el 16 de julio de 1933. , está poniendo claramente de manifiesto que a esa fecha es a la que hay que estar, cual expresan los recurrentes, y no a la de 11 de enero de 1934, que la sentencia impugnada acoge como la a asignar a dicho vínculo, desde el momento en que el referido matrimonio goza de plenitud de efectos civiles desde el día de su celebración, con independencia de la fecha de su transcripción.. , toda vez que, como ya tiene declarado esta Sala en Sentencia de 12 de noviembre de 1964 .., por lo que a las disposiciones reformadas no se les da carácter retroactivo, y puesto que, según se declara en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de marzo de 1941.. , el único que debe inscribirse en el Registro es el primero —o sea, en este caso, el canónico—.*

5.º *No obstante la estimación del invocado segundo motivo de casación, es de llegar a la solución de no acoger la viabilidad del tercero. , ya por la circunstancia de no acogerse el primer motivo, manteniéndose, en consecuencia, como fecha de inicio de residencia de don C. en Barcelona la de la primera quincena de mayo de 1923, e incluso con más precisión el 12 de dicho mes y año que la recurrida sentencia acoge; claro es*

(6) La Ley es la de 12 de marzo de 1938. antes citada: el contenido de dicho artículo se expone más tarde en las notas.

que aun en el caso de reconocerse, como se reconoce, que el matrimonio... ha producido efectos civiles desde la fecha de 16 de julio de 1933..., *han transcurrido* los diez años exigidos para ganar vecindad en Barcelona el citado don C. , y desde el momento en que no consta que, antes de terminar los expresados diez años requeridos para ganar dicha vecindad, el interesado hubiese manifestado su voluntad en contrario e impidiese, en consecuencia, que se diese origen a la mencionada vecindad foral.

6.º Por todo lo expuesto, y ante la acogida del segundo de los motivos ., y, en consecuencia, estimarse que en la sentencia recurrida se ha cometido infracción de Ley..., *procede declarar haber lugar a él y casar la sentencia indicada.* ., y *procediendo dictar por separado la sentencia que corresponda* sobre los extremos objeto del pleito respecto de los cuales recae la casación.

FALLO: Debemos declarar y declaramos *haber lugar* al recurso... en cuanto al *segundo* motivo formulado, y *no haber lugar a los restantes*, sin hacer expresa condena en costas. .

⊙ *Segunda sentencia:*

Por los fundamentos de hecho y de Derecho de la sentencia de casación que precede, y *considerando* que:

1.º Los *argumentos* expuestos en el cuarto de los considerandos de la sentencia de casación. . *conducen a la desestimación del particular del pedimento segundo de la súplica del escrito de demanda inicial* —que la sentencia recurrida acoge—, referente a la declaración de que el matrimonio... fue contraído el día 11 de enero de 1934.

2.º *En cuanto a las demás pretensiones formuladas en la referida demanda* —y que la sentencia impugnada acoge— *es de estimarlas*, en razón a los razonamientos (*sic*) expuestos al resolver los motivos de casación 1.º y 3.º ., *si bien con remisión a la fecha de 16 de julio de 1933*, asignable al precitado matrimonio

3.º No apreciándose temeridad ni mala fe jurídica en las partes. *no es de hacer especial declaración en cuanto a las costas.* .

FALLO: *Revocando en parte la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia*, y, en su consecuencia, *estimando en parte la demanda*, declaramos:

1.º a 5.º . (En todo igual a la sentencia de la Audiencia: con la *excepción* aludida de la fecha del matrimonio.)

6.º y 7.º (Igual a los 6.º y 7.º de la sentencia de la Audiencia.)

Absolvemos a los demandados de las demás pretensiones frente a ellos interesadas. *No hacemos expresa imposición de costas.*

NOTAS CRÍTICAS

1. En una primera aproximación parece relevante el dato o aspecto *normativo* a la hora de valorar la razón fundamentadoora de la decisión de este litigio. Entoncecs habría que atender a *esa norma concreta* —*artículo 2* de la Ley de 12 de marzo de 1938—, expresiva en el sentido de que:

«Los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932 producirán todos los efectos civiles desde su celebración, sin perjuicio de los derechos adquiridos a título oneroso por terceras personas... A los fines de los artículos 325 y 327 del Código Civil, las partidas sacramentales de los expresados matrimonios canónicos que no hubieran sido precedidos o seguidos de matrimonio civil, deberán ser transcritas en el de este nombre, de oficio o a instancia de parte, en el plazo de sesenta días a contar desde la publicación de esta Ley.»

Sin embargo, de lo expuesto como *aparente* tenemos el dato cierto de que se trata con esta *acogida de ese motivo 2.º* de mantener un rigor *formal* con las fechas: en cuanto a la fecha del *matrimonio* del causante con la demandada doña H. Porque a la hora de la verdad, prácticamente se acogen todos los pedimentos de la demanda, excepto el relativo al apartamiento en la costa. En nada va a cambiar la *situación jurídica de doña H.* por ser acogido ese aspecto formal. En sentido similar al aquí expuesto, las *notas* de J. CADARSO PAIAU a esta sentencia (véase en *ADC*, XXXI-4, 1978, págs. 917 y sigs.).

2. En una segunda aproximación, el dato formal dicho de la fecha del matrimonio tenía un relieve *material* o sustantivo, ya que alrededor de esta fecha *giraba el tema central* de la determinación del régimen económico-matrimonial del matrimonio del causante y doña H. Dado que el *aspecto fáctico probado* había ya acreditado que el causante había adquirido la regionalidad catalana en 1933, en nada afectaba a ello que la fecha fuera en ese año o en el siguiente: el régimen matrimonial supletorio en Cataluña de separación de bienes era el aplicable.

3. En una tercera aproximación, *la adquisición de la vecindad civil* era ya el tema de la *Sentencia de 2 de marzo de 1977* (Blanco v. Esteva), por mí comentada en estas páginas anteriormente: también allí se discutía acerca de la residencia ininterrumpida durante más de diez años, sólo que entonces era residencia en territorio de Derecho común. La cuestión aparece hoy resuelta por el *artículo 225 del Reglamento del Registro Civil* (Real Decreto 628/1987, de 8 de mayo), acentuando el automatismo inherente a la residencia ininterrumpida durante diez años en un determinado territorio a los efectos de un cambio de vecindad civil.

Sin embargo, en el ámbito de la *doctrina* han surgido recientemente voces varias a la hora de interpretar qué cosa sea el concepto de «vecindad civil» y su interconexión el de «vecindad administrativa». Ello ha provenido de sectores de la doctrina u operadores jurídicos provinientes del *ámbito docente o profesoral* (7), sin que abunden las aportaciones de aquellos operadores del *ámbito práctico o ejerciente del Derecho*, que quizá habrían iluminado perfiles de la figura implícitos en la dinámica social y en la propia praxis jurídica.

4. En una cuarta aproximación, no deja de ser un tanto curioso que la doctrina catalana —lan atenta siempre a toda aparición en el mundo

(7) Por todos, véase COCA PAVERA: «Vecindad administrativa y vecindad civil Génesis de un precepto legal», en *R J Cat.* 1981, pág. 177; «Condición política, vecindad administrativa y vecindad civil balear (en torno a los arts 6.º y 7 del Estatuto de Autonomía)», en la revista *Cuadernos de la Facultad de Derecho Universitat Illes Balears*, núm. 10, 1985, págs 9 y sigs., «Comentari a l'article 3er», en el volumen colectivo de F. BADOSA COLL *et alii Comentaris a les reformes del Dret Civil de Catalunya*, volum I, Barcelona, 1987, págs. 77 y sigs.

Véase también R. BERCOVITZ: «La vecindad civil en los Estatutos de Autonomía», en *R. I. Cat.* 1981, págs. 370 y sigs.

del Derecho *con incidencia* en el ámbito catalán— apenas se haya ocupado ni preocupado por comentar o anotar esta sentencia. Parece como si hubieran considerado *normal* que el Tribunal Supremo fallase así como lo hizo. ¿O esa escasez de comentarios proviene de *la época* de transición política en que el Tribunal Supremo la dicta, ocupados los catalanes en la preparación de «su Estatuto»? Con todo, no deja de ser aludida en la recientísima obra de I. RIBAS ALGUERÓ: *La vecindad civil: problemática en torno a su régimen jurídico y a su prueba*, Barcelona, 1984, Ed. Bosch, páginas 164 y sigs., especialmente págs. 188 y sigs.

5. Finalmente, apuntar que el tema de la «vecindad civil» sigue en pie como uno de los graves obstáculos que cierran el paso a un posible entendimiento entre las diversas regiones de España con Derecho civil especial. A las tesis defendidas por las regiones que pierden población por su menor dinámica económica —que postulan un principio personalista—, se oponen las de las regiones más desarrolladas —a favor de un principio territorialista—. Un intento de conciliación se hizo en el «Congreso de Jurisconsultos» de Zaragoza en 1981, pero como toda postura ecléctica, acabó sin contentar a nadie en el fondo. Hay tema para debate abierto. Todos están llamados a dar razones para tamaña sinrazón.

JOSÉ CERDÁ GIMENO

DEMANDA DE SEPARACION CONYUGAL POR MALOS TRATOS Y RECONVENCIÓN DE NULIDAD DE MATRIMONIO POR PREVIO MATRIMONIO CIVIL EN EL EXTRANJERO SEGUIDO DE DIVORCIO: la Ley de 23 de septiembre de 1939 y la distinción basada en según sea el matrimonio previo del cónyuge extranjero canónico o civil: PEREA contra FOLDESSY (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1977).

ANTECEDENTES

1) *Demanda*.—Por parte de *la esposa* se formulaba demanda contra el marido basada en malos tratos, coacciones y amenazas, con el suplico de que se dictase sentencia declarando la separación legal conyugal por culpa del marido.

Los hechos en que se basaba la demanda eran presentados de distinta forma por una y otra parte:

⊕ *Para la esposa*, las desavenencias conyugales obedecían a la actitud violenta del marido y sus coacciones: v.gr., al «negarle el derecho a recibir visitas, no obstante ser la casa de ella»; «censurarle tener un hijo en un sanatorio y dejarse ver por un hombre, aunque fuese médico» (*sic*); dar palizas a los hijos; arrojar de casa a los dos hijos mayores; amenazar a la esposa con un cuchillo; romper mobiliario; no dejarle usar del talonario de la cuenta corriente bancaria, etc.

⊕ *Para el marido*, el origen radicaba en haber comenzado la vida matrimonial en un piso de la madre de la esposa, piso compartido con otros huéspedes, y luego las desavenencias consistieron en la distinta concepción de ambos cónyuges acerca de la educación de los hijos debido a la excesiva tolerancia de la madre con las notas de sus hijos mayores, que éstos rehusaron

trabajar con el padre en el negocio de su propiedad, que lo que quería su mujer era continuar con sus hijos en el domicilio conyugal sin estar sometida a la autoridad del padre.

2) *Reconvención*.—Por parte del *marido* se alegaba como base de su pretensión:

- ⊙ Que era de origen húngaro, habiendo contraído matrimonio en Hungría en forma civil en 1928, matrimonio disuelto en 1938 por divorcio por el Tribunal civil pertinente.
- ⊙ Que al trasladarse a España siempre creyó de buena fe que su precedente matrimonio estaba disuelto, por lo que inició expediente para contraer matrimonio civil en España, matrimonio contraído con la demandante en 1943.
- ⊙ Que había adquirido la nacionalidad española en 1953.
- ⊙ Que actualmente tenía fundados motivos para suponer que el matrimonio contraído en España con la demandante podía ser nulo, por no reconocerse en España las sentencias de divorcio extranjeras.

En la contestación a la demanda terminaba con la súplica de que se dictase sentencia absolutoria de la demanda formulada y declarando no haber lugar a la separación conyugal solicitada, con condena en costas a la actora.

En el suplico de *la demanda reconvenzional* se pide al Juzgado se dicte sentencia por la que se declare nulo el matrimonio contraído entre ambos cónyuges litigantes e inscrito en..., ordenando dejar nota suficiente en dicho Registro de la sentencia declaratoria de la nulidad, con cuantos pronunciamientos fuesen congruentes con la declaración citada.

3) *Réplica y dúplica*.—*La parte actora*, en trámite de *réplica y contestación a la reconvezión*, insistió en los pedimentos de su demanda y rechazó los de la reconvezión, y termina con la súplica de que —para el supuesto de que se declarase ahora la nulidad de ese enlace conyugal contraído en España— lo fuese con la culpabilidad del esposo y con la declaración de producir efectos civiles en favor de la esposa y de los tres hijos del matrimonio.

La parte demandada, en trámite de *dúplica*, insiste en los hechos, fundamentos de Derecho y súplica de la contestación a la demanda y de la reconvezión.

4) *Ministerio Fiscal*.—En fase procesal de traslado de la demanda, niega los hechos y suplica se dicte sentencia desestimando la demanda, con condena en costas a la actora.

En fase procesal pertinente, no evacua el trámite en orden a la reconvezión. Y, finalmente, solicita al Juez se dicte sentencia absolutoria de la demanda y de la reconvezión.

5) *Sentencia del Juzgado*.—Dicta sentencia con el siguiente fallo:

⊙ *Desestimando la demanda*, debo absolver y absuelvo de la misma a don...

⊙ *Y estimando la reconvezión*, debo declarar y declaro nulo el matrimonio civil contraído entre los citados litigantes en 1943 ante el encargado del Registro Civil de .. e inscrito al.., en cuyo

Registro Civil se tomará nota de la presente sentencia una vez que sea firme, debiendo producir efectos civiles el matrimonio que se declara nulo solamente respecto a los hijos habidos en él, y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la expresada demandante a estar y pasar por lo declarado y a realizar lo necesario para llevarlo a efecto. *Sin expresa imposición en costas.*

6) *Sentencia de la Audiencia Territorial.*—Por parte de la esposa demandante se interpuso recurso de apelación ante la pertinente Audiencia Territorial.

Son dignas de citar algunas de las *argumentaciones* contenidas (1) en la sentencia de la Audiencia, v.gr.:

⊙ No se concede la nulidad demandada en reconvencción al tomar en cuenta las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de marzo y 5 de abril de 1966 y las observaciones al Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970.

⊙ Se apoya en la Ley de 23 de septiembre de 1939, que derogó la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932.

⊙ Concluye con las *afirmaciones* de que «es factible deducir que el orden público no es obstáculo a la validez del vínculo controvertido, cual admitió la Delegación del Gobierno español en sus observaciones al Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970, afirmando que sólo parece poder quedar fuera del orden público español el reconocimiento de sentencias de divorcio de extranjeros, dictadas en el extranjero, cuando la Ley nacional de los dos esposos permite el divorcio y siempre que no se trate de un matrimonio canónico».

El fallo de la Audiencia es: que *estimando el recurso* de apelación interpuesto por doña. (la actora), revoca la sentencia recurrida en su fallo, y *desestimando la demanda y la reconvencción*, absolvemos a las partes de las recíprocas pretensiones por las mismas deducidas. *Sin especial atribución de costas en ambas instancias.*

7) *Recurso de casación por infracción de Ley.*—Por parte del marido demandado se interpone recurso de casación, fundado en los *motivos* siguientes:

1.º Basado en el artículo 1692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de Derecho en la apreciación de la prueba, consistente en no haber valorado la Audiencia la certificación literal del matrimonio contraído en 1943 con la actora: en dicha certificación literal consta que el marido, en el momento de contraer matrimonio en España, se encontraba divorciado del matrimonio contraído en Hungría en 1928; por tanto, constando el hecho de su situación de divorciado, no podía contraer en España matrimonio civil válido, pues esa disolución del vínculo que tal divorcio proclama chocaba con el orden público entonces existente en España y el posterior matrimonio resultaba, por tanto, nulo, y así tenía que declararse.

2.º Basado en el artículo 1692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *por violación por la aplicación* (2) de los artículos 83, 5.º; 101, 1.º, y 51 del

(1) Tomadas de la exposición o «relato» del ponente, entresacadas de los motivos 1.º y 4.º del recurso de casación y del considerando undécimo de la sentencia del Tribunal Supremo.

(2) Así *subrayado* y destacado en el considerando tercero del Tribunal Supremo.

Código Civil (3), en relación con el artículo 11, párrafo final, del Código Civil, y de diversas sentencias del Tribunal Supremo. Por tanto, como los preceptos y doctrina legal invocados se pronuncian contrariamente a la validez de posibles matrimonios ulteriores celebrados en España por súbditos extranjeros divorciados con arreglo a su Ley nacional, es evidente que la sentencia recurrida, al no haber aplicado esos artículos ni tampoco la doctrina legal citada, *ha violado por inaplicación la Ley* (4).

3.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del artículo 9 del Código Civil, en relación con el artículo 11, párrafo último, del Código Civil, y artículos 52; 51; 83, 5.º, y 101, 1.º, del Código Civil (4 bis): porque es indiscutible que el matrimonio contraído entre los litigantes en 1943, lo fue en un momento en que él se hallaba divorciado y carecía de capacidad para contraer matrimonio por hallarse ligado a otro anterior; consiguientemente, tal matrimonio era nulo, por haberse celebrado con persona inhábil para contraerlo. Y dada la condición de divorciado en el extranjero que tiene el recurrente, su divorcio no podía originar efecto extintivo del vínculo en España, por ser ello opuesto al concepto de orden público interno existente entonces en nuestro país.

4.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de los artículos citados del Código Civil en el motivo precedente, y además, de la Ley de 23 de septiembre de 1939: porque la sentencia de la Audiencia se funda sustancialmente en lo establecido en la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de marzo de 1976*, pero dicha doctrina no es aplicable al supuesto litigioso, que es totalmente diferente del contemplado en aquella resolución, y que la cita que hace la sentencia recurrida de la Ley de 23 de septiembre de 1939 «es poco afortunada y supone una violación de dicha Ley», ya que ésta proclama el matrimonio como uno e indisoluble y considera que todo aquello que afecte a la indisolubilidad es de orden público.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En sentencia de la que fue ponente don Manuel Taboada Roca se establece la doctrina siguiente (5):

1.º *Contra la tesis desestimatoria de la reconvenición* alza el recurrente su recurso, *en cuyo primer motivo...* (6).

2.º La simple enunciación del motivo proclama *su improcedencia*, porque viene a mantenerse en él que esa certificación invocada, *reconocía la situación de divorciado en el esposo, afirmación que no sólo no es negada ni desconocida por la sentencia impugnada, sino que le sirve precisamente como base para construir la tesis desestimatoria de la reconvenición*, y por si ello fuera poco, después el recurrente expone las consecuencias jurídicas que, a su juicio, deben derivarse de tal situación de divorciado, *lo cual nada tiene que ver con el supuesto error de Derecho que se denuncia*, en el que *no sólo habría que demostrar que el juzgador desconocía la eficacia probatoria de ese documento, sino también señalar,*

(3) En su redacción precedente de 1958

(4) Así *subrayado* y destacado en el considerando tercero del Tribunal Supremo.

(4 bis) Véase nota 3 precedente

(5) En la manera típica de operar de este ponente se produce un vaciado completo de alguno o algunos de los *considerandos*

(6) Resume el ponente este motivo en la forma dicha en el apartado 7) de los antecedentes.

clara y concretamente, *la norma valorativa de prueba que con ello se había infringido y el concepto en que tal infracción se cometía, nada de lo cual se cumple en el motivo, que por tal razón tiene que perecer.*

3.º *En el segundo motivo se atribuye a la sentencia recurrida... (7).*

4.º *Con referencia a este motivo y como causas para la desestimación del mismo, cabe destacar: primero..., se acusa la violación por aplicación de determinadas normas, lo cual no constituye ninguno de los conceptos o modos de infracción del artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; segundo, además, se incurre en la contradicción de sostener, al final del motivo, que la sentencia al no aplicar aquellos preceptos «ha violado por inaplicación la Ley», olvidándose de que lo que había denunciado era la violación por aplicación, todo lo cual es opuesto a la claridad y precisión que exige el artículo 1.720 de la Ley de enjuiciar.*

5.º *En el motivo tercero... se alega... (8).*

6.º *Con relación a este motivo, conviene tener presente: en primer lugar, que la sentencia recurrida no deja de tener en cuenta los preceptos invocados por el recurrente, sino que varios de ellos los cita expresamente y otros los sobreentiende, por lo cual no puede sostenerse fundadamente que los haya violado, y en segundo término, para sostener la procedencia de tal motivo se hace supuesto de la cuestión, atribuyendo a dichos preceptos un alcance distinto del que dio el juzgador, y sin atacar por adecuada vía esta exégesis; se afirma en tal motivo... (9), cuando precisamente eso era lo que había que demostrar para enervar la eficacia de la sentencia que legalmente proclama lo contrario.*

7.º *En cambio, en el desarrollo de este motivo, el recurrente se dedica a ensalzar la interpretación que dio la sentencia de primer grado al concepto de orden público interno y a sostener que no son acertados los razonamientos de la de segundo grado —que admite la validez de las nuevas nupcias de divorciados cuando lo son de uniones civiles, y la niega a los divorciados de uniones canónicas—, porque en el sentir del recurrente... (9).*

8.º *Como acertadamente proclaman múltiples resoluciones de la Dirección General de los Registros (10), la indisolubilidad del matrimonio es esencialmente básica..., pero no es una regla absolutamente rígida, pues admite inflexiones, y con mayor razón ha de admitirlas cuando se trata de matrimonios que, por la nacionalidad de los cónyuges, han de regirse, según las normas españolas de conflicto, por leyes extranjeras, si según éstas se admite el divorcio vincular.*

9.º *A este respecto es necesario distinguir según que el previo matrimonio del cónyuge extranjero fuera canónico o civil: pues siendo canónico, una constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo estima que por razones de orden público el impedimento de ligamen persiste... (10), y, en cambio, siendo el matrimonio previo de carácter meramente civil (sic), los principios de comunidad jurídica universal y el carácter restrictivo con que debe hacerse uso de la excepción de orden público han obligado, cuando de matrimonio ya celebrado en el extranjero se trata, a estimar que ha desaparecido el impedimento de ligamen a consecuencia*

(7) Resume el ponente este motivo en la forma dicha en el apartado 7) de los antecedentes

(8) Así subrayado en el original por el ponente en el considerando cuarto

(9) Resume aquí el ponente este motivo 3.º en la forma dicha en el apartado 7) de los antecedentes

(10) Conviene tener presente que, aunque ya establecida la democracia en España en el momento de dictarse la sentencia, el fallo se fundamenta en la base legal entonces existente y en sus nociones básicas, que hoy entendemos como «preconstitucionales».

del divorcio dictado de acuerdo con la correspondiente Ley personal y que, en consecuencia, el nuevo matrimonio es válido.

10.º *Este distinto tratamiento del matrimonio canónico y del civil respecto al divorcio obtenido con arreglo a las normas en principio aplicables según las reglas del conflicto, tiene su apoyo en la propia Ley de 23 de septiembre de 1939, que distingue claramente estas dos clases de matrimonio, pues con relación a los canónicos establece la continuidad del vínculo . y, en cambio, tratándose de divorcios recaídos sobre matrimonios civiles, la Ley remite esas reglas de excepción al principio de irretroactividad, dando a entender que el divorciado puede contraer matrimonio con tercera persona.*

11.º *En atención a lo que razonado queda, cabe afirmar, como lo hace la sentencia recurrida, que «es factible deducir...» (11).*

12.º *En el motivo cuarto se atribuye a la sentencia recurrida... (12).*

13.º *También la formulación de este motivo es defectuosa, porque contraviene lo dispuesto en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil..., invocando como normas violadas varias de las que el juzgador expresamente ha tenido en cuenta y atribuyéndolas distinto alcance, sin demostrar qué normas de hermenéutica se han infringido, defectos todos ellos, comunes a los otros motivos del recurso, que puso de relieve el Ministerio Fiscal en su informe oral oponiéndose a la estimación del recurso en su totalidad.*

14.º *La desestimación de él comporta la condena en costas al recurrente, por imperio de lo prevenido en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

FALLO: No ha lugar.

NOTAS CRÍTICAS

1. En primer lugar, destacar que *el entramado sociológico* de este supuesto litigioso sigue siendo tan interesante años después que ha merecido la atención de estudiosos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo más cualificados que el firmante, v.gr.: PUENTE EGIDO: *Derecho Internacional Privado español. Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Edit. Universitaria de Barcelona, Barcelona, 1981, págs. 741 y sigs.

2. En segundo lugar, señalar que habiendo variado *los presupuestos normativos patrios* tras la entrada en vigor de la Constitución en 1978 y de la reforma del Código Civil en 1981, sin embargo, la aparición de posibles supuestos litigiosos similares al aquí anotado es bastante posible, ya que los enlaces de la postguerra —años cuarenta— entran o pueden entrar en crisis precisamente ahora. Dato a tener en cuenta.

3. En tercer lugar, a mi modo de ver, lo significativo de este litigio no es el aspecto relativo a la incidencia de un divorcio precedente —con ser dato importante—, que afecta a la demanda *reconvencional*: la *demanda inicial* viene basada en unas circunstancias *fácticas* derivadas de actitudes personales o desavenencias conyugales. Quizá la *desestimación* de la demanda obedeciera a la difícil prueba de tales aspectos fácticos en los

(11) Aquí el ponente recoge aquellas *afirmaciones* que antes se han subrayado en el apartado 6) de los antecedentes

(12) El ponente resume *el motivo 4.º* expuesto en el apartado 7) de los antecedentes.

que parece predominar la nota de subjetividad sobre la objetividad, y de ahí la dificultad de prueba.

4. En cuarto lugar, no parece hoy tan decisivo el dato del «precedente» sentado por esta sentencia en relación con otros supuestos litigiosos similares que en el futuro pudieran presentarse, por varias razones: la primera, que el dato básico —con la normativa actual— es la quiebra irremediable de un matrimonio; la segunda, que ese biotipo de un carácter fuerte y autoritario de un marido/padre puede seguir dándose en la realidad, aunque cada vez menos por la influencia de la realidad social circundante, y la tercera, que si la prueba era difícil ante la normativa del artículo 105, 2.ª, del Código Civil en su redacción de 1958, parece más facilitada en la vigente redacción del artículo 82, 1.ª, párrafo 1.º, del Código Civil dada en 1981.

5. Finalmente, la decisión de este litigio —si se plantease hoy con circunstancias sociológicas similares— podría llevar a consecuencias diferentes de las sentadas por el ponente en su sentencia. Tanto en cuanto a la separación conyugal objeto de la demanda, como en orden al divorcio en el extranjero aludido en la reconvencción. Este es mi punto de vista, a salvo mejor criterio, claro está.

JOSÉ CERDÁ GIMENO

NORMA DE COLISION EN CASO DE ALIMENTOS INTERCONYUGALES: artículo 9 del Código Civil y punto de conexión subsidiario en defecto de Ley nacional común; demanda de divorcio entre extranjeros tramitada en el extranjero pendiente de ejecución en España; prueba del Derecho extranjero; aplicación de la analogía y de la equidad: KUCKELKORN contra KUCKELKORN (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1977).

ANTECEDENTES

1) *Demanda*.—Por parte de la esposa se formula *demanda* contra el marido y se alegaba: Que ambos se habían casado en Alemania en 1952; que habían tramitado en Alemania su divorcio al amparo de su Ley personal, divorcio pendiente de ejecución en España, lugar donde el matrimonio tiene todos sus bienes, por haber adquirido varios inmuebles en España constante matrimonio; que su régimen matrimonial era el de gananciales; que el marido había ido entregando a la esposa diversas cantidades para su manutención durante todo el procedimiento. Termina con la súplica de que se dicte sentencia condenando al demandado a pagar a la actora, en concepto de alimentos, la cantidad de 300.000 pesetas, hasta tanto se eleven a definitivas, o se proceda a practicar la liquidación de la sociedad conyugal en ejecución de sentencia de divorcio, con expresa condena en costas a la parte demandada.

En la *contestación a la demanda*, el marido oponía a las pretensiones de la demanda: la nulidad de actuaciones, por infracción del artículo 1.610 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que no se acredita documentalmente el matrimonio de ambas partes; subsidiariamente, la inaplicabilidad del Derecho español a la obligación de prestación de alimentos entre ambas partes, ya que ambos son alemanes y tal derecho a alimentos debe

regirse por la Ley alemana y no por el Código Civil español; subsidiariamente, la inobservancia de las normas procesales españolas sobre ejecución de sentencias extranjeras y la excepción de orden público. Se solicitaba la desestimación de la demanda, con condena en costas.

2) *Sentencia del Juzgado*.—El Juzgado estima *parcialmente* y recoge todos los pedimentos de la demanda, salvo en orden a la cuantía de los alimentos, que cifra en 75.000 pesetas mensuales. Sin condena en costas.

3) *Sentencia de la Audiencia*.—La sentencia de la Audiencia estima el recurso de apelación elevado por el marido demandado y lo absuelve de los pedimentos contenidos en la demanda. Sin condena en costas.

4) *Recurso de casación*.—La esposa demandante plantea el recurso de casación, fundado en los *motivos* siguientes:

Primero: Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por inaplicación del artículo 9, 7.º, inciso 2.º, del Código Civil: si la alimentista no podía obtener los alimentos con arreglo a la Ley nacional común a ambos, debía de haberse aplicado dicho inciso 2.º, al quedar probado que la demandante tiene en España su residencia habitual y, en consecuencia, sólo la Ley española era aplicable al caso.

Segundo: Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 4, 1.º, y 72 del Código Civil (1), violados por su no aplicación: cita la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de septiembre de 1971, en el sentido de entender aquí aplicable la distinción entre los casos de sentencias de divorcio extranjeras que lesionan el orden público y los casos en que ello no sucede; que hay identidad de *ratio* y debe aplicarse el artículo 4, 1.º, del Código Civil, al ser idénticas las situaciones de divorcio y de declaración de nulidad del matrimonio, y existen efectos comunes a ambas situaciones, cuales son los de carácter patrimonial, que no infringen el orden público, y de ellos destaca la prestación de alimentos. Por tanto, es aplicable el artículo 72 del Código Civil.

Tercero: Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por inaplicación del artículo 4, 1.º, del Código Civil, en relación con el artículo 68, 5.º, del Código Civil (1): se basa en la identidad de *ratio* ya aludida, identidad de situación entre el supuesto del artículo 68, 5.º, del Código Civil, citado, y la derivada de sentencia de divorcio dictada en el extranjero pendiente de *exequatur*. Cita la *Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1969* (2), que expresamente reconoce a las sentencias extranjeras de divorcio los efectos patrimoniales de separación en el Derecho español, y es obvio que el derecho de alimentos tiene un acusado carácter patrimonial.

Cuarto: Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 2, 2.º, del Código Civil en materia de equidad: ya que la equidad ha de ser tenida en cuenta o ponderarse en la aplicación de las normas, lo que, sin duda, la sentencia de la Audiencia no ha tenido en cuenta.

(1) En su redacción de 1958.

(2) La cita es errónea, ya que la fecha de la sentencia es *del 13 de marzo* —y no del 18 de marzo—: puede verse dicho supuesto de hecho, muy interesante, en la recensión y notas *por mí efectuadas* en esta *Revista*, núm. 477, 1970, págs. 532 y sigs.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Fue ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, que fundamenta su fallo como sigue:

1.º Que *en los cuatro motivos* del recurso se denuncia .. (3), mas como en todos ellos se argumenta en el sentido de la aplicabilidad de la Ley civil española, y en el caso presente se trata de súbditos alemanes que contrajeron matrimonio en .., y *el presupuesto para la aplicación de la misma está en que su Derecho no esté regulado por la Ley nacional*, prueba que incumbe a la parte actora sin que en los presentes autos lo haya siquiera intentado, *es evidente la improsperabilidad de los mismos*.

2.º Que *la desestimación* de todos los motivos lleva a la *del recurso*, con condena en costas.

FALLO: *No* ha lugar.

NOTAS CRÍTICAS

1. La primera sugerencia que nos ofrece la lectura detenida de este litigio y su fallo es la de cierta desazón e incomodidad, ya que parece alimentar algunas dudas en cuanto a la justicia de la decisión.

2. En segundo lugar, es muy pobre la presentación del litigio y una cierta endebles se desprende de la argumentación sobre el fallo del Alto Tribunal. Creo que se podría haber dicho bastante más. y mejor.

3. En tercer lugar, una mayor extensión en estas *notas* no parece del todo necesaria dado que plumas más expertas han tratado de este litigio y de su solución con brillantez y rotundidad. Así, el profesor PUENTE EGIDO, en su *Derecho Internacional Privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Ed. Universitaria de Barcelona, Barcelona, 1981, *número de referencia 128*, págs. 464 y sigs. Bastaría con remitirme a dicho lugar en este momento. Con todo, una alusión a la posición resumida de dicho profesor y especialista parece procedente:

○ Para PUENTE EGIDO, «desde una perspectiva formal hay indicios que inducen a pensar se ha producido aquí un supuesto de denegación de justicia».

Entiende que la sentencia de divorcio alemana, «cualquiera que haya podido ser su efecto en España, no podía producir efectos inmediatos en nuestro país».

Distingue dos grandes apartados: uno, el relativo a la Ley extranjera aplicable y su sustitución por la Ley material española; el otro, en orden a la prueba de la Ley extranjera y la carga de esta prueba.

En cuanto a *la Ley extranjera aplicable*, dice que tanto la Audiencia Territorial como el Tribunal Supremo *tienen razón en la fijación de la Ley aplicable*, ya que «de acuerdo con las normas conflictuales del foro, la Ley que regía esta demanda de alimentos era el Derecho alemán (art. 9, 7.º, del Código Civil)». La

(3) Aquí el ponente simplemente alude a los cuatro motivos y cita tan sólo los artículos que se denuncian infringidos, sin ulteriores argumentaciones o consideraciones. Lo despacha, sin más.

parte demandante descuidó este aspecto, lo que conduce a la desestimación de la demanda.

En cuanto a *la prueba de la Ley extranjera*, considera que tras la reforma del título preliminar del Código Civil en 1974, y a la vista de los artículos 12, 6.º, y 9, 7.º, del Código Civil, no parece procedente ni justificado el modo de actuar del Tribunal *a quo*, ya que —en base al artículo 9, 7.º, del Código Civil— al sugerir esta norma la aplicación de la Ley de la residencia habitual de la persona que reclama los alimentos «cuando ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la Ley nacional común», *lo adecuado sería una interpretación flexible* y ver como causa justificativa de la aplicación de esta Ley *no solamente la imposibilidad jurídica o legal* porque la Ley nacional común no garantice tales alimentos, *sino también la imposibilidad fáctica de obtenerlos*, aunque la Ley del alimentista y alimentante los pudiera garantizar. Entiende que «*ésta podría haber sido la situación en el caso presente*, al menos mientras se resuelve el trámite del reconocimiento de la sentencia alemana de divorcio en España, *por lo que se refiere a los efectos patrimoniales. Existiría aquí un supuesto particular de adaptación o armonización entre el Derecho extranjero alemán y el Derecho material español*» (todos los subrayados son míos: J. C. G.).

4. Finalmente, a la hora de *cotejar* esta decisión del Tribunal Supremo con otras decisiones del mismo Alto Tribunal en otros supuestos anteriores de naturaleza y materia similar, es evidente que no se observa una línea clara jurisprudencial en materia de la *competencia potencial o sustitutiva de la Ley material española* en relación con la Ley material extranjera *inaplicable o inaplicada*: así, en el comentario del profesor PUENTE EGIDO, *op. et loc. cit.*, pág. 467. Dicho autor censura duramente la postura cómoda del Tribunal Supremo en este caso, refugiándose en un *non liquet* de difícil justificación, y en claro contraste con la doctrina de otros fallos del Tribunal Supremo en que se presume un sometimiento a nuestro Derecho por el hecho de invocar la aplicación de nuestra Ley y silenciar la de la Ley extranjera.

JOSÉ CERDÁ GIMENO

ALIMENTOS INTERCONYUGALES: prueba no practicada.—CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: constitución de depósito y artículo 1.758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: **SANTAMARIA contra TORRENTE** (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1977).

ANTECEDENTES

1) *Demanda*.—Por parte de la esposa, por sí y en nombre de sus hijos menores, se dedujo demanda contra el marido sobre alimentos provisionales, terminando con la súplica de que se dictase sentencia por la que se condene al demandado al pago de alimentos en cuantía de 350.000 pesetas mensuales.

Por la actora se propuso *la prueba documental*, consistente en la remisión de un oficio a la Delegación de Hacienda de la provincia de , Sección

de Impuesto sobre Rendimientos del Trabajo Personal, para que con relación al contribuyente don... (el demandado), se expida certificación de —entre otros extremos— la expresión del total de ingresos de dicho contribuyente, base imponible y base liquidable atribuida a dicho señor en los años 1971, 1972, 1973 y 1974.

Declarada pertinente dicha prueba, por parte de la Delegación de Hacienda no se contestó. En consecuencia, la parte actora de nuevo solicitó que se interesase el cumplimiento de la misma: a cuya petición el Juez declaró no haber lugar.

2) *Sentencia del Juzgado.*—El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia condenando al demandado al pago de alimentos en la cantidad de 350.000 pesetas mensuales, elevándose cada dos años con el índice del coste de la vida del Instituto Nacional de Estadística, con el carácter de *provisionales*, hasta que en el juicio declarativo correspondiente, si alguna de las partes lo promoviese, se fije definitivamente la cantidad; y declaró que el pago ha de hacerse por mensualidades anticipadas y a partir de la fecha de presentación de la demanda, y si el demandado no hiciese efectiva la pensión de los meses de .. (eran el corriente y el precedente) y de los sucesivos dentro de los cinco primeros días de cada mes, se procederá a su exacción por los trámites establecidos para el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo. Todo ello sin expresa condena en costas.

3) *Sentencia de la Audiencia.*—El demandado apelaba la sentencia de Primera Instancia, y durante el trámite de instrucción, la parte actora interesó el recibimiento a prueba de la documental solicitada en su día y no practicada. Al oponerse el marido, parte apelante, la Sala dictó *auto* declarando *no* haber lugar a la práctica de la prueba solicitada.

La Audiencia dicta sentencia por la que se revoca el pronunciamiento de la del Juzgado en cuanto a la cuantía de la pensión —que concede en la suma de 200.000 pesetas mensuales— y *sin* estabilización bianual, y se confirman el resto de los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado. Sin condena en costas.

4) *Recurso de casación por quebrantamiento de forma.*—Por la esposa demandante se interpone este recurso, fundado en el artículo 1.693, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la falta de recibimiento a prueba en la Segunda Instancia de la documental solicitada referida, debiendo aplicarse, por remisión expresa, los artículos 893 y 897 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, se establece la doctrina siguiente:

1.º Que al interponerse este recurso por quebrantamiento de forma, se hizo sin haberse efectuado el depósito prevenido en el artículo 1.698, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que *se está en el caso de desestimar*lo al estarse en presencia del supuesto de inadmisión que establece el artículo 1.758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en

la presente fase procesal se convierte en de *desestimación*, y ser constante doctrina de esta Sala reflejada en diversas sentencias

2.º Que ante la declaración de *no haber lugar* al recurso de casación por quebrantamiento de forma en cuestión, es de mandar se entreguen los autos a la parte recurrente para que en el término preciso de veinte días, que empezará a correr desde el siguiente al de la correspondiente entrega de los autos, formalice el recurso de casación por intracción de Ley o doctrina., al haberse hecho la protesta expresada en el artículo 1.768, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO: *No* ha lugar, con condena en costas.

JOSÉ CERDÁ GIMENO

2. DERECHO PROCESAL

Por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: EN JUICIO DECLARATIVO POSTERIOR A EJECUCION DE SENTENCIA DE MAGISTRATURA DE TRABAJO. NO SON APLICABLES LAS REGLAS DE LA TERCERIA (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

El origen de todo lo actuado debe ponerse en una reclamación ante la Magistratura de Trabajo de Cáceres —que dio lugar al auto número 2433/1981— formulada por un grupo de trabajadores de la Empresa que ahora figura como recurrida, con base en las cantidades debidas por despido, como consecuencia de la cual, el 30 de junio de 1982, fueron embargados determinados bienes para responder del total reclamado, que ascendía, por diferentes conceptos, a la suma de 7.329.402 pesetas, los que, después de la correspondiente subasta, se adjudicaron definitivamente, mediante Auto de la Magistratura de 3 de febrero de 1983; por otra parte, y con anterioridad, el Banco actualmente recurrente, con escritura pública de 25 de mayo de 1979, había concedido a la indicada Empresa un préstamo de 10.000.000 de pesetas para financiar la ampliación de su factoría de fabricación de ladrillos, garantizado con hipoteca, en la extensión autorizada por los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento, préstamo que no fue reembolsado y que, en el momento de iniciar la reclamación judicial, presentaba un saldo deudor a favor del Banco de 6.671.420 pesetas de principal, más 1.233.882 pesetas por intereses, comisiones y demoras, lo que motivó su personación ante la Magistratura de Trabajo, en los autos antes referidos, con escrito de 16 de noviembre de 1982, promoviendo incidente de nulidad de actuaciones, en atención al carácter inmueble de los bienes embargados y después adjudicados, petición que fue denegada con Providencia de 18 del mismo mes y año, por no ser parte el Banco en el procedimiento, cuyo posterior recurso de reposición fue asimismo desestimado mediante Auto de la Magistratura de 21 de febrero de 1983, en el que se informaba de la posibilidad de ejercitar las acciones pertinentes ante la jurisdicción civil; cosa que, en efecto, hizo la Entidad bancaria, interponiendo —el 16 de marzo de 1983— la demanda inicial del procedimiento del que trae causa este recurso, dirigida contra la Empresa, los 19 trabajadores *ejecutantes* en los

autos de la Magistratura y «contra cualquier otra persona ignorada que pudiera verse afectada en sus derechos», solicitando se declarase la nulidad de las actuaciones a partir del embargo de la Magistratura, así como de las *adjudicaciones* hechas a favor de los trabajadores ejecutantes, siendo desestimada la pretensión por la Sentencia del Juzgado (de 3 de febrero de 1984), sin entrar en el fondo del asunto, al acoger la excepción de falta de competencia para declarar nulas las actuaciones practicadas en el orden jurisdiccional laboral; a su vez, la sentencia recurrida en este trámite declaró que el conocimiento del asunto correspondía a la jurisdicción civil —por analogía con los juicios de tercería—, pero que era de apreciar la falta del «litisconsorcio pasivo necesario», asimismo alegado como excepción en la contestación a la demanda, que impedía entrar a decidir el fondo cuestionado.

Doctrina de la Sala.—El único tema de casación que plantea el recurso es el relativo a la falta de *litisconsorcio pasivo necesario*, en que basó su decisión desestimatoria la sentencia recurrida, que es, por así decir, el aspecto subjetivo del asunto, aunque no el único, como luego se verá, que fundamentalmente se impugna en los motivos uno y dos, de los que el segundo es simple consecuencia del primero, donde al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, en su versión reformada, se denuncia error en la apreciación de la prueba, basado en tres documentos obrantes en autos, que son dos testimonios de la Secretaría de la Magistratura de Trabajo de Badajoz, comprensivos, respectivamente, de la Providencia de 18 de noviembre de 1982 y del Auto de 21 de febrero de 1983, ambos de la propia Magistratura, antes referidos, y de los escritos de demanda inicial de la reclamación ante la misma por 19 trabajadores, que son los *ejecutantes*, cuyo contenido, en el sentido de que se demandó a todos los que podían ser parte interesada, está contradicho por el propio recurso, que reconoce que la subasta se celebró «compareciendo *distintos postores junto con los ejecutantes*, quienes, entre otros bienes, *se adjudican...*»; pero, sobre todo, se contradice con el Auto de la Magistratura de Trabajo de 3 de febrero de 1983, por el que se adjudican definitivamente la maquinaria y el mobiliario embargado a don Gervasio G. O., don Manuel P., don Francisco José F. L. —por sí y sus compañeros ejecutantes— y don Manuel L. R., ninguno de los cuales fue demandado en el procedimiento que dio origen al recurso, cuya demanda inicial, como se ha dicho, es de 16 de marzo de 1983, posterior, por tanto, al auto indicado, sin que pueda ser válido lo alegado por el recurrente de que «no tenía posibilidad de conocer, con los medios a su alcance, la existencia de otras personas interesadas en la litis distintas de aquellas contra las que dirigió su demanda», que no se corresponde con el conocimiento que tuvo de los autos, quien ahora pretende no haberlos conocido suficientemente, demostrándose la realidad de lo proclamado por la sentencia recurrida de que no fueron demandados todos aquellos que estaban interesados, especialmente los adjudicatarios, que necesariamente tenían que haber sido oídos, conforme a la elemental doctrina del «litisconsorcio pasivo necesario», a cuyo tenor nadie puede ser condenado sin ser previamente oído en juicio; lo que conduce a la desestimación no sólo del motivo primero, sino también del segundo, pura secuela, como se dijo, del anterior, carente, por ello, de fundamento, al denunciar, por el cauce del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, en su versión reformada, infracción del referido principio.

El otro aspecto de lo aquí debatido, que antes se anunció, es el objetivo que, aunque no directamente, se hace entrar en juego en el motivo tercero, cuando por la vía del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento reformada, se alega infracción del artículo 1.539 de la misma, que se dice aplicable por analogía, de conformidad con el artículo 4, 1.º, del Código Civil; alegación que se apoya en lo declarado por la sentencia recurrida de que «aunque no sea propiamente una tercería, guarda íntima relación con dicho procedimiento», para tratar de reforzar la denuncia en relación con el «litisconsorcio», afirmando que, según el precepto que se dice infringido, en las tercerías de dominio o de mejor derecho, sólo es preciso demandar al ejecutante y al ejecutado y no también a otros posibles interesados, especialmente en la primera de ellas, cuya analogía dice que es «del todo patente» por tratarse de un tercero que invoca un derecho de dominio, existiendo aquí el mismo enfrentamiento, «con el solo *matiz diferencial*» de que el derecho invocado no es el derecho real de dominio, sino el de hipoteca»; lo cual, sustantivamente, no corresponde con lo que cada uno de los derechos significa, que impide pensar en la pretendida analogía y procesalmente olvida lo que establece la Ley de Enjuiciamiento, *para ambas clases* de tercería, en el artículo 1.533, a cuyo tenor sólo pueden ejercitarse *antes de la adjudicación*, que en el caso examinado tuvo lugar con el Auto de la Magistratura de Trabajo de Badajoz de 21 de febrero de 1983, sin que con la requerida anterioridad se ejercitase la tercería de mejor derecho, única susceptible de ser ejercitada y no se ejercitó, no aludiendo a ella en la demanda, limitada a pedir la nulidad de actuaciones en el ámbito laboral, con base en el carácter inmobiliario de los bienes ejecutados; careciendo de fundamento una denuncia de infracción, que la sentencia recurrida no cometió al afirmar, en relación con la facultad de pronunciarse en vía civil sobre la naturaleza de los bienes, la existencia de una analogía genérica, nunca en cuanto a la mecánica concreta del supuesto contemplado, con referencia específica a la tercería de dominio.

RICARDO DE ANGEL.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: DOMICILIO DEL VENDEDOR, SALVO PRUEBA EN CONTRARIO (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Doctrina de la Sala.—Tal como informa el Ministerio Fiscal, y aparte de la jurisprudencia que se cita en los autos de los Juzgados contendientes, la más reciente doctrina confirma esa anterior, en el sentido de que no constando el lugar de cumplimiento del contrato ni la forma en que la mercancía viajó desde el establecimiento del vendedor al del comprador, hay que entender, por presunción, que dichas mercancías fueron entregadas en el domicilio del vendedor, siendo éste, por tanto, el determinante del fuero territorial que fija la competencia, conforme a los artículos 1.171 y 1.500 del Código Civil, en relación con el artículo 50 del Código de Co-

mercio (Sentencias de 9 de abril de 1984, 31 de mayo de 1984, 26 de octubre de 1984 y 3 de noviembre de 1984).

RICARDO DE ANGEL

INCOMPETENCIA POR RAZON DE LA MATERIA: NO AUTORIZA LA CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Matías Malpica y González-Elipic.

Doctrina de la Sala.—Así lo viene definiendo la doctrina de esta Sala en gran número de sentencias, en que se determina claramente que si la competencia es por razón de la materia, o sea, por haber conocido los Tribunales en un asunto que no es de la competencia judicial, no autoriza la casación por quebrantamiento de forma, sino en el fondo (Sentencias de 16 de junio de 1910, 19 de abril de 1935, 27 de noviembre de 1939 y 28 de julio de 1940), llegándose a explicitar en la Sentencia de 28 de octubre de 1939 que es procedente la casación por la vía del número 6.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando la cuestión de competencia que le da motivo sea de las que deban resolverse por las normas dispuestas en el libro I, título II, de dicha Ley, cuyas circunstancias, obviamente, no concurren en el presente caso.

RICARDO DE ANGEL

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: PROCEDE EL RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY, NO POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1986).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don José Luis Albácar López.

Doctrina de la Sala.—El primero de los motivos del recurso se formula «por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 1.693, ordinal primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil; ya que con formulación defectuosa de la demanda han dejado de ser llamados a pleito las once compañías» que en el motivo se citan y que «componen el cuadro de coaseguro de la póliza abierta por «X», S. A., y suscrita por el señor P. C. con fecha 10 de octubre de 1974 y que se ven en absoluto estado de indefensión al no poder comparecer en el procedimiento en defensa de sus respectivos intereses, tal y como le corresponde en razón del segundo contrato de seguro. Tal falta de emplazamiento, por otra parte, infringe lo establecido en el artículo 524 de la Ley Procesal en relación con el artículo 533, 2.º, del mismo Cuerpo legal», motivo este que deberá ser rechazado en atención a las siguientes razones: Primera: Que es doctrina de esta Sala, que se contiene, entre otras muchas, en Sentencia de 27 de

febrero de 1971 y 1 de junio de 1978, la de que «debe rechazarse el motivo que quiere ampararse en el número 1.º del artículo 1.693, pues lo que en resumen se sostiene es que la sentencia quebrante el principio de derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído, pues esta cuestión no tiene apropiado encuadramiento en el ordinal primero de dicho artículo 1.693, circunscrito a la falta de emplazamiento en primera y segunda instancia de las personas que hubieran debido de ser citadas para el juicio», y que «alegada la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal es evidente que la declaración judicial debe ser combatida en la casación por infracción de ley», doctrina esta cuya aplicación al caso nos lleva a la segura desestimación de este primer motivo, toda vez que la excepción planteada por el demandado y rechazada por la resolución que se recurre es precisamente la de litisconsorcio pasivo necesario, por entender que han debido ser citadas al pleito una serie de compañías de seguros que, según se alega, actuaron como coaseguradoras, y es lo cierto que, como reiteradamente ha declarado esta Sala, tal excepción no es de forma sino de Derecho material, por afectar directamente al fondo, como lo demuestra que, en el presente caso, la resolución que se recurre, para rechazarla ha tenido que proceder al estudio del contrato de seguro objeto de la relación jurídico procesal cuya defectuosa constitución se denuncia en el recurso por quebrantamiento de forma, cuando, en realidad, y como ahora se sostiene, debió serlo por infracción de ley. Segunda: Que es igualmente doctrina de esta Sala la de que «la falta de emplazamiento sólo puede producirse del demandado y nunca del actor y no puede ser alegado por quien habiendo sido emplazado con todos los requisitos legales ha comparecido en los autos (Sentencia de 29 de octubre de 1973), y que «la falta de citación ha de afectar personalmente al recurrente y no a cualquier otra persona» (Sentencia de 1 de junio de 1978), por lo que dado que en el presente supuesto son los demandados debidamente citados y comparecidos en los autos quienes alegan la falta de citación y emplazamiento de otros no comparecidos en autos, es obvio que de acuerdo con la doctrina citada no procede su cobijo en el motivo que nos ocupa, por todo lo cual debe procederse a su expresa desestimación.

No mejor fortuna alcanzará el motivo segundo, formulado «por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 1.693, ordinal segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 524 en relación al 533, 4.º, de esta Ley Procesal, por cuanto con formulación defectuosa de la demanda se le ha atribuido judicialmente a la entidad demandada, «X», S. A., un carácter que no tiene, pues le han sido atribuidas en su totalidad las obligaciones dimanantes de una póliza de seguro cuando, en realidad, sólo le corresponde en la misma una participación del 20 por 100, estando atribuido el 80 por 100 restante a once sociedades coaseguradoras no llamadas al pleito por esta causa», motivo este cuyo rechazo se funda en que pretende cobijar bajo la rúbrica de una falsa personalidad, que, por mandato de la Ley y de la doctrina jurisprudencial, ha de referirse a la persona misma, natural o jurídica que le alega, lo que en realidad es una pretendida legitimación pasiva compartida, o lo que es igual, que sin negar la personalidad jurídica de quien recurre, se intenta por esta vía sostener de nuevo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, al decirse que, además de los demandados, están legitimados pasi-

vamente otras entidades aseguradoras, lo que en modo alguno puede ampararse bajo la vía de falta de personalidad de los demandados, sino, como anteriormente se dijo, mediante un recurso de casación por infracción de ley, y al no serlo el motivo que nos ocupa, procede la desestimación de este segundo motivo.

RICARDO DE ANGEL

RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: REQUISITOS PROCESALES PARA SU VIABILIDAD (SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1986).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso

Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Doctrina de la Sala.—Es doctrina reiterada de esta Sala, que por lo demás no hace sino seguir la normativa legal, que son requisitos esenciales para la viabilidad procesal de este recurso por quebrantamiento de forma los siguientes: *a)* haber agotado el recurrente los medios de impugnación de la resolución judicial originadora de la falta que se denuncia; *b)* la cita o indicación del número del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se comprenda la falta; *c)* la del precepto o preceptos procesales cuya inobservancia provoque la vulneración de un requisito esencial de forma; *d)* la de la resolución origen de la infracción; *e)* la falta presuntamente cometida, y *f)* en su caso, la indefensión del recurrente.

RICARDO DE ANGEL

RESPONSABILIDAD CIVIL: JURISDICCION COMPETENTE. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION POR INUNDACION DE LA CARRETERA (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1986).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Ramón López Vilas.

Doctrina de la Sala.—El presente recurso plantea a la Sala como cuestión básica el tema de ante qué jurisdicción debe deducirse la pretensión relativa a indemnización por muerte en accidente de carretera solicitada en el caso concreto al Consell Insular de Mallorca. La cuestión planteada tiene una indudable proyección y trascendencia y obliga a la Sala a examinar cuáles han sido hasta ahora los criterios utilizados o fijados por la misma en los muchos y variados casos en los que se ha discutido ante qué jurisdicción deben deducirse las pretensiones sobre indemnización, reclamada a una Administración pública (central, local o institucional) o contra un concesionario, contratista o funcionario de la Administración, o contra una empresa pública que gestiona un servicio público en sentido material; en definitiva, estamos en presencia del tema polémico de las cuestiones de competencia en materia de responsabilidad civil

de la Administración. Tema sobre el que conviene ya adelantar que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no es ciertamente unánime y coincidente al fijar y mantener los criterios de resolución aplicables, siendo distintas y a veces, irreconciliables las tesis mantenidas al respecto por las Salas de lo Contencioso-Administrativo y por la Sala de lo Civil, siendo patente la tendencia de una y otra Jurisdicción a mantener el supuesto litigioso en su ámbito competencial. Actitud que en los últimos años no puede decirse que sea rigurosamente uniforme en esta Sala, lo que ha desembocado en la existencia actual de sentencias no coincidentes en supuestos análogos, todo lo cual aconseja el examen y consideración de las pautas y criterios seguidos hasta ahora por la Sala. Frente a otros criterios sustentados por la Jurisdicción contencioso-administrativa, la doctrina mantenida por la Sala hasta fecha reciente ha sido la de sostener y declarar la competencia de la jurisdicción civil en la inmensa mayoría de los casos conflictivos sometidos a su conocimiento, con base y fundamento en una interpretación restrictiva de la expresión «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», entendiéndose que la posible negligencia o excesos de quienes por sus funciones están obligados a observar la seguridad y diligencia debidas sustraída de la órbita contencioso-administrativa el supuesto de hecho correspondiente, negando en consecuencia que tales casos —cuyas circunstancias específicas han sido siempre minuciosamente ponderadas— pudieran enmarcarse dentro del concepto de «funcionamiento anormal de un servicio público». Con tal interpretación y el apoyo argumental, a veces abusivo, de la *vis atractiva* del Derecho civil (procedente cuando alguno de los codemandados es un particular y mucho más discutible y problemático cuando la pretensión indemnizatoria se formula sólo frente a la Administración) son numerosas las Sentencias de esta Sala que resueltamente han optado por mantener la competencia civil en los supuestos sometidos a su jurisdicción: unas, por la vía de la interpretación restrictiva a la que antes se ha hecho referencia y que late, por ejemplo, en las Sentencias de 28 de junio de 1972, 7 de febrero de 1973, 20 de marzo y 23 de octubre de 1975, 5 de marzo de 1977 y 24 de febrero y 9 de marzo de 1983; y otras, apoyándose decididamente en la continencia de la causa y en la reiterada *vis atractiva* de la jurisdicción ordinaria, como ocurre en las Sentencias de 2 de octubre de 1969, 15 de octubre de 1976 y 5 de marzo de 1977. Sin embargo, esta doctrina u orientación jurisprudencial de la Sala se ha visto últimamente alterada por dos Sentencias recientes: la de 19 de febrero de 1982 y la de 10 de noviembre de 1983. La primera de ellas, con sólida fundamentación en la línea de las tesis administrativas respecto al cauce jurisdiccional adecuado, rompe con la tendencia de la Sala a afirmar la competencia de la jurisdicción civil en casos semejantes al contemplado en aquel supuesto; y la segunda, inspirada en la anterior, niega la competencia a la jurisdicción civil para conocer de una pretensión indemnizatoria contra la Administración del Estado, a pesar de darse el hecho decisivo en otras varias resoluciones de la Sala de figurar como codemandados algún o algunos particulares. El cambio de orientación que estas dos importantes sentencias representan en relación con la línea tradicional de la Sala, no puede decirse, sin embargo, que se haya visto consolidado como doctrina legal y jurisprudencial de la misma, en la medida en que sentencias posteriores a una o ambas (Sentencias de 24 de febrero, 9 de marzo y 5 de julio de 1983, 12 de abril y 31 de octubre

de 1984, 17 de diciembre de 1985, ...) han vuelto a insistir, con mayor o menor firmeza, en los criterios tradicionales en favor del carácter atractivo de la jurisdicción civil, reafirmandose así la falta de una deseable y clarificadora armonización de las jurisprudencias, hoy dispares, de las Salas de lo Civil y de lo Contencioso de nuestro Tribunal Supremo.

Dicho lo anterior y admitidas, por tanto, las discrepancias referidas, que viene a ser consecuencia explicable de una marcada tendencia casuística en la resolución de los conflictos planteados y de la existencia de un sistema de «dualidad de jurisdicciones excluyentes entre sí» en materia de responsabilidad civil de la Administración, nos encontramos con que el caso de autos se nos ofrece fuertemente matizado por unas circunstancias personales y objetivas muy cualificadas y singulares que inducen a la Sala a intentar superar la aplicación resuelta y distante del *ius strictum*, que quizá podría dar lugar a la estimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción y con ello al lamentable «peregrinaje de jurisdicciones» al que ya se ha referido alguna sentencia de la Sala (Sentencia de 5 de julio de 1983) y que a estas alturas del procedimiento, además de resultar grave, irritante e incomprensible para la parte perjudicada, tampoco supondría tal remisión una mayor garantía de justicia para la parte que demanda la intervención de la jurisdicción administrativa. Precisamente es en aras de la mejor realización de la justicia por lo que han de ser especialmente ponderados y valorados esos hechos y circunstancias excepcionales que nunca pueden ser ignorados o postergados por el juzgador y que en el caso presente adquieren, en opinión de la Sala, el suficiente relieve para propiciar algún afinamiento amparado en el principio *pro damnato* y en complementarias consideraciones de equidad, que también resultan patentes en algunas de las Sentencias de la Sala que constituyen jurisprudencia mayoritaria. La equidad opera así como «elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de los casos» que es exactamente el excelso papel que la exposición de motivos del vigente título preliminar del Código Civil asigna a aquélla, configurándola, no desde luego como fuente de Derecho, pero sí como criterio interpretativo que, en cada caso concreto, debe ponderarse en concurrencia con los otros, los cuales pueden recibir de este modo «la benéfica influencia de la equidad». En línea con lo dicho y para un mejor enjuiciamiento del caso concreto conviene recordar los siguientes hechos que figuran acreditados en autos: a) La víctima mortal del accidente, Amparo V. R., ocupaba el asiento delantero derecho del turismo R-8.861.197, que conducía Eugenio P. M., el 20 de abril de 1981, por la carretera P.M.V.-2111-bis, término municipal de Lloseta. b) El hecho causa de la litis ocurrió el citado día a las 21 horas en un tramo de calzada de doble sentido de circulación, curvo, descendente y ascendente en sentido a Lloseta, de siete metros de anchura, de reducida visibilidad. c) El día de autos a la hora indicada la visibilidad estaba muy limitada por la oscuridad existente y la lluvia torrencial que caía. d) En la conjunción del tramo descendente con el ascendente existe un puente que permite cruzar un torrente, denominado Sestorell, el cual como consecuencia de las lluvias caídas desde hacía algunos días se había desbordado e inundado la citada carretera en un tramo de quince metros. e) En el lugar descrito estaba colocada de forma estable una señal prohibitiva de circular a velocidad superior a 40 kilómetros por hora y otra,

situada a 125 metros del torrente, indicativa del estrechamiento de la carretera. f) En tales circunstancias, el vehículo accidentado, tras tomar a una velocidad de 40-60 kilómetros por hora la curva orientada hacia su izquierda, se introdujo en la zona inundada —badén situado sobre la mitad de la curva— y comenzó a hundirse, ante lo cual el conductor y la ocupante salieron por la puerta delantera derecha, y si bien el primero pudo alcanzar la orilla y asirse al puente, la segunda fue arrastrada por la fuerte corriente, falleciendo al poco tiempo por asfixia por sumersión. g) Que la víctima, de veintinueve años de edad y de estado soltera, convivía con sus padres, aportando su jornal para ayudar al mantenimiento de su modesta familia, compuesta por sus padres (él, matarife) y otros cuatro hermanos, uno de ellos subnormal. h) Los actores, padres de la fallecida, formularon su pretensión indemnizatoria con demanda incidental de pobreza en 1982, obteniendo al efecto la declaración legal correspondiente que han mantenido a lo largo del procedimiento y sin asistencia letrada en el acto de la vista ante esta Sala; fundan su reclamación indemnizatoria en el artículo 1.902 del Código Civil, por entender que el Consell Insular de Mallorca, en su condición de propietario de la carretera P.M.V.-2111-bis, debió, y no lo hizo, señalar el peligro de la riada o adoptar alguna medida que protegiera debidamente a los usuarios. i) El Consell Insular, en su condición de parte demandada, articuló una defensa sustantiva basada en afirmar, de una parte, que no existe previsión legal de la señal de riada y, de otra, que la única causa del accidente fue la imprudencia del conductor del vehículo en que viajaba la fallecida, oponiendo en primera instancia la excepción de incompetencia de jurisdicción que fue expresamente desestimada por el Juzgado, que absolvió, sin embargo, al Consell Insular demandado al no apreciar responsabilidad por parte del mismo. j) Aquietado el Consell Insular de Mallorca ante el pronunciamiento desestimatorio del Juzgado, los demandantes apelaron la Sentencia del Juzgado ante la Audiencia de Palma de Mallorca, cuya Sala de lo Civil, revocando la resolución del Juzgado y sosteniendo la pertenencia del tema debatido al orden jurisdiccional civil y no al contencioso-administrativo (primer considerando), estimó en parte la demanda interpuesta por los recurrentes contra el Consell Insular de Mallorca, y condenó a esta entidad demandada a que abone a los referidos actores (padres de la víctima) la cantidad de 4.000.000 de pesetas en concepto de indemnización de daños, más intereses legales correspondientes desde la fecha de dicha resolución.

Se articula el primer motivo del recurso al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando exceso de jurisdicción por entender la recurrente que el conocimiento y resolución de las pretensiones deducidas en el proceso corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Como queda apuntado en el primer Fundamento de Derecho gran número de resoluciones judiciales y la misma doctrina científica coinciden en apreciar que el tema de la competencia para exigir responsabilidad patrimonial a la Administración es cuestión que ofrece considerable dificultad, por cuanto es indudable que tal responsabilidad en unos casos es exigible ante la jurisdicción civil y en otros ante la contencioso-administrativa, siendo a veces problemático saber cuándo ha de conocer una u otra. Tal situación y la consiguiente existencia de criterios no siempre coincidentes probablemente arranca de

la redacción dada a los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, que parece volver al criterio diferenciador que inspiraba y la Ley Jurisdiccional de 1956, según la cual los derechos de naturaleza presuntivamente civil se habían de ventilar ante la jurisdicción civil y los de carácter presuntivamente administrativo, en la jurisdicción especial. Frente a los importantes argumentos esgrimidos por la recurrente, son numerosas y, desde luego, mayoritarias, como se ha visto, las Sentencias de esta Sala que estiman que debe mantenerse la competencia civil cuando lo que ha de decidirse en el pleito «son los perjuicios económicos, causados por la imprevisión, en sus bienes patrimoniales a un tercero...», tema de Derecho puramente civil. , las indemnizaciones devengadas por culpa o negligencia » (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1973), pudiendo citarse en este mismo sentido u orientación todas las resoluciones de esta Sala recogidas en el Fundamento de Derecho primero que mantienen la competencia de la jurisdicción civil en casos dudosos, en los que a veces trascienden y se hacen patente razones y consideraciones de equidad nada desdeñables. En una línea más contundente la Sentencia de la Audiencia recurrida recoge asimismo el criterio mantenido por esta Sala en su Sentencia de 5 de julio de 1983, a la que anteriormente ya hemos hecho referencia, en la que, tras declarar que este tema de la competencia es de muy relativa trascendencia después de la judicialización contenciosa y peligrosamente abocado a lo que una autorizada doctrina, con el pensamiento puesto en la parte perjudicada, ha llamado un «peregrinaje de jurisdicción», sentando aquella sentencia que recoge la hoy recurrida la doctrina de que «es incuestionable y merecedor de que la dudosa cuestión competencial bascule del lado de la jurisdicción civil, matriz de las especialidades y, de suyo, atractiva, ofreciendo así una solución razonable ». Argumentos y razones que permiten desestimar el primer motivo del recurso en el que la parte recurrente plantea la cuestión de incompetencia de jurisdicción, opuesta en primera instancia, como dicho queda, por el Consell Insular y expresamente desestimada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palma de Mallorca que, entrando en el fondo de la cuestión planteada, rechazó sin embargo la demanda, aquietándose el Consell Insular de Baleares con la misma, sin replantear en apelación la cuestión jurisdiccional, lo cual, sin ser en modo alguno vinculante ni trascendental a los efectos del presente recurso y subsiguiente fallo (por ser esta una cuestión de orden público que en todo caso ha de apreciarse de oficio), no deja de ser actitud expresiva de los comportamientos habidos y mantenidos por las partes litigantes a lo largo del prolongado procedimiento que, ahora culmina ante el Tribunal Supremo.

El segundo motivo se articula al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, y en él se denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Sabido es que el error denunciado en este motivo, equivalente al antiguo error de hecho del texto legal en su redacción anterior, ha de ser claro, directo y patente, demostrándose con evidencia plena la equivocación del juzgador, es decir, cuando la contraposición fáctica resulta por sí misma del simple contraste entre la narración de los hechos que

la sentencia contiene y los que pone de manifiesto la prueba invocada, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones y argumentos más o menos lógicos y razonables. Estando acreditado en autos la existencia de señales permanentes y estables en el lugar del accidente que anunciaban, respectivamente, el estrechamiento de la carretera y el correspondiente límite de velocidad a 40 kilómetros por hora, no puede desconocerse que un considerable tramo de dicha carretera estaba absolutamente impracticable, dado que el aluvión de agua había inundado el puente que cruzaba el torrente y fue por ello por lo que la víctima murió ahogada, arrastrada por el abundante caudal de agua que, a modo de riada, había invadido e inundado la propia carretera en su tramo más estrecho. El presente motivo, basado en los dictámenes periciales en los que no faltan inevitables elementos especulativos (las señalizaciones junto con las adversas condiciones climatológicas «hacían aconsejable que el vehículo circulase a una velocidad no superior a 40 kilómetros por hora», límite, al parecer, superado por el vehículo accidentado que, según los repetidos dictámenes, marchaba a 40-60 kilómetros por hora) no puede, sin embargo, ser estimado, por cuanto que los dictámenes periciales no constituyen para la Sala «documentos» propiamente dichos. Como tiene ya declarado la jurisprudencia de esta Sala el nuevo ordinal cuatro del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a «documentos que obren en autos», frase que viene referida a aquellos instrumentos en los que «se constata un hecho, acto o negocio jurídico producido al margen o con independencia de las actuaciones judiciales a las que ha sido incorporado como uno de los medios de prueba que autoriza el artículo 1.215 del Código Civil». Consiguientemente no merecen tal calificativo, ni por ello pueden producir sin más el efecto pretendido por la recurrente, aquellas actuaciones que sirven para plasmar y en su caso documentar el resultado de otros medios de prueba, como la pericial, testifical y confesión. En fin, la Sentencia recientísima de 6 de junio de 1986 distingue al efecto entre «documento» propiamente dicho (arts. 1.216 y 1.225 del Código Civil y 596 y 602 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y «pruebas constatadas documentalmente», como pueden ser las confesiones judiciales, informes periciales, declaraciones de testigos, etc., sujetos a otros módulos valorativos y de denuncia a los efectos de casación.

La misma suerte desestimatoria ha de correr el tercero y último motivo de casación formulado al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que denuncia infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate; en concreto infracción del artículo 1.902 del Código Civil. Como con acierto afirma la Sentencia recurrida, al admitir expresamente el Consell Insular de Mallorca la condición de organismo tutelar de la carretera en cuestión, quedó establecido en el pleito la relación a la que sigue una obligación de hacer normativamente impuesta, pues así resulta del artículo 58, 2, del Reglamento General de Carreteras, de 8 de febrero de 1977, el cual, tras enumerar como contenido propio de la explotación de carreteras las operaciones de conservación y mantenimiento, las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso, incluyendo las referentes a la señalización, ordenación de accesos, regulación del uso de las zonas adyacentes, prescribe: «y, en general, todas las actuaciones necesarias para

proporcionar al usuario, a lo largo del tiempo, un servicio que le permita disfrutar de una circulación fluida, segura y cómoda». Y el mejor entendimiento de lo que al Consell Insular le era exigible como deber de diligencia, y en cuya omisión se fundamenta la acción ejercitada en su contra con base en el artículo 1.902 del Código Civil, aconseja precisar, tal como hace la Sentencia de la Audiencia, que el deber de cuidado impuesto por la norma transcrita, no se agota con la colocación fija o circunstancial de una determinada señal de tráfico, sino que alcanza a toda medida destinada a proporcionar seguridad en la circulación, pues lo que ha de protegerse y conseguirse es precisamente esa seguridad a la que se refiere la disposición reglamentaria aludida, para cuyo cumplimiento y habida cuenta de la situación excepcional descrita (lluvias torrenciales caídas durante varios días que habían inundado la carretera), la medida de seguridad más adecuada habría de ser la acción de impedir precisamente el tránsito por la carretera, bien mediante la disposición de elementos materiales, bien mediante la presencia y actuación del elemento humano, pues a situaciones límites (carretera inundada por la riada proveniente de un torrente desbordado, como consecuencia de las repetidas lluvias torrenciales) debe corresponderse con medidas adecuadas que exceden las señalizaciones viarias estables y habituales. Atribuida la omisión de tal deber al Consell Insular de Mallorca, puesto que el desbordamiento del torrente en cuestión, con la consiguiente inundación de la carretera en épocas de lluvia torrencial, no parece un fenómeno ni imprevisible, ni de resultado inevitable, la omisión por el citado Organismo de las medidas y cautelas que debió adoptar en tales especiales circunstancias y la clara vinculación de tal omisión con el indiscutido resultado dañoso, conducen a efectuar, tal como ha hecho acertadamente la Sentencia de la Audiencia, un pronunciamiento estimatorio de la pretensión de resarcimiento que, como dice esta última, «no puede obviarse acudiendo al mecanismo del desplazamiento de la culpa, pues la actuación del conductor del vehículo, valorado con la finalidad de agotar el análisis de la tesis defensiva, aparece: 1) Como no absorbente de toda causalidad, tanto en las circunstancias reales en que se produjo el accidente como en las que hubieren concurrido en la carretera caso de haber sido adoptadas las medidas exigibles, y 2) como inoperante en esta litis, por cuanto es constante la jurisprudencia en declarar.. que apareciendo conductas diversas que constituyen causas eficientes parciales y simultáneas en la producción del evento lesivo responden solidariamente de su reparación, solidaridad que se impone en atención a ciertos intereses que se quiere tutelar, como pueden ser los de atender a la satisfacción del acreedor facultándole para poder dirigirse por la integridad de la obligación contra cualquiera de los responsables sin necesidad de fraccionar su reclamación (Sentencia de 30 de mayo de 1983).»

RICARDO DE ANGEL.

PRUEBA DE HECHOS NEGATIVOS. ALCANCE DE LA PRUEBA DE CONFESION. PRUEBA DE PRESUNCIONES. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

La sentencia impugnada acepta íntegramente los razonamientos de la de Primera Instancia, y ambas dan por sentada la existencia de un contrato de obra con suministro de materiales concertado entre el demandante y los demandados, por el que éstos devinieron deudores de aquél en la cantidad reclamada, llegando a tal conclusión después de apreciar conjuntamente la prueba aportada por ambas partes, valorando la documental, la absolución de posiciones, las declaraciones testificales, y concediendo singular relieve al hecho de que los hoy recurrentes, al desatender el requerimiento judicial, realizado a petición del actor, para que aportasen toda la documentación acreditativa del pago íntegro de la obra al señor M. T., que calificaron de único contratista, dejaron de probar hechos obstativos o impeditivos de la pretensión, que les correspondía acreditar por su carácter positivo, al exceder de la mera negativa del contrato, pues si éste se hubiera cumplido íntegramente por dicho contratista, se hubiera revelado la innecesariedad del contrato verbal y directo con el hoy recurrido, quien con aquellos medios y tal abstención justifica plenamente la pretensión ejercitada.

Doctrina de la Sala.—El artículo 1.214 del Código Civil, con su redacción simplista y aparente acierto, no resuelve el problema de la prueba y hubo de ser completado con la doctrina del *onus probandi*, en su recto sentido de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de parar en quien tenía la carga de la misma, si bien la carga probatoria que impone se torna innecesaria respecto de los hechos que aparecen acreditados y para ellos no importa ya discriminar si los ha probado el actor o el demandado, pudiendo incluso completar la prueba los propios órganos jurisdiccionales mediante las diligencias para mejor proveer. De otra parte, es también doctrina jurisprudencial, reiterada y constante, que no puede admitirse como norma absoluta que los hechos negativos no pueden ser probados, pues pueden serlo por hechos o circunstancias positivas, y si los demandados no se limitan a negar los hechos constitutivos de la acción o pretensión ejercitada, sino que alegan otros impeditivos, extintivos u obstativos al efecto jurídico reclamado por el actor tendrán que probarlos, así como aquellos otros que por su naturaleza especial o carácter negativo no podrían ser probados por la parte adversa sin grandes dificultades, a lo que ha de añadirse el carácter genérico del precepto y que no se refiere a la apreciación de la prueba, ni tiende a regular el valor y eficacia de cada elemento probatorio, sino a la distribución del *onus probandi* entre los litigantes como regla general; que tampoco puede aplicarse de forma tan rígida que obstaculice e invada el ámbito propio de la apreciación judicial de la prueba, ni impedir a los Tribunales conjugar las conductas de ambas partes, incluso las meramente negativas, con cualquiera de las pruebas aportadas. Todo cuanto antecede es de aplicación genérica al recurso en su integridad, sin perjuicio de las especificaciones pertinentes en cada caso.

Los dos primeros motivos del recurso se formulan al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de documentos auténticos obrantes en autos, cuales los números 1, 2, 3 y 4 de la contestación a la demanda, consistentes en el contrato de obra celebrado con el señor M. T. y facturas pagadas por los demandados, así como los planos que aportó el actor con su demanda, números 1 al 9. Todos ellos han sido tenidos en cuenta por los juzgadores de Instancia, que apreciaron la prueba en su conjunto, en el ejercicio de su facultad soberana, con mayor justicia e independencia que la valoración que pretende darles la parte, intentando así sustituir aquel criterio por el suyo propio, lo que significa hacer supuesto de la cuestión debatida y olvidar que tales documentos no gozan de la cualidad de auténticos a efectos de la casación, no sólo por estar ya estudiados por el juzgador, sino también porque no aportan ningún dato o hecho olvidado, ni demuestran por sí, sin necesidad de conjeturas, deducciones o hipótesis, lo que se pretende por los recurrentes; no son «literosuficientes» para acreditar que sólo existió ese contrato de obra con el señor M. T.; ni el Juzgado ni la Audiencia niegan la existencia de tal contrato, como tampoco el actor; lo que se afirma es que, con independencia del mismo, existió otro directo y posterior entre don Juan P. P., de una parte, y don José Luis P. B. y doña Inmaculada O. L., por la otra, sin que se acreditase, como debió hacerse, que el primitivo contrato con el señor M. T. hubiera alcanzado su pleno cumplimiento, de lo cual, repetimos, cabría deducir la innecesidad de ese segundo contrato verbal.

Los dos motivos siguientes, ordinales tercero y cuarto, acusan error de Derecho en la apreciación de la prueba, con violación de los artículos 1.232 y 1.233 del Código Civil, referentes a la confesión e infracción de las reglas de la sana crítica, a que alude el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citándose como coadyuvante e iluminador (*sic*) el artículo 1.248 del Código sustantivo. Tampoco pueden acogerse estos motivos. La confesión bajo juramento indecisorio no tiene mayor eficacia en juicio ni es superior a los demás medios de prueba admitidos por el artículo 1.215, debiendo apreciarse y valorarse en conjunción con todos ellos, que es lo que hicieron los juzgadores de Instancia, cual se ha dicho y según se desprende del propio planteamiento que hace el recurrente al articular ambos motivos, decayendo el cuarto porque los artículos 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.248 del Código son preceptos de índole admonitiva y no preceptiva, que autorizan a los Jueces y Tribunales, precisamente por tener tal carácter, para apreciar libremente las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, y que no son susceptibles de tener acceso y la casación, toda vez que al no constar las reglas de la sana crítica en precepto alguno que pueda citarse como infringido, los juzgadores de Instancia tienen facultades amplísimas para apreciar su valor, bien se trate de la prueba testifical aisladamente, bien en combinación con otras, y aun tachados los testigos.

El quinto motivo alegado, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia violación del artículo 1.253 del Código Civil, al haber deducido el juzgador —dice— de los hechos que declara probados una consecuencia distinta de aquella que se obtiene con arreglo a las reglas del criterio humano. Es cierto que el hecho demostrado y el de la inferencia —hecho base el primero, y hecho conse-

cuencia el segundo— han de ser objeto de un ataque dual y diferenciado: por una vía, demostrando que el hecho de que se partió no estaba suficientemente acreditado (núm. 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del art. 1.249 del Código Civil), y por otra, con la demostración de que el razonamiento que sirvió de puente a la presunción no cumplió el mandato legal que alude a las reglas del criterio humano (número 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del art. 1.253 del Código Civil); pero no lo es menos que han quedado incólumes en casación las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida, según se viene razonando en anteriores motivos, no pudiendo la prueba de presunciones viabilizar la casación cuando tal medio ha sido tenido en cuenta con otros en el conjunto de la prueba, como ocurre en el caso que nos ocupa, en el que se apreciaron de modo congruente la de documentos, confesión, testifical y conducta abstencionista de los hoy recurrentes, al no aportar los documentos, que afirmaron obraban en su poder, acreditativos del cumplimiento del contrato primero de arrendamiento de obras, sin que sea cierto que el contrato directo entre los litigantes se deduzca, de modo exclusivo, de este último hecho, teniendo que añadirse, además, que los juzgadores de Instancia en ningún momento citaron la prueba supletoria de presunciones, ni hay razonamiento que sirva de puente, ni deducción de un hecho por otro, salvo la actividad intelectual, lógica en toda valoración, que si conlleva cierta actividad deductiva de modo genérico, no puede confundirse con el enlace preciso de hechos, a que se refiere de modo específico el citado artículo 1.253 del Código Civil. También decae, pues, este motivo.

Menos peso tiene aún el sexto motivo, que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa interpretación errónea del artículo 1.214 del Código Civil, ocasionando inversión de la carga de la prueba. Baste para su desestimación cuanto se ha razonado en el fundamento de Derecho número 2; que el artículo 1.214, por su carácter genérico, no puede invocarse como supuesto de infracción en el recurso extraordinario de casación, al regular solamente la cuestión del *onus probandi* y no la relativa a la valoración y eficacia de los medios probatorios, y que el recurrente insiste en el intento de imponer su criterio sobre el del juzgador, haciendo supuesto de la cuestión debatida, sin respetar la facultad soberana de la Sala en la determinación de los hechos, ni su declaración de que hay relación directa entre los litigantes, en lugar de la de simple subcontratista que le atribuyen los recurrentes, razones éstas que hacen decaer igualmente el motivo séptimo, formulado también al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con pretendida violación del artículo 1.597 del Código Civil, pues que este precepto tampoco puede aplicarse si se parte, como hicieron el Juzgado y la Audiencia, de que, sobre la subcontrata inicial, se celebró después entre los litigantes un contrato verbal de ejecución de obra con suministro de materiales, que es el originante de la reclamación.

El último motivo, con cita del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considera infringida la doctrina legal relativa a la naturaleza, finalidad y requisitos del litisconsorcio pasivo necesario, señalando al efecto las Sentencias de 25 de enero de 1963, 28 de febrero de 1970, 26 de febrero de 1981 y 29 de mayo de 1981. No cabe duda de que, aunque el planteamiento constituya una cuestión nueva, con posible indefensión para la parte contraria, dicho litisconsorcio, por constituir

cuestión de orden público, puede y debe estimarse de oficio por los Tribunales, pero para que ello fuere así tendría que existir al margen del pleito una persona que resultase afectada por la declaración de la sentencia, lo que no ocurre con el señor M. T., ajeno a la relación directa entre los litigantes, cuya realidad declararon el Juzgado y la Audiencia.

RICARDO DE ANGEL

RECURSO DE REVISION: NO HA LUGAR (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—Que, como dice la Sentencia de esta Sala de 24 de marzo de 1972 y reiteran sustancialmente otras muchas, «los ordenamientos procesales positivos, aunque fundados en la santidad de la cosa juzgada y en la consiguiente invulnerabilidad de las sentencias firmes, admiten, sin embargo, ciertos supuestos en que tales sentencias se pueden impugnar, arbitrando a tal efecto unos procesos excepcionales para evitar que las sentencias firmes que se han obtenido por ciertos medios que envuelven posibilidad de fraude o de abuso de Derecho, permanezcan inalterables, perpetuando una verdadera injusticia, y entre estos procesos excepcionales impugnativos de nuestro Derecho positivo figura, además de la audiencia contra sentencia obtenida en rebeldía del demandado y de la tercería, el llamado recurso de revisión, que, según la doctrina, es el proceso especial que tiene por objeto impugnar una sentencia firme, ante el grado supremo de la jerarquía jurisdiccional, en virtud de motivaciones que no pertenecen al proceso mismo en que la resolución impugnada se dicta, sino que son extrínsecas a dicho proceso y determinan, por tanto, la existencia de vicios trascendentes a él, con lo cual se diferencia del recurso de casación, en el que los errores que lo motivan, son errores immanentes al proceso»; disponiendo a estos efectos el artículo 1.796, en su número 1.º, que hay lugar al recurso de revisión cuando después de pronunciada la sentencia se recobran documentos decisivos, detenidos por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado; motivo de revisión invocado en el caso de litis que no puede prosperar, no sólo porque los documentos aportados como base de la pretensión rescisoria —copia de un supuesto contrato atípico de compraventa, de dos cartas del supuesto vendedor, de dos hojas en blanco firmadas por el actor y de otra copia del referido contrato sin firmar— debían estar normalmente en poder del actor en este incidente al ser el destinatario natural de las cartas, al ser parte contratante en el invocado contrato atípico y al ser el firmante de las hojas, sin que se haya relatado en la demanda cómo y cuándo han sido recobrados y la razón de encontrarse en posesión de la parte demandada, sino también porque al no haberse solicitado el recibimiento del pleito a prueba, han quedado los pretendidos motivos de revisión en simples manifestaciones sin el más elemental poder de convicción y es sabido que la carga de su acreditamiento recae sobre la parte demandante; por todo lo cual y ante la ausencia total de base fáctica en

la que apoyar la pretensión revisora, procede, sin necesidad de más argumentaciones, rechazarla con condena en costas al demandante y con pérdida del depósito constituido por imperativo del artículo 1.809 de la Ley Procesal.

RICARDO DE ANGEL.

RESPONSABILIDAD CIVIL: JURISDICCION COMPETENTE (RECLAMACION CONTRA UNA DIPUTACION Y DOS ENTIDADES MERCANTILES) (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Conformes todos los interesados en que los daños sufridos por el vehículo propiedad del actor le fueron causados el día 16 de enero de 1981, cuando rozó una línea de alta tensión, propiedad de «ERSA», al circular por la carretera que une las localidades de Quinto de Ebro y Codo, en la que trabajaba al servicio de la Empresa Constructora . . ., la cual realizaba, por cuenta de la Diputación Provincial de Zaragoza, obras de acondicionamiento y remodelación de aquella vía, y patente también que la demanda de responsabilidad civil se dirigió simultáneamente contra las dos Entidades mercantiles y contra la Corporación citada; postulando la condena solidaria de las mismas, demanda estimada en cuanto a la Empresa Constructora . . . y Diputación Provincial de Zaragoza; tal situación de hecho, reconocida y declarada así en la sentencia de Instancia, en la que vienen conjuntamente demandados y solidariamente condenados un Ente público y una persona jurídica privada, determina la competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de la pretensión indemnizatoria articulada al hilo de una constante doctrina jurisprudencial de la que son manifestación, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 15 de octubre de 1976, 22 de noviembre y 17 de diciembre de 1985, expresivas de que, siendo solidarias las responsabilidades demandadas, de separarse la continencia de la causa, se correría el riesgo de fallos contradictorios, a la luz de cuya doctrina han de claudicar los dos motivos de casación, articulados al amparo del número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 3, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 128 de la de Expropiación Forzosa, así como de la doctrina legal interpretadora de ambos preceptos.

RICARDO DE ANGEL.

RECURSO DE REVISION: COMPUTO DEL PLAZO PARA EJERCITARLO (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don José María Gómez de la Bárcena y López.

Doctrina de la Sala.—Esta Sala ha venido reiterando de forma constante la naturaleza extraordinaria del recurso de revisión, concedido únicamente contra sentencias firmes, lo que al entrañar una excepción al principio de santidad de la cosa juzgada, imprimen al ejercicio de tal recurso una regulación restrictiva, que se proyecta tanto en la limitación de los motivos que amparen tal revisión, que son los específicamente marcados en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como a la limitación de orden temporal en cuanto a su ejercicio, artículo 1.798, que obliga a interponerlos dentro del plazo de tres meses, desde que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude, o desde el reconocimiento o declaración de la falsedad; de aquí que, en el supuesto enjuiciado, al asentarse el recurso en la existencia de una maquinación fraudulenta, era obligado para el recurrente la fijación del día exacto en que tuvo conocimiento de la maquinación dolosa que atribuye a su contraparte, lo que permitiría a esta Sala verificar el cómputo del período de tiempo aludido, de tal manera que si el mismo ha transcurrido al ejercitarse la revisión, tal inobservancia acarreará la inviabilidad del recurso, sin necesidad de examinar si ha concurrido la causa alegada por el recurrente (baste recordar las Sentencias de 19 de enero de 1981; 1 y 15 de febrero y 14 de junio de 1982; 6 de mayo, 14 de septiembre y 29 de noviembre de 1983; 14 de octubre de 1984, y 6 de abril y 11 de octubre de 1984).

En el caso controvertido, si bien en el escrito inicial afirma el recurrente que obtuvo tal conocimiento en 3 de marzo de 1983, la realidad es que el resultado de la prueba practicada corrobora, por propia manifestación de aquél, al absolver la posición décima del pliego de posiciones que se le formuló de contrario, en la que se le preguntaba si era cierto que tuvo conocimiento durante el año 1982 del desahucio producido en la nave objeto del procedimiento, contestó «que se enteró porque un día que iba a recoger unos engranajes para vendérselos a una casa de repuestos, se encontró aquello vacío y la puerta de entrada cambiada, por lo que acudió al Juzgado de Fuenlabrada, donde le mandaron al de Leganés, y que cuando él se enteró fue en el mes de noviembre del año en que se hizo el desahucio», que lo fue en 1982, y si la demanda o escrito original del recurso aparece presentado el 31 de mayo de 1983, está claro que el recurso fue interpuesto fuera de plazo, lo que obliga a su desestimación; pero es que aun en el supuesto que esta fecha no fuera la de la raíz de inicio del cómputo, tampoco el recurrente, a quien la carga de la prueba de tal extremo corresponde, ha probado cuándo tuviera cabal conocimiento de la maquinación acusada, dado que la única probanza encaminada a corroborarlo era la testifical por él mismo propuesta, que no llegó a practicarse por falta de términos hábiles, por lo que también ante el incumplimiento de la carga probatoria de tal fijación, carecía esta Sala de la concreta fecha para iniciar el cómputo.

RICARDO DE ANGEL

ARBITRAJE DE DERECHO: UTILIZACION POR EL ARBITRO DEL INFORME EMITIDO POR UN PERITO (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1986).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—Sometida a arbitraje de Derecho la disolución, liquidación y partición del activo de la Entidad «WCMSL», constituida en 1966, por causa de imposibilidad de cumplimiento del fin inicial, el árbitro designado dictó el 13 de febrero de 1984 el laudo impugnado en el presente recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por don Mohamed Ahmed Si Amar y doña Fátima Mohamed Laarbi, recurso de casación estructurado en ocho motivos, que, tras la correspondiente renuncia, quedó circunscrito a los deducidos en segundo y tercer lugar, que son los que se examinan a continuación.

El segundo motivo se ampara en el ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, en su anterior redacción, y denuncia el haber incurrido el árbitro en error de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta del documento unido al procedimiento arbitral consistente en la certificación expedida el 14 de noviembre de 1983 por el Interventor de Fondos de Administración Local con ejercicio en Melilla, con el visto bueno del Alcalde, argumentando a tal efecto que dicho documento acredita indubitativamente que la indicada Sociedad devengó entre 1966 y 1983 la cantidad de 117.932.243 pesetas, cantidad que fue pagada por el Ayuntamiento durante dicho período, y que, sin embargo, no ha sido tenida en cuenta en el activo del balance de situación que recoge el laudo, cuando dicho importe debió haberse incluido desglosado en dos partidas: una de 62.702.896 pesetas, que fue ingresada directamente en la cuenta corriente de la Empresa, y otra de 55.236.347 pesetas, que fue cobrada personalmente por el otro socio, señor R. C., y que al no haber justificado su empleo debe entenderse como cantidad retirada en beneficio propio, por lo que debe figurar en el activo, como crédito a favor de la Sociedad y en contra del señor R. C.; motivo que no puede prosperar, en primer lugar, porque el laudo impugnado basa su resolución, relativa al balance de situación, en el informe emitido por el perito designado, informe cuyo contenido considera el árbitro como hecho probado por resultar, según afirma, de «la recomposición de la situación económica a través de libros, facturas, recibos, documentos fiscales y de la indagación de los distintos momentos económicos de cada ejercicio...», y en el que « las aclaraciones que de cada cuenta manifiesta vienen avaladas por una justificación concreta y determinada, exenta de la más elemental discrecionalidad»; dictamen que, a entender del árbitro, debe aceptarse «... ante la carencia de otros elementos de prueba clarificadores que por una u otra razón no han aportado los compromitentes...», lo que pone de manifiesto que primero el perito y después el árbitro tuvieron en cuenta todos los elementos de convicción aportados al procedimiento arbitral, y entre ellos, el referido documento, como expresamente se constata en el citado dictamen pericial al relacionar, entre los documentos examinados para la emisión del informe, la «certificación de ingresos por parte del Excmo. Ayuntamiento de Melilla», y como se desprende, igualmente, del simple examen de las cantidades que aparecen abonadas por el Ayuntamiento a la Sociedad en la repetida certificación, y las tomadas en consideración por el perito como cantidades ingresadas en la cuenta corriente de la Sociedad y en la cuenta corriente del señor R. C.; y en segundo término, porque al razonarse en la fundamentación jurídica del laudo que «... en el período liquidatorio habrá de tenerse en cuenta los ingresos que 'WCMSL' haya

recibido por parte del único cliente que prácticamente ha tenido, como es el Excmo. Ayuntamiento de Melilla», teniendo en cuenta para ello que se ha practicado un balance-situación al 31 de diciembre de 1982 desde el que ha de partirse para ir rectificando las distintas partidas de su activo y pasivo..., y al establecerse, asimismo, en la parte dispositiva del laudo como obligación del liquidador la de «formar y comunicar a los socios el inventario del haber social, con el balance de cuenta de la Sociedad en liquidación, partiendo del balance de situación que contiene el laudo», está afirmando que el repetido balance que figura en la resolución impugnada debe completarse con las cantidades pagadas por el Ayuntamiento de Melilla, comprendidas en la expresada certificación del Interventor que no se hayan tenido en cuenta en el informe pericial por ser posteriores al 31 de diciembre de 1982, lo que también evidencia que el tan repetido documento ha sido examinado y valorado por el árbitro en la resolución combatida, en relación con el conjunto de los elementos de convicción existentes en el procedimiento, y cuyo contenido no ha agotado su eficacia dado que debe tenerse en cuenta en el período liquidatorio de la Sociedad, lo que le priva también de autenticidad a los efectos pretendidos de acreditar un error de hecho en la apreciación de la prueba.

El tercer motivo, acogido al mismo ordinal, denuncia también el error de Derecho en la apreciación de la prueba al no haberse otorgado a la referida certificación del Interventor de Fondos el valor que ordena el artículo 1.218 del Código Civil, documento en el que se contiene el número, denominación e importe total de las obras y construcciones de toda clase realizadas por «WCMSL» para el Ayuntamiento de Melilla desde el 10 de marzo de 1966, así como las cantidades entregadas como pago de dichas obras, medios de pago utilizados y nombre de la persona que percibió dichos importes; motivo que debe correr la misma suerte desestimatoria que el anterior, pues aunque debe aceptarse que su contenido es cierto en lo relativo a la realidad de las obras y de los pagos en la forma expresada en tal certificación, ello sólo no acredita que tales pagos no hayan sido tomados en consideración por la resolución recurrida, pues, por una parte, dicho laudo afirma que en el período anterior a marzo de 1977, al estar los socios en plena armonía, las cuentas de beneficios se venían haciendo de común acuerdo, lo que priva al documento de fuerza probatoria respecto a dicho lapso de tiempo en cuanto da por supuesto que los ingresos y gastos fueron liquidados por las partes, y dicha afirmación, deducida del conjunto probatorio, no la desvirtúa tal documento, que sólo certifica unos pagos, pero no que los mismos no se considerasen por las partes en sus liquidaciones; por otro lado, y respecto al lapso de tiempo comprendido entre la citada fecha y el 31 de diciembre de 1982, el laudo arbitral da por supuesto, sin impugnación eficaz, que los pagos realizados por la citada corporación local fueron examinados por el perito y tomados en consideración para la emisión del informe que sirvió de base al laudo impugnado, y, finalmente, y en relación con los pagos realizados con posterioridad al 31 de diciembre de 1982, la repetida resolución ordena, como se ha dicho anteriormente, que se tengan en cuenta, en el período liquidatorio, los ingresos que «WCMSL» haya recibido del único cliente que prácticamente ha tenido, como es el Ayuntamiento de Melilla; en resumen, que tal certificación no acredita, por sí sola, que el árbitro haya incurrido en el error de Derecho que se denuncia; todo ello sin des-

conocer que la ambigüedad y falta de precisión del laudo haya producido y produzca en el futuro diversas cuestiones que deben resolverse en un período liquidatorio encomendado a un tercero que no estaba expresamente previsto en la resolución que puso fin al procedimiento de formalización judicial del compromiso, en cuanto uno de los objetos del arbitraje era la liquidación y partición del activo por el árbitro.

RICARDO DE ANGEL

IMPUGNACION DE COSTAS: EL IVA CORRESPONDIENTE A HONORARIOS DE LETRADO Y PROCURADOR (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1986).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Matías Malpica González-Elipe.

Doctrina de la Sala.—La impugnación por indebidos de los honorarios del Letrado y derechos arancelarios del Procurador, en cuanto que forman distintas partidas de la tasación de costas practicada por el fedatario reffrendante, pero sólo referido a la inclusión del IVA, ofrece una materia a estudiar con carácter de primicia que, aunque discurre por la vía incidental de la Ley de Enjuiciamiento Civil y bajo las coordenadas del artículo 424 de dicho Texto legal, proyecta toda la controversia de que es capaz el tema suscitado en la legislación aplicable del Impuesto sobre el Valor Añadido.

En esta inteligencia ha de entenderse que el impuesto correspondiente al cobro de honorarios o derechos, como contraprestación de un servicio profesional, bien entendiéndolo como un arrendamiento (arts. 1.542, 1.544 y 1.583 del Código Civil) o como un mandato (arts. 1.709 y 1.711 del mismo Cuerpo legal), está actualmente con claridad incluido en lo que denomina el artículo 1 de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, como impuesto de naturaleza indirecta al que están sujetas como hecho imponible las operaciones en el desarrollo de la actividad profesional (art. 3), que aun siendo el sujeto pasivo del mismo la persona física que actúa profesionalmente en la prestación del servicio (art. 15, 1, 1.º), ha de repercutirlo íntegramente sobre aquel para quien se realice la operación gravada, quien deberá soportarlo siempre que la repercusión se ajuste a lo dispuesto en la Ley, como reza el artículo 16, 1.º, de la Ley anteriormente invocada. Ahora bien, de aquí se deduce, obviamente, que el impuesto analizado constituye, en definitiva, al consumidor, aunque no en el sujeto pasivo, puesto que el que legalmente merece tal calificación en concepto de contribuyente, es el profesional que presta el servicio (arts. 30 y 36 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963), sí en la persona a la que se traslada la carga impositiva como eslabón final del proceso de distribución de servicios, como claramente se indica, con carácter de interpretación legal, en el preámbulo de la Ley 30/1985, apartados II, IV y, sobre todo, en el VIII, por lo que, en consecuencia, si la condena en costas, aunque sea con carácter objetivo o de vencimiento, comporta la satisfacción plena de lo que por ese concepto tendría que pagar el vencedor en juicio, es palmario que estando adosado el IVA al importe del honorario o dere-

cho que cobra quien presta el servicio profesional, en función de cuya cualidad y cuantía se dosifica el impuesto, ello quiere decir que ha de abonarlo quien paga finalmente el concepto principal de honorario o derecho, del que el referido impuesto es un simple complemento accesorio.

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: CONOCIMIENTO DEL PROCESO DE QUIEBRA NECESARIA (SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Antonio Carretero Pérez.

Doctrina de la Sala.—La presente cuestión de competencia requiere la decisión de atribuir el conocimiento del proceso de quiebra necesaria, bien al Juzgado de Primera Instancia en el que la Sociedad en quiebra tiene su domicilio, bien a aquel en el que se practicó la información acreditativa de que la Sociedad había hecho sobreseimiento general del pago de sus obligaciones (art. 876, 2.º, del Código de Comercio), a instancia de un acreedor.

La cuestión ha sido resuelta en favor del domicilio del quebrado, en Sentencias de esta Sala de fecha 8 de junio de 1907, 29 de septiembre de 1922, 7 de noviembre de 1931 y 30 de diciembre de 1953, en cuanto se señala la preferencia del dicho domicilio, ya que no es igual la situación creada por una infructuosa ejecución (art. 63, 9.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que la derivada de una información sobre el incumplimiento generalizado, por parte del quebrado, de sus obligaciones y, en todo caso, por razones de inmediación y economía procesal; es adecuada esta solución, siempre que no conste con claridad un fuero preferente.

RICARDO DE ANGEL

TASACION DE COSTAS: EL DETALLE DE LA MINUTA DEL LETRADO (REQUISITOS) (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—Ciertamente y como la parte condenada e impugnante tiene alegado, el artículo 423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que los honorarios que no estén sujetos a Arancel se regularán por los mismos interesados en minuta detallada, y conforme al artículo 424, no se comprenderán en la tasación los derechos correspondientes a diligencias y demás actuaciones que sean inútiles, ni las partidas de las minutas que no se expresen detalladamente. No se cumple, por tanto, con la reiterada exigencia de minuta «detallada», y en la que «se expresen detalladamente» los diversos conceptos, con sólo hacer figurar el importe total de los honorarios, pero sin descomponerlo, atribuyendo separada

y detalladamente para cada uno de los conceptos relatados (personación, instrucción, preparación, asistencia a la vista e informe ante esta Sala) la cantidad, estimada globalmente, de los trabajos profesionales, ya que con ello se imposibilita a los Tribunales el detraer, en su caso, las cantidades correspondientes a las partidas que se reputen de impropio abono, cual lo sería, en el caso que se enjuicia, la intervención en la diligencia de personación, pues, en efecto, de conformidad al artículo 10, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dicho trámite no precisa la intervención de Letrado.

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: EN JUICIO DE DESAHUCIO (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—A tenor del artículo 1.562 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y salvo el supuesto de arrendamiento de establecimientos mercantiles o fabriles, o de fincas rústicas cuya renta anual exceda de 50.000 pesetas, son los Jueces municipales y comarcales —hoy de Distrito— los que conocen en Primera Instancia de los desahucios, cualquiera que sea la causa en que la demanda se funde, lo que equivale a decir que dicho precepto establece como exclusivo el *forum rei sitae* en desahucios sometidos a la legislación común, con eliminación de cualquier otro, incluso del determinado por la sumisión, normativa concordante con la contenida tanto en la Ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980, al disponer en su artículo 123 que aunque media sumisión expresa a la jurisdicción de otro Juzgado será competente, en todo caso, el que correspondiere al lugar en que se hallare la finca, como en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 11 de junio de 1984, al ordenar su artículo 121, en los mismos términos, la competencia territorial del Juzgado de situación de la finca, incluso aunque hubiere mediado sumisión expresa, por lo que si en el caso de litis la presente cuestión de competencia por inhibitoria se plantea entre el Juzgado de Distrito número 25 de Madrid, lugar de situación de la vivienda objeto del desahucio en precario, y el Juzgado de Distrito número 3 de San Sebastián, lugar de sumisión contractual, es manifiesto que tal cuestión debe decidirse en favor del primero de dichos Juzgados, todo ello sin que existan motivos para hacer una especial condena en costas, entendiéndose de oficio las causadas en esta competencia.

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: SUMISION EXPRESA AL DORSO DE UN DOCUMENTO, AL QUE SE REMITEN LAS PARTES EN EL ANVERSO FIRMADO (SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don José Luis Albácar López.

Doctrina de la Sala.—Promovida por la Entidad «ASA», ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid, demanda de juicio de menor cuantía contra don Victorino J. R., domiciliado en Murcia, ante cuyo Juzgado de Primera Instancia número 2 planteó cuestión de competencia por inhibitoria, debe ésta ser resuelta en favor del aludido Juzgado de Madrid, toda vez que en el documento en que consta la compraventa mercantil cuyo precio se reclama en la demanda originadora de las presentes actuaciones figura una cláusula de remisión a la competencia de los Tribunales de Madrid, cláusula que aparece firmada por el demandado, y si bien es cierto que la citada cláusula se halla en el reverso del documento, también lo es que al anverso se hace constar el acuerdo del firmante con las condiciones generales que figuran en el dorso de la hoja, condiciones que deben, por tanto, entenderse conocidas por el comprador, por lo que ha de concluirse la validez de tal cláusula de sumisión, lo que, a fin de cuentas, comporta la necesidad de declarar, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la competencia del Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid, al que se remitirán las presentes actuaciones, poniéndolo en conocimiento del Juzgado de Murcia.

RICARDO DE ANGEL

BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA: PROCEDE CONCEDERLO (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Doctrina de la Sala.—Aparece acreditado de los documentos presentados por el solicitante, que al mismo le ha sido concedido el beneficio de pobreza en los recursos contencioso-administrativos instados por el mismo ante la Sala de dicha jurisdicción de la Audiencia Territorial de Valencia, números 1025/1980, 941/1983, 49/1984 y 31/1985, ante la Sala Segunda de dicha jurisdicción y Audiencia. Igualmente se acredita que el solicitante se encuentra en situación de desempleo, inscrito en la Oficina del INEM de Alcoy. Los ingresos producidos por la renta de un local de su propiedad ascienden a la suma anual de 78.000 pesetas.

Por el Abogado del Estado se formula oposición a la concesión de dicho beneficio, con base en que no se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 13 a 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que: a) El solicitante es propietario de diversas fincas, en su mayoría de naturaleza urbana, y sitas unas en lugares céntricos de Alcoy y otras en zonas de ensanche. b) Que, además, cuenta con otros derechos hereditarios pendientes de aceptación, que ponen de relieve tiene medios

económicos más que suficientes para subvenir a los gastos judiciales.

Del Registro de la Propiedad de Alcoy se envía nota en la cual aparece que a nombre del solicitante, señor M. D., aparecen inscritos en la referida oficina: una finca urbana de un metro de fachada y una superficie de seis metros cuadrados, adquirida por permuta; otra finca urbana, en Riquer Bajo, de Alcoy, trozo de terreno sin derecho de agua, que tiene una extensión de 455,92 metros cuadrados, de los que 31,40 corresponden a solar edificable y 424,52 a vía pública; otra finca urbana, trozo de terreno sin derecho a agua para su riego, en Riquer Bajo, de Alcoy, con extensión de 106,88 metros cuadrados destinados a solar edificable, y 200,15 metros cuadrados a vía pública; otra finca urbana, huerto en Sembemet Bajo, de Alcoy, de 247 metros cuadrados: existe a espaldas de la casa número 33 de la calle Cueva Santa, con derecho a cuatro minutos y medio de hora de agua; otra finca urbana, casa número 33 de la calle Cueva Santa, de Alcoy.

Por el solicitante, en su demanda interesando el beneficio de pobreza, se manifiesta que el contrato de arrendamiento indicado en su demanda viene referido a un local que es precisamente el compuesto por las dos fincas que aparecen inscritas por separado en el Registro de la Propiedad en Cueva Santa, esto es, la casa número 33 de la referida calle y el huerto existente en Sembemet Bajo, que le producen las señaladas 78.000 pesetas anuales. Respecto de las restantes fincas, alega que no obtiene renta alguna al no estar normalizada la rectificación de límites, que es objeto de uno de los recursos contencioso-administrativos formulados por él, siendo otro de los varios que tiene formulados referido al mismo solar contra una reclamación económico-administrativa por una contribución especial de urbanización.

De lo precedentemente expuesto resulta que los ingresos o recursos con que cuenta actual y efectivamente el solicitante no superan el doble del salario mínimo interprofesional vigente al solicitar este beneficio, requisito básico para que pueda serle otorgado o denegado el mismo.

RICARDO DE ANGEL

BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA: REQUISITOS (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

La cuestión litigiosa que da origen al presente recurso de casación se produce al solicitar doña Juana L. H el beneficio de pobreza, denominación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción, que era la aplicable, siéndole concedido por el Juzgado de Primera Instancia, pero denegándosele en la sentencia de apelación por la Audiencia Territorial, que sienta como hechos probados, frente a la afirmación de carecer en absoluto de bienes, encontrarse sin trabajo y vivir en una habitación alquilada, los siguientes: a) Ser propietaria de una mitad *pro indiviso* del piso segundo izquierda de la casa señalada con la letra B, sita en la

parte trasera de la número 27 de la calle..., de Bilbao, según certificación registral obrante en autos. *b)* Que fue propietaria de un bar o barra americana en la propia ciudad (absolución de la posición 7.ª), sin que, a pesar de haberlo manifestado, acreditase su venta en 1973. *c)* Que reconoció haber comprado un negocio en 1974 (carta de 6 de noviembre del propio año y absolución de la posición 5.ª), sin acreditar su clase ni el destino que le hubiere dado. *d)* Que con la redacción de las preguntas 7.ª, 9.ª y 10.ª admitió trabajar como camarera, en algunas ocasiones, en el bar «X», sin acreditar la frecuencia con que lo realizaba ni la situación laboral en que se encontrase por tal trabajo. *e)* Que tenía abierta una cuenta indistinta y conjunta con doña María Luisa V. A. en la Caja de Ahorros Municipal de Bilbao, según manifestó dicha testigo (pregunta 6.ª), sin que la solicitante hubiera acreditado cuál era el saldo existente. *f)* Que contra los mismos demandados y sobre el mismo objeto litigioso había seguido dos juicios declarativos de mayor cuantía, el último terminado por sentencia de apelación de 9 de mayo de 1980, sin tener solicitado para ellos el beneficio de pobreza, ni acreditado los cambios producidos desde entonces en su situación económica. Concluye la Sala de Instancia que al no haber podido conocer cuál fuera la verdadera situación económica de la peticionaria ni, por tanto, si se hallaba comprendida en alguno de los supuestos del artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procedía denegarle el beneficio de pobreza solicitado.

Doctrina de la Sala.—La recurrente, que en el primer motivo reconoce que las afirmaciones de la Audiencia «no pueden ser objeto de recurso por la inatacabilidad de los hechos..., salvo el supuesto de documento auténtico, no concurrente », y que en el segundo admite igualmente que . «en nuestro Derecho rige el principio de libertad en la apreciación de la prueba», pretende amparar este último en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de Derecho en dicha apreciación, al no dar la eficacia debida a la certificación emitida por la Delegación de Hacienda, acreditativa de que no figura como contribuyente por ningún concepto, en relación con el artículo 1.218 del Código Civil; alega, igualmente, que se infringe el artículo 372, párrafo 3.º, de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, al no razonarse la exclusión de eficacia del contrato privado de arrendamiento ni las declaraciones testificales, dándole, en cambio, más valor que el que legalmente tiene, según los artículos 1.225, 1.218 y 1.227 del Código Civil, a la carta aportada con la contestación a la demanda. Este motivo segundo, que se examina con prioridad, por razón de técnica jurídica, ante la influencia que pudiera tener en los restantes, aparece condenado al fracaso por las siguientes razones: ni el artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni el 1:214 del Código Civil, referente al *onus probandi*, contienen normas valorativas de prueba, cuya cita es imprescindible al alegarse error de Derecho; la certificación negativa de Hacienda ni atribuye, ni priva de la propiedad, ni destruye la presunción que produce la inscripción en el Registro, siendo de destacar, igualmente, en cuanto a otros conceptos, que los listados dependen de la propia actividad de los contribuyentes; de un documento administrativo no puede derivarse la atribución de propiedad o de dominio (Sentencia de 30 de septiembre de 1982); el contrato de arrendamiento, como documento privado, sólo puede producir efecto en contra de tercero y respecto de su fecha en los supuestos del artículo 1.227 del Código Civil; en cambio, la carta suscrita por doña Juana L., no negada por ella,

hace prueba plena en su contra; no se puede hablar de error de Derecho en la apreciación de la prueba testifical, pues la declaración de los testigos ha de valorarse según las reglas de la sana crítica, la lógica y el buen sentido, y estas reglas no constan en precepto legal que pueda ser infringido (Sentencias de 6 de marzo y 10 de diciembre de 1982, entre muchas otras); la Sala de Instancia no sólo ha examinado la prueba en su conjunto, cual ha comprobado este Tribunal, sino que lo ha hecho también de forma pormenorizada, y no es lícito en casación separar algunas probanzas o elementos que la integran, desarticulándolas para, con apoyo en ellas, acusar al juzgador de haber incidido en equivocación (Sentencias de 3 de abril, 11 de junio, 11 de octubre y 29 de noviembre de 1982); finalmente, el artículo 1.214 del Código Civil, como norma genérica, no posibilita el recurso de casación por el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no referirse a la apreciación de la prueba, y sólo cabe alegarlo por el número 1.º del propio precepto cuando el juzgador haya invertido incorrectamente la carga probatoria, lo que aquí no ocurre (Sentencias de 2 y 19 de junio y 21 de diciembre de 1981).

El primer motivo se ampara en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y achaca a la sentencia «violación por inaplicación del artículo 1.253 del Código Civil»; en realidad se quiere que aplicándose tal precepto, se llegue a la conclusión de que no ha habido ocultación maliciosa de bienes y que los no declarados carecen de entidad para excluir el beneficio de pobreza, con lo que se habría infringido la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de este Tribunal de 19 de febrero de 1959, 3 de junio de 1961, 1 de marzo de 1962, 31 de marzo de 1966, 24 de enero de 1967, 26 de septiembre de 1967, 9 de marzo de 1971, 12 de mayo de 1972, 25 de enero de 1978, 22 de diciembre de 1978 y 10 de diciembre de 1980, que cita la propia Sala de Instancia. El perecimiento del motivo es obvio: No se puede sustituir el criterio ponderado, ecuaníme, justo e independiente del juzgador por el más interesado de la parte, lo que está prohibido en casación cuando los hechos han quedado incólumes, al fracasar el ataque contra ellos por el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Sala de Instancia no necesitó utilizar la prueba de presunciones, siempre subsidiaria, al existir pruebas directas, aparte de que las deducciones son de la exclusiva apreciación del Tribunal sentenciador y las que haya establecido se tomaron en cuenta con el conjunto de la prueba, llegándose a la conclusión lógica, en el considerando tercero, de que «no se había podido conocer cuál fuere la situación económica del solicitante ni, por tanto, si se hallaba comprendido en alguno de los supuestos del artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», juicio que no implica «presunción», en el sentido jurídico a que se refiere el artículo 1.253 del Código Civil, sino regla del criterio humano implícita en todo raciocinio, lo que impide determinar si la omisión es maliciosa o no y si los recursos no declarados se mantienen o exceden de los límites legales permisivos de que el beneficio de pobreza se conceda, siendo conocido que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de parar en quien tenía la carga de la misma (artículo 1.214 y *onus probandi*) y que, conforme a vieja y actual doctrina (confrontar art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción de 1984, que —«acrediten»— se acomoda al artículo 119 de la Constitución, y Sentencia de 24 de octubre de 1985), la justificación de que no se

tienen recursos corresponde a quien solicita el beneficio y no que posee bienes de fortuna al que se opona a la pobreza.

El decaimiento de los motivos tercero, cuarto y quinto, todos amparados en el ordinal 1.º del artículo 1.692, se produce por lo siguiente: el tercero, al no existir violación del artículo 1 del Código Civil ni del principio *iura novit curia*, pues basta leer los considerandos primero y tercero de la sentencia de Instancia para concluir que la denegación del beneficio no se produce por omitirse en la demanda el número del artículo 15 en que se consideraba incluida la solicitante, sino «por no haberse podido conocer si se hallaba comprendida en *alguno* de los supuestos de tal precepto»; el cuarto, porque mal se pueden aplicar indebidamente los artículos 25 y 26 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ni siquiera se citan, y la afirmación de que habiendo litigado como rica hasta 1980, debió acreditar los cambios producidos desde entonces, constituye razón a mayor abundamiento y empleo del libre arbitrio que permite el artículo 17 cuando los signos exteriores son coetáneos o, al menos, muy próximos a la solicitud de pobreza, cual ya estableció la Sentencia de 9 de octubre de 1907; el quinto, dado que la aplicación indebida del artículo 31, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se postula únicamente para el supuesto de que prosperase alguno de los motivos anteriores, lo que no ha ocurrido.

RICARDO DE ANGEL.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: UNICOS DOCUMENTOS QUE PUEDEN TENERSE PRESENTES PARA RESOLVERLA (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—Tiene declarado esta Sala con reiteración que las cuestiones de competencia deben resolverse atendiendo al escrito de demanda, al escrito en el que se suscite tal cuestión y a los documentos acompañados a ellos, por lo que carece de trascendencia en esta litis el documento acompañado con la contestación al requerimiento inhibitorio, documento acreditativo del contrato causal conteniendo la sumisión expresa a los Juzgados de Ponferrada, por lo que la presente cuestión de competencia entre este último Juzgado, en donde se formuló la demanda ejecutiva apoyada en una letra de cambio, debe resolverse a favor del Juzgado de Gijón, por imperativo del artículo 62, número 1.º, de la Ley Procesal, lugar en que la cambial fue domiciliada, protestada, y en el que debía cumplirse la obligación.

RICARDO DE ANGEL.

DILIGENCIA PARA MEJOR PROVEER: PRUEBA PERICIAL SIN INTERVENCIÓN DE LAS PARTES (ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1984) (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Doctrina de la Sala.—Se asienta este recurso, integrado por un solo motivo, sobre el número 4 del artículo 1.693 de la Ley Rituaria, y en él lo denunciado es la falta de citación para una diligencia de prueba, dado que, como se dice por la sociedad recurrente, «la prueba pericial contable ha sido practicada 'sin intervención de las partes', por haberlo así acordado el Juzgado en Providencia de 26 de octubre de 1979», indicándose también que la referida prueba se acordó «dentro del periodo de para mejor proveer, en base al artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», infracciones que infringen, según la Entidad que recurre, los artículos 626 y 628 de la Ley. A su vez, y en el acto de la vista, alegó *in voce* la infracción del artículo 24, 1.º, de la Constitución, por estimar que el artículo 340 de la Ley Procesal en la edición precedente infringía el derecho de las partes a intervenir en las pruebas, razón por la cual, habiéndose dictado la providencia en que las diligencias para mejor proveer se acordaban el año 1979, y por ello, después de promulgado el Texto constitucional, el juzgador debió acordar la participación de los contendientes en la práctica de la prueba pericial acordada en la referida providencia.

A los efectos de resolver el presente recurso, han de señalarse como elementos probados los siguientes: *a)* Por Providencia de 26 de octubre de 1979, se acordó para mejor proveer la práctica de «la prueba admitida a ambas partes», se designa para su práctica perito y se concluye con la frase «sin intervención de las partes». *b)* Referido proveído se notifica a los Procuradores de ambos contendientes, sin que se formulare objeción alguna. *c)* El perito designado, emitido su informe, lo ratifica el 9 de febrero de 1981, alzándose la suspensión del plazo por Providencia de 10 del mismo mes y año. Tampoco a este proveído se hizo observación de ningún tipo. *d)* Recurrida en apelación la sentencia dictada, no consta que se hicieren alegaciones de ningún género en orden a la infracción que ahora se denuncia, razón por la cual la resolución dictada no contiene pronunciamiento alguno sobre el tema.

El motivo único aquí formulado no puede ser aceptado, independientemente de porque los preceptos formales que se dicen infringidos, o sea, los artículos 626 y 628 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no son admisibles a tales efectos por cuanto vienen referidos a la prueba pericial solicitada por las partes y admitida en la fase probatoria del juicio ordinario declarativo correspondiente, y no a la acordada por el órgano judicial competente en diligencia para mejor proveer, como tiene declarado esta Sala de modo reiterado. Además de por ello, porque: *a)* Conforme dispone el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la admisibilidad de los recursos de casación por quebrantamiento de forma exige que se haya interesado la subsanación de la falta denunciada «en la Instancia en que se cometió», lo cual, como queda expuesto en el precedente fundamento, no se ha realizado. *b)* El hecho de que en el párrafo segundo del artículo

lo 340 de la citada Ley Procesal se establezca que contra dichos proveídos «no se admitirá recurso alguno», no es obstáculo para que si, como se denunció en la vista de casación, se estimase que el proveído «para mejor proveer» infringía el artículo 24, 1.º, del Texto constitucional, se hubiere hecho uso por la parte que ahora se considera perjudicada de las protestas o alegaciones pertinentes. c) La doctrina del Tribunal Constitucional, que, conforme dispone el artículo 5, 1.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, debe ser tenida en cuenta por los Tribunales de Justicia, a quienes servirá de módulo interpretativo de las leyes y reglamentos a fin de acomodarlos a los principios constitucionales, tiene declarado en estos casos que siendo las providencias para mejor proveer de mero trámite, notificadas a las partes, las mismas, y concretamente la ahora recurrente, pudo perfectamente observar la vulneración denunciada *in voce* en el acto de la vista de casación y, consiguientemente, estando la causa aún abierta, invocar ante el Juez de Primera Instancia la existencia de dicho defecto o infracción (Autos del Tribunal Constitucional de 25 de enero de 1984 y 29 de mayo de 1985). d) Por otra parte, no puede admitirse que el hecho de haberse prescindido de las partes para la práctica de la prueba pericial acordada en providencia para mejor proveer, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implique infracción del artículo 24, 1.º, de la Constitución, ni que, como se expresó en el tantas veces aludido informe hecho en el acto de la vista de casación, el citado artículo 340, en su precedente redacción, fuere inconstitucional, dado que cual tiene igualmente declarado el Tribunal Constitucional, «no puede estimarse como una consecuencia necesaria del artículo 24 que la práctica de las diligencias para mejor proveer haya de realizarse, en los procesos gobernados por el principio dispositivo, con intervención de las partes, pues ello convertiría a tales diligencias en un nuevo y extemporáneo plazo de prueba» (Autos del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 1983 y 25 de enero de 1984).

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: LA REGLA «PORTES PAGADOS» NO ES ABSOLUTA. PRUEBA EN CONTRARIO (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Ramón López Vilas.

Doctrina de la Sala.—Estamos en presencia de una cuestión de competencia por inhibitoria suscitada entre los Juzgados de Distrito número 6 de los de Granada y el de Tudela (Navarra), surgida dicha discrepancia por consecuencia del ejercicio de una acción personal en reclamación del precio de una compraventa mercantil en la que las partes hoy litigantes no señalaron lugar determinado para el cumplimiento de las obligaciones correspondientes ni previnieron pacto de sumisión a Juzgado alguno, habiendo enviado el vendedor (actor) las mercancías al comprador (demandado) por el servicio de RENFE «paquete exprés» con la fórmula de «portes pagados» (documento núm. 2). Sin embargo, con la factura, que

también se acompaña, como documento número 3, se acredita que el importe íntegro de aquellos gastos de transporte fueron cargados a la Entidad demandada y compradora de la mercancía objeto de la compraventa, razón por la cual debe entenderse efectuada la entrega de aquélla en el lugar del establecimiento mercantil del vendedor, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.171 y 1.500 del Código Civil, en relación con el artículo 50 del Código de Comercio y el número 1.º del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues de tal prueba concluyente resulta que la fórmula «portes pagados» no produce los efectos presuntivos que la Sala ha señalado en repetidas ocasiones en favor de considerar hecha la entrega en el domicilio del comprador, ya que la prueba referida y obrante en autos acredita que al cargarse los gastos de transporte en la cuenta del comprador, las mercancías viajaron por cuenta y riesgo de este último, entendiéndose hecha la entrega en el domicilio del vendedor, determinante de la competencia discutida.

RICARDO DE ANGEL

ARBITRAJE DE DERECHO: DENEGACION POR EL ARBITRIO DE CIERTAS PRUEBAS. NO PRODUCE INDEFENSION (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Carretero Pérez.

La Entidad Constructora «HSA» y la dueña de la obra «SSA» habían pactado, en contrato de ejecución de obra, condición decimosegunda, una cláusula compromisoria que, literalmente, dice: «Ambas partes se comprometen a someterse, en una diferencias, al arbitraje en equidad, que se ofrecerá al Arquitecto Director», reputado de antemano por las propias partes en el contrato como persona imparcial y experta, con el fin de orillar cuestiones judiciales.

Al formalizarse judicialmente el contrato preliminar de arbitraje, de conformidad con los artículos 7, 8, 9 y 10 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, se expusieron ante el Juez competente, por ambas partes, los puntos que se sometían al arbitraje que sustancialmente se referían, como es usual, a concretar la obra ejecutada con repaso de certificaciones de obra, a constatar y valorar los posibles defectos y al establecimiento de un saldo, con la consiguiente condena a su pago a quien resultare deudor.

Ninguna de las partes, al intentar la formalización del arbitraje, imputa ni plantea responsabilidad alguna al Arquitecto Director de las posibles deficiencias de la obra.

Doctrina de la Sala.—Si consta la inicial confianza de las partes en el árbitro y no consta una actuación parcial ni en interés propio, ya que en el curso de la obra, el actual árbitro, antes Arquitecto Director, se limitó a dirimir las cuestiones que le incumbían, y en el arbitraje, a resolver cuestiones que le eran ajenas, debe ser rechazado el motivo primero del recurso de nulidad, que se ampara en el artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 189, causas cuarta y octava, de la propia Ley, y 23 de la de 22 de diciembre de 1953, sobre todo si se tiene en cuenta que las partes, conociendo su intervención lógica

en la vida contractual, no obstante, hacen designación expresa de la persona, supuesto que se encuadra dentro del párrafo segundo del citado artículo 23.

El árbitro, al dictar el laudo tuvo en cuenta los antecedentes documentales correspondientes a la perfección y ejecución del contrato y su propia experiencia como perito en construcción, que indudablemente fue una de las razones que motivaron su designación, por lo cual rechaza tres pruebas que intentó presentar el hoy recurrente, en el último día del plazo que se le fijó para ello, y que trataban de que informase como Arquitecto y declarara como testigo, pruebas rechazadas razonablemente desde su posición de juzgador, y asimismo que recabase una prueba pericial que había de versar, como cuestión totalmente nueva, sobre si los posibles defectos de ventilación eran imputables al Arquitecto Director, es decir, a él mismo, tratando, pues, de involucrarlo como parte, cuando ninguno de los puntos sometidos a arbitraje permitían tal posible responsabilidad. Por todo ello es procedente rechazar el motivo segundo, con apoyo procesal en el artículo 1.733, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 29 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, que no es posible apreciar indefensión en el rechazo de pruebas impertinentes y fuera del tema que el laudo había de decidir.

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR DECLINATORIA: JUEZ COMPETENTE EN EL JUICIO CAMBIARIO (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don José Luis Albacar López.

Doctrina de la Sala.—El motivo único del recurso se formula al amparo del número 6.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y denuncia infracción «de las formas esenciales del juicio, en lo dispuesto concretamente en la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el número 66 de la misma Ley», motivo que debe ser desestimado toda vez que es doctrina reiteradamente sostenida por esta Sala la de que en los juicios ejecutivos derivados de letras de cambio, aceptadas por el ejecutado, la competencia corresponde al Juzgado del lugar en el que las cambiales fueron domiciliadas para su pago y protestadas al ser desatendidas a su vencimiento, todo ello a tenor de lo preceptuado en los artículos 1.171 del Código Civil y 62, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencia de 30 de marzo de 1984), así como que es competente por impago de letras de cambio el Juez de Primera Instancia del lugar donde las letras estaban domiciliadas, porque tal lugar ha de reputarse como el designado para cumplir la obligación de pago (Sentencia de 8 de julio de 1983), por lo que es obvio que, en el supuesto que nos ocupa, ejercitándose por el actor una acción cambiaria por el cauce del juicio ejecutivo y basada aquélla en el impago de letras de cambio que se hallaban domiciliadas en el partido judicial del órgano que conoció en Primera Instancia de la demanda ejecutiva y ante el que se planteó la cuestión de competencia, procede concluir que es al Juzgado

de Primera Instancia número 2 de Cartagena a quien corresponde seguir conociendo del asunto principal, rechazando la cuestión de competencia promovida por el ejecutado, por lo que debe también desestimarse el motivo único del recurso.

RICARDO DE ANGEL

BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA: CONCESION, AUNQUE LOS INGRESOS SUPEREN EL DOBLE DEL SALARIO MINIMO (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Doctrina de la Sala.—Que de los datos que aparecen en los presentes autos resulta que la solicitante del beneficio de pobreza, de nacionalidad austríaca, tiene su residencia en la República Federal Alemana, con impuesto de trabajo como mecanógrafa en la Sociedad «APG», por el cual percibe un salario mensual bruto de 2.093 marcos, de los que deducidos impuestos restan netos 1.503,28, que convertido en moneda nacional da un total de 105.239 pesetas, acreditándose por la solicitante que el piso en el que habita, arrendado, tiene fijada una renta mensual de 360 marcos, equivalente a 25.200 pesetas, siendo el referido precio móvil o escalonado, aumentando anualmente ocho marcos al mes, sin que tenga otros medios de fortuna.

Que si bien el referido salario excede del doble del jornal mínimo de un bracero español, tope que señala el artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la concesión del derecho a litigar gratuitamente, no se puede olvidar que el artículo 15 autoriza a los Tribunales para que, no obstante lo dispuesto en el precepto anterior, puedan, en atención a las circunstancias en el mismo especificadas, entre las que se encuentran «las obligaciones que sobre el litigante pesen, el costo del proceso y otras análogas», entre las que pueden, en este caso, comprenderse la diferencia en el costo medio del nivel de vida que existe entre un país como Alemania Federal y España, conceder los beneficios comprendidos en los tres primeros números del artículo 30 de la Ley Rituaria, cuando los ingresos de la persona física en cuestión, siendo superiores al doble del salario mínimo interprofesional, no rebasen el cuádruplo, cual acontece en este caso.

RICARDO DE ANGEL

PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: NO PROCEDE (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Doctrina de la Sala.—La única motivación de este recurso se sitúa en el número 2.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior

a su última reforma, y tiene su razón de ser en la no estimación de una diligencia de prueba que, en opinión de los recurrentes, ha producido indefensión. Dicha denegación se ha producido en los autos de apelación seguidos ante la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, derivados de un juicio ejecutivo seguido por el Banco «X» contra los aquí recurrentes. Según el relato del motivo, admitida por el Juzgado la prueba documental privada propuesta por los ejecutados, ésta no se practica por causas ajenas a su voluntad. Interesada en Segunda Instancia, con base en el artículo 862, número 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento, el Tribunal *a quo* no da lugar a ello por auto que impugnado en súplica fue confirmado.

El recurso no puede ser estimado, dado que, no obstante las alegaciones contenidas en el mismo, es lo cierto: 1) Que los aquí recurrentes no interesaron la prueba que ahora indican en el escrito de oposición a la ejecución, sino en escrito de fecha 10 de noviembre de 1981, al que siguió proveído de 13 de dicho mes y año, en el que además de acordar su unión a los autos y el traslado a la parte contraria, se dice: «Practíquese el requerimiento solicitado», lo que se notificó a los Procuradores de ambas partes el mismo día, sin que por la ahora recurrente se realizare diligencia alguna para la efectividad del requerimiento que ella había interesado, no obstante concluir el período probatorio el día 20 del indicado mes y año, por lo que la falta aquí alegada sólo a ellos es imputable. 2) Que tampoco se formuló protesta alguna por los ejecutados a fin de intentar corregir lo que hoy denuncian durante el resto del *iter* procesal. 3) Que, por otra parte, la prueba interesada no tiene relación con la única excepción formulada en el escrito de oposición, por lo que, conforme a la doctrina de esta Sala y dado el carácter excepcional del artículo 862 de la Ley Rituaria, está bien denegada su práctica, ya que además, y por esa misma razón, no ha podido producir indefensión.

RICARDO DE ANGEL

PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: TESTIFICAL NO AGOTADA POR LA PARTE PROPONENTE Y CONFESION NO PROPUESTA EN PRIMERA INSTANCIA (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Doctrina de la Sala.—El presente recurso de casación por quebrantamiento de forma, se sustenta en sus dos motivos en el número 5.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el primero de ellos se refiere a que la Sala *a quo* denegó la diligencia de prueba admisible según las leyes y cuya falta ha producido indefensión, consistente en la testifical que por causa no imputable a la recurrente no pudo practicarse en Primera Instancia, y que se contraía a la deposición del testigo, representante legal de «Maquinaria G., S. A.», que por tener domicilio en Bilbao se practicó o se intentó practicar por medio de exhorto a dicha ciudad. El motivo ha de ser rechazado, no ya porque se erró en la invocación del cauce legal para la fundamentación del motivo, por ser el número 3.º y no el 5.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que se

trata de denegación del recibimiento a prueba en Segunda Instancia, conforme al artículo 862, 2.º, de dicha Ley, sino, principalmente, porque la jurisdicción civil es rogada y el exhorto a Bilbao se entregó el 31 de diciembre de 1981 con facultades plenas al portador para su diligenciamiento, no siendo, por tanto, lícito eludir la responsabilidad que por negligencia incumbe a la parte interesada, hoy recurrente, en su cumplimiento, cuando el despacho se presentó en el Decanato de Bilbao a reparto el 14 de enero de 1982, y que tras las dos citaciones del testigo frustradas, no instó la recurrente o su representante causídico lo conducente a la declaración del mismo, con los medios a su alcance, cuyos resortes procesales se explicitan en el artículo 643 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo que queda patente que la denegación de prueba por la Sala de Apelación estaba conformada a Derecho, cumpliendo el dispositivo contenido en el artículo 862, 2.º, de la Ley Procesal Civil (Sentencias de 25 de octubre de 1900, 11 de julio de 1902 y 31 de octubre de 1908).

En lo atinente al segundo motivo, por violación supuesta del artículo 863 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene su razón de ser en que la Sala de Apelación denegó la confesión judicial de la recurrente, por cuanto el referido precepto «no permite la recepción de la confesión en la Segunda Instancia, porque se refiere a hechos que no hayan sido objeto de posiciones en la Primera Instancia», que es lo que aquí acontece, según la parte recurrente, habida cuenta que no se había solicitado en dicha Instancia, y que, en su opinión, lo que niega el precepto es que puedan reiterarse posiciones. Tampoco el motivo puede prosperar y precisamente porque no se instó tal medio de prueba en el Juzgado, pues, como con acierto indudable señala la Sala *a quo* en su resolución denegatoria, el artículo 863, por su propia redacción, claramente da por supuesto que se ha pedido en el primer grado del procedimiento la confesión judicial y que las nuevas posiciones no reiteren preguntas ya efectuadas ante el Juzgado, de suerte que las nuevas posiciones sólo tengan por finalidad puntualizar algún concepto omitido o aclarar algún extremo no bien definido en la Primera Instancia, pero sin que pueda solicitarse *ex novo* la práctica de este instrumento de prueba, que por haber sido rehusada su petición conscientemente en la primera fase del procedimiento, constituiría su admisión un desequilibrio entre las partes en el debate procesal, ante la sorpresa que su petición nueva entrañaría y de la que se privó al juzgador de primer grado para el correcto y pleno enjuiciamiento de la materia controvertida, lo que, además, va en contra de la finalidad y naturaleza del recurso de apelación, que es, como dice la doctrina científica, simplemente revisora y no renovadora, por lo que la prueba en Segunda Instancia está condicionada, salvo el caso de rebeldía, a la necesaria alegación de hechos nuevos o de nuevo conocimiento, si son fundamento de la pretensión inicial y, por tanto, el momento de alegación de estos hechos no puede ser otro que el destinado a la petición adicional de recibimiento a prueba, principios que ya estaban reflejados en cierta medida en jurisprudencia anterior (Sentencias de 17 de diciembre de 1960, 6 de julio de 1961 y 21 de octubre de 1974).

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: CLAUSULA DE SUMISION EN LETRA DE CAMBIO (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Doctrina de la Sala.—Como tiene declarado esta Sala, la sumisión contenida en el acepto de las letras de cambio provoca el sometimiento de quien afirma el acepto a los Tribunales y Juzgados señalados en la fórmula de sumisión, que en este caso, y cual queda indicado, son los de Mula (Murcia), de conformidad con lo prevenido en el artículo 56, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencias de 26 de septiembre de 1973, 11 de junio de 1976, 5 de noviembre de 1977, 16 de junio de 1978, 5 de diciembre de 1979, 3 de marzo de 1981, 20 de abril de 1982, 22 de mayo de 1984 y 24 de mayo de 1985), no siendo obstáculo a dicha sumisión la circunstancia de que en las fotocopias de los oportunos protestos que se acompañaron con las de la demanda no apareciera debidamente clara la fórmula de sumisión por defecto de la fotocopiadora, dado que, cual se ha también indicado, al haber firmado los demandados la aceptación con la fórmula de sumisión que se ha transcrito en el primero de estos fundamentos, conocían perfectamente la misma.

RICARDO DE ANGEL

ARBITRAJE DE EQUIDAD: RECURSO DE NULIDAD CONTRA EL LAUDO. ES INTRASCENDENTE QUE UNA DE LAS PARTES DEL ARBITRAJE FUERA OBJETO DE LA EXPROPIACION DEL GRUPO RUMASA (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Matías Malpica y González-Elipce.

Con fecha 30 de julio de 1984 se emitió laudo arbitral de equidad por los tres Letrados del Colegio de Abogados de Barcelona, designados como tales árbitros por don Jacinto B. P., en nombre propio; don Juan-Eudaldo P. L., que interviene en su propio derecho y como representante de «IPISA», y don Jorge A. P., que lo hacía en representación de «HSA», en virtud de la escritura de determinación de facultades y apoderamiento a su favor, según escritura al efecto otorgada ante el Notario de Barcelona, señor Fernández Purón, de 4 de febrero de 1980, inscrita en el Registro Mercantil y que no consta en los autos haya sido revocada. En la escritura de sumisión al arbitraje de equidad en que se nombraron los árbitros, señores. ., se señalaron los extremos sobre los que había de recaer el laudo, así como el plazo para su cumplimiento, que es de fecha 3 de abril de 1984 y afectaba a los puntos siguientes: a) Determinar si la suma de 6.047.637 pesetas satisfecha por don Juan-Eudaldo P. L., don Jacinto B. P. e «IPISA» a «HSA» mediante la aceptación por los primeros de las dos letras de cambio de importes respectivos de 580.000 pesetas y 5.467.637 pesetas, con vencimientos al 10 y al 7 de mayo de 1984, por las certificaciones números 8, adicional número 3, y revisión de precios, por

la devolución de las retenciones y por acopios de material, es correcta o, por el contrario, debe ser reducida de conformidad con las correcciones señaladas por el Arquitecto Director, y en este último caso, fijar la suma que «HSA» debe reintegrar a los tres primeros por tales conceptos. *b)* Si como consecuencia de la rescisión del contrato por su desistimiento (contrato de ejecución de obra convenido el 4 de mayo de 1983 y desistido unilateralmente por los dueños de la obra mediante escrito de 20 de enero de 1984), los referidos dueños deben satisfacer a la Empresa constructora alguna cantidad por los conceptos de instalaciones, medios y servicios no amortizados, por indemnizaciones al personal, por indemnizaciones por rescisión de contratos a industriales, por tasas y gastos de retirada de obras, por gastos de custodia y mantenimiento y por lucro cesante, y en caso afirmativo, fijar el importe que los primeros deben satisfacer a la segunda por tales conceptos. *c)* Habida cuenta de la decisión que los árbitros adopten al resolver las dos cuestiones anteriores, fijar la cantidad líquida que una parte debe satisfacer a la otra, por saldo y finiquito en sus relaciones, precisando la fecha y forma de pago de la misma, así como el montante de los correspondientes gastos financieros. *d)* Determinar si, ello no obstante, subsisten obligaciones contractuales pendientes y forma de su cumplimiento. *e)* Determinar el destino de las instalaciones y servicios reseñados en el anexo número 1, unido a la matriz de la escritura de compromiso. *f)* Dictar los pronunciamientos y condenas y acordar las demás medidas que los árbitros entienden procedentes para asegurar la plena y efectiva ejecución de las obligaciones que resulten impuestas por el laudo.

Doctrina de la Sala.—El único motivo del presente recurso se contrae a la nulidad del laudo e incluso del compromiso del que dimana, por recaer sobre materia sustraída a los arbitrajes de Derecho privado, en virtud de la Ley 7/1983, de 29 de junio, de expropiación legislativa, por causa de utilidad pública e interés social de la totalidad de las acciones o participaciones sociales representativas del capital de las sociedades relacionadas en el anexo de dicha Ley, sociedades todas ellas integrantes del Grupo Rumasa.

En efecto, dicha Ley 7/1983, en su artículo 2, adjudica el pleno dominio de las acciones expropiadas a la Administración del Estado, y dispone su inmediata toma de posesión por la Dirección General del Patrimonio, comportando dicha toma de posesión la asunción por dicho Centro Directivo de todas las facultades de los órganos sociales. Dicha Ley, que entró en vigor el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (30 de junio de 1983), según su disposición final, incluía en su anexo al artículo 1 la «HSA», afectada por dicha expropiación legislativa, lo que quiere decir que si bien su futura regulación habría de hacerse teniendo en cuenta la Ley de Patrimonio del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril), y concretamente los artículos 1, 2, 3 y 4 de dicha Ley, así como su artículo 41, dado que las sociedades mercantiles como la reseñada, puesto que tiene un objeto social claro de una actividad industrio-comercial, como se deduce de su propia denominación, es evidente que en lo que concierne a esta actividad, dentro de lo que constituya el tráfico ordinario y normal de la misma, no ha de verse constreñida por una limitación tan rigorista y contundente como la establecida en el ya señalado artículo 41, sino que ello viene reglamentado por el artículo 106 de dicha Ley, que se remite a la Ley de Entidades Estatales Autó-

nomas de 26 de diciembre de 1958, en cuyo artículo 91 se determina que las empresas nacionales se registrarán por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral, salvo lo establecido en este título y disposiciones especiales aplicables a las mismas. Con ello coincide también la propia Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, que en su artículo 6, 1.º y 2.º, reenvía al Derecho mercantil, civil o laboral, la regulación de las sociedades estatales, salvo en las materias en las que les sea aplicable la propia Ley, que, en definitiva, se refiere a su actividad puramente administrativa, macroeconómica y financiera, como se deduce de sus artículos 87 a 91.

En conclusión, comoquiera que los extremos sobre los que ha versado el arbitraje de equidad, y, en definitiva, el laudo emitido por los árbitros, recae sobre materias propias de una actividad mercantil consonante con la específica del objeto social de la Empresa expropiada y erigida de esta suerte en Sociedad estatal, no cabe argüir, como se hace en el recurso presente, que esté sujeto a una regulación específica y excluyente de la Ley de Arbitrajes Privados de 22 de diciembre de 1953, según su artículo 14, de donde se infiere que el único motivo de nulidad esgrimido, al amparo del artículo 30 de dicha Ley, en relación con el artículo 1.691, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, anterior a su modificación por la Ley 34/1984, dada la fecha de interposición del recurso, no puede prosperar.

RICARDO DE ANGEL

EJECUCION EN ESPAÑA DE SENTENCIAS EXTRANJERAS: EN JUICIO DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD (AUTO DE 16 DE MARZO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo y Fernández.

Doctrina de la Sala.—Así centrados los presupuestos fácticos y formales del tema a contemplar, para llegar a la solución del mismo debe tener en cuenta: a) Que la patria potestad desde la Ley 11/1981, de 13 de mayo, corresponde al padre y a la madre, razón por la cual y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14 y 24, 1.º, de la Constitución, la legitimación de la actora es obvia. b) Que ante el Tribunal Local de Colonia, lo que se esgrime es una «acción de impugnación de paternidad». c) Que la frase contenida en la traducción que de la sentencia se ofrece de que «los demandantes no son hijos legítimos del demandado Alfredo B. P.», y sirve de base al Fiscal para su dictamen, no es jurídicamente adecuada, en cuanto que lo realmente dicho en la referida resolución es «que los niños no son hijos matrimoniales del demandado», calificación ésta acorde con la que ofrece el Código Civil en su artículo 108, después de la reforma que en él introdujo la Ley 11/1981, de 13 de mayo, suprimiendo las denominaciones de «legítima» e «ilegítima» respecto de la filiación para sustituirlas por las de «matrimonial» y no «matrimonial». d) Por otra parte, la disposición transitoria primera de la referida Ley 11/1981, estableció que «la filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se registrarán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada», razón por la

cual el calificativo de «ilegítima», a que se refiere el Ministerio Fiscal, se entendería hoy por no puesto. e) Por último, y en orden a la no intervención del Fiscal en el proceso que concluyó con la sentencia cuya ejecución se interesa, es preciso poner de relieve que si bien ello es real, no puede por menos que ponerse de relieve que en la referida resolución aparece que en dicha sentencia se hace constar que los dos menores estaban «representados legalmente» y que en el juicio intervino como «Apoderado: tutor oficial Reez, Tribunal Tutelar de Menores de la ciudad de Colonia».

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: JUICIO EJECUTIVO DE LETRA DE CAMBIO. INSUFICIENTE LA SUMISION REDACTADA EN LA LETRA (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Antonio Sánchez Jáuregui.

Doctrina de la Sala.—Como pone de relieve la Sentencia de esta Sala de 22 de septiembre de 1986, y ha ratificado la de 26 de enero de 1987, reiterada jurisprudencia cuya notoriedad hace innecesaria la cita de las sentencias en que se contiene, ha sancionado que «en los juicios ejecutivos derivados de letras de cambio aceptadas por el ejecutado, la competencia para su conocimiento corresponde al lugar donde fueron las cambiales domiciliadas para su pago y allí protestadas», llegando incluso la Sentencia de esta propia Sala de 24 de marzo de 1983, en doctrina también ratificada por la antes mencionada de 26 de enero de 1987, a puntualizar que el que en las letras se dijera que se aceptaba por el librado el domicilio del librador no podía estimarse como sumisión expresa, dado que la misma requiere una renuncia clara y terminante al fuero propio y designar con precisión el Juez a quien se somete la contienda, por lo que la expresión «acepto el domicilio del librador es insuficiente, por su vaguedad e imprecisión, para entender que exista sumisión», al ser obvio que tal expresión no cumple las exigencias contenidas en el artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable al caso.

La aplicación de la doctrina legal resumida en el fundamento de Derecho que antecede determina la procedencia de decidir la presente cuestión de competencia por inhibitoria a favor del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Albacete, ya que la acción ejercitada por la Entidad actora ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia fue la ejecutiva derivada del impago de letras de cambio y dirigida a hacer efectivo el importe de las mismas, estando domiciliadas las cambiales para su pago en lugar correspondiente a la jurisdicción del Juzgado de Albacete, lugar donde fueron protestadas, careciendo de valor, a efectos de una pretendida sumisión expresa, la mención figurada, mediante estampilla de imprenta, en el borde superior izquierdo del anverso de las dos cambiales que sirven de fundamento a la ejecución, pues tal mención, que textualmente consigna «sumisión expresa competencia Tribunal Valencia», ni está avalada por la firma del librado-aceptante de las cambiales, ni puede estimarse por su vaguedad llene los requisitos al respecto exigi-

dos por el artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Ministerio Fiscal, en su dictamen, estima igualmente que la competencia para conocer del litigio origen de las presentes actuaciones corresponde al Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Albacete.

RICARDO DE ANGEL

INTERDICTO DE RECOBRAR: CONTRA ACTOS DE LA ADMINISTRACION. PROCEDE (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Sánchez Jáuregui.

La adecuada resolución del tema que el presente recurso de casación por quebrantamiento de forma plantea, impone fijar el hecho que dio origen al interdicto de recobrar la posesión deducido por doña María de la Encarnación A. M. contra la Entidad «Consortio de Abastecimiento de Agua y Saneamiento a los Pueblos de la Sierra de Guadarrama», en anagrama «CASRAMA», y que no es otro, según se expresa en la demanda inicial de las actuaciones, que el de que, con fecha 22 de junio de 1981, la Entidad citada invadió la finca denominada Pradera de Navalquejido, de la propiedad de la accionante, forzando y rompiendo los muros que delimitaban la precitada finca, sin efectuar una posterior reparación de los mismos, y abriendo una zanja de más de tres metros para enterrar una tubería de un grosor aproximado de 50 centímetros de diámetro para el abastecimiento de agua a la localidad de Chapinería, situada a más de cinco kilómetros de Colmenar del Arroyo, en cuyo término municipal radica la finca, atravesada por la zanja en cuestión justamente por su centro.

Doctrina de la Sala.—Contra la sentencia dictada en segundo grado jurisdiccional por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 7 de abril de 1984, en la que, con revocación de la pronunciada en su día por el Juzgado de Primera Instancia de San Lorenzo de El Escorial, se declaró haber lugar al interdicto de recobrar la posesión interpuesto por la señora A. y, consecuentemente, que «CASRAMA» repusiera a la referida actora en la posesión del terreno que indebidamente había ocupado, realizando todo cuanto fuere preciso hasta dejar la finca tal y como se encontraba antes de efectuar el acto desposesorio, así como el pago de las costas causadas en Primera Instancia, indemnización de daños y perjuicios y devolución de los frutos que se hubieran percibido; se interpuso por la Entidad condenada recurso de casación por quebrantamiento de forma, según autorizaba para esta clase de juicios la normativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la sazón vigente, aduciendo como motivo único de casación, al amparo del ordinal 6.º del artículo 1.693 de nuestra citada Ley Procesal, en su anterior redacción, aplicable al caso, la infracción de los artículos 51, 53 y 533, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 38 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, por entender la recurrente que «un órgano administrativo de la entidad de 'CASRAMA' tramitó la imposición de servidumbre de acue-

ducto..., todo ello de conformidad con el artículo 62 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa»; existiendo, por tanto —en tesis de la recurrente—, un procedimiento administrativo iniciado por diversos órganos y entes públicos, entre ellos «CASRAMA», insistiendo en que la parte actora en este procedimiento no reclamó contra la imposición de la servidumbre de acueducto que atraviesa su finca, ... «por lo que en términos de reclamación de un justiprecio por la ocupación, la parte actora tiene sus cauces administrativos y cauces adecuados para en el procedimiento administrativo hacer valer su derecho».

Según resulta del documento unido a los folios 9 a 12 del presente rollo, acompañado por la Entidad aquí recurrente, «CASRAMA», al personarse con fecha 3 de junio de 1985 ante esta Sala para mantener su recurso, el día 25 de enero de 1985, la Comisaría de Aguas del Tajo dirigió al Presidente de la Entidad referida comunicación de la que aparece que, con fecha 19 de noviembre de 1982, el citado Presidente había solicitado la constitución de una servidumbre forzosa de acueducto sobre la finca «La Pradera», propiedad de doña Encarnación A. M., con destino a la instalación de una tubería para abastecimiento del municipio de Chapinera, habiéndose comunicado a doña Encarnación, con fecha 9 de diciembre del propio año 1982, la petición formulada por «CASRAMA», otorgándole un plazo de quince días para formular las alegaciones pertinentes, es decir, que el expediente administrativo para imposición de la servidumbre forzosa de acueducto, con las consecuencias de expropiación, también forzosa, que podía conllevar, se inicia cuando habían transcurrido cerca de diez meses de la fecha en que «CASRAMA» procedió por vía de hecho, ya que ninguna providencia administrativa autorizaba su actuación, a invadir la finca de la actora en la forma en que lo hizo, lo que determina que la vulneración de preceptos legales que se acusan en el único motivo del recurso carezca totalmente de fundamento, habida cuenta de que al amparo interdictal, y concretamente el dirigido a recobrar la posesión, procede en casos como el que aquí nos ocupa, siendo harto elocuente al respecto la preceptiva contenida en el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que para el supuesto de no haberse cumplido los requisitos sustanciales que autorizan la «ocupación» por la Administración de la cosa objeto de la expropiación, establece que «el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar, para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida»; preceptiva que no contradicen, sino, antes por el contrario, ratifican el artículo 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y el artículo 38 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, pues una y otra norma sólo prescriben el uso de la acción interdictal en los supuestos de providencias dictadas por las autoridades administrativas en materia de su competencia y *de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido*.

En consecuencia, la sentencia recurrida, al estimar la competencia de la jurisdicción civil para conocer de la acción interdictal objeto de la controversia, no quebrantó las formas esenciales del juicio ni vulneró por inaplicación lo dispuesto en el número 6.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 533, 1.º, de la propia Ley, aplicando rectamente lo establecido en los artículos 51 y 53 de la repetida Ley Procesal, por lo que procede la desestimación del recurso, con sus anejas conse-

cuencias de imposición de costas a la recurrente y su condena a la pérdida del depósito que constituyó, conforme a lo establecido en el artículo 1.767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción.

RICARDO DE ANGEL

RECURSO DE CASACION: SOLO ES POSIBLE CONTRA RESOLUCIONES DEFINITIVAS (ANTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1984) (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Doctrina de la Sala.—El presente recurso, que se monta, procesalmente, sobre el ordinal 6.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede en modo alguno ser estimado, ya que aun cuando se trate de casación por quebrantamiento de forma, resulta evidente es de aplicar lo dispuesto en el artículo 1.690 del referido Texto legal, anterior a su reforma por Ley 34/1984, de 6 de agosto, a tenor del cual la casación sólo es posible contra resoluciones —sentencias o autos— definitivas, concepto en el que no entra la aquí impugnada, toda vez que el auto recurrido no pone fin al pleito iniciado en cuanto se trata de una resolución interlocutoria (Autos de 15 de octubre de 1933 y 20 de octubre de 1934, y Sentencias de 12 de abril de 1955 y 26 de marzo de 1958) dirigida a resolver una cuestión de competencia territorial. Pero es que, además, la resolución impugnada ha resuelto adecuadamente y conforme a la doctrina de esta Sala el tema objeto de la excepción planteada, al estimar competente el Juzgado donde se desempeñaba habitualmente la actividad profesional.

RICARDO DE ANGEL

ARBITRAJE DE EQUIDAD: RECURSO DE NULIDAD. FIJACION DE LA REVISION DE RENTA EN ARRENDAMIENTO URBANO. MOMENTO EN QUE CABE SOLICITAR LA FORMALIZACION JUDICIAL DEL COMPROMISO. IMPOSICION DE COSTAS EN EL LAUDO (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Carretero Pérez.

Entre la arrendadora de un piso y el arrendatario, en el contrato que dio origen a su realización de arrendamiento, se pactó una cláusula de estabilización con referencia a los índices de precios al por mayor publicados por el Instituto Nacional de Estadística, pero con la precisión de que para el caso de que dicho Instituto dejase de publicar aquellos índices, se sometería la fijación de la variación en la renta a arbitraje de equidad. Como el aludido índice dejara de publicarse en el año 1980, la

arrendadora requirió notarialmente al arrendatario, en fecha 27 de noviembre de 1983, para que se aviniera a otorgar la escritura de compromiso, requerimiento al que el arrendatario no respondió, sino que, en fecha comprendida entre el día 29 de diciembre de 1983 y el 9 de enero de 1984, presentó, ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Barcelona, demanda en la que instaba la nulidad de la cláusula compromisoria. La arrendadora respondió con demanda formulada en fecha 24 de enero de 1984, tendente a la formalización judicial del compromiso, que, finalmente, fue formalizado, por Auto de 22 de febrero de 1984, con desestimación de las excepciones que opuso el arrendatario, hoy recurrente, y nombrado el árbitro de equidad previsto en la cláusula compromisoria, dictó laudo en fecha 20 de julio de 1984.

Doctrina de la Sala.—Frente al laudo, interpone el arrendatario recurso de nulidad, cuyo primer motivo se apoya en el artículo 1.733, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 14 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1983, y pretende que el compromiso es imposible de cumplir en cuanto la actividad de un organismo oficial no puede ser suplida por un particular, argumento que debe rechazarse porque el motivo por el cual nació la cláusula, en el año 1978, fue el de suplir la posible deficiencia de una publicación que, por fin, se produjo en 1980, para hallar una referencia equitativa, en su defecto, lo cual no es imposible y es acorde con el principio de eficacia contractual que proclama el artículo 1.284 del Código Civil.

El segundo motivo, sobre la misma base procesal, denuncia la infracción de los artículos 533, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 11 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, al entender el recurrente que su demanda de nulidad de la cláusula compromisoria impedía por litispendencia, la eficacia del proceso incoado para su formalización judicial. La doctrina jurisprudencial ha establecido que solamente el compromiso formalizado puede oponerse al proceso judicial (Sentencias de 6 de octubre de 1983 y 3 de febrero de 1986), pero también enseña que ha de constar dejación del derecho que confiere la cláusula compromisoria (Sentencia de 17 de mayo de 1962) o que no se haya hecho la menor gestión para formalizar el compromiso (Sentencias de 6 de junio de 1963 y 29 de marzo de 1969), y, en este caso, se advierte que la arrendadora inició, de modo fehaciente, su gestión para la efectividad del compromiso, antes de que el arrendatario presentara demanda para la nulidad de la cláusula compromisoria, por lo cual son manifiestas las gestiones anteriores al proceso, que no es sino una respuesta a tales gestiones.

El laudo fija el aumento de renta a partir del 1 de enero de 1984, por lo que no se puede aceptar la fundamentación de los motivos cuarto, quinto y sexto, amparados en el artículo 1.733, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el árbitro no se excedió del sentido de la cláusula compromisoria ni del auto judicial de formalización, al afirmar que la cuestión podía ser objeto de arbitraje, en aplicación del artículo 6, 2.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1962), y que, pese a las dificultades objetivas, podría obtenerse una cifra supletoria a la de los índices de precios al por mayor, que dejaron de elaborarse por el Instituto Nacional de Estadística, tal como las partes querían, señalando, finalmente, la fecha de aplicación de la revisión, fecha posterior a la iniciación de las gestiones adecuadas para

la formalización del compromiso y limitada al tiempo señalado por el auto judicial.

Resta tratar el motivo tercero, al amparo del citado artículo 1.733, 1.º, en relación con el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, en el cual impugna el recurrente el auto de formalización del compromiso en cuanto le impone el pago de las costas, cuando lo cierto es que el Juez acogió, solamente en parte, la demanda, al limitar el laudo a las rentas futuras, excluyendo una posible retroactividad, y no apreció temeridad en la oposición del hoy recurrente. Este motivo ha de ser acogido porque la estimación de la demanda de formalización del compromiso fue parcial y no se apreció temeridad o mala fe, por lo que no se produjo el vencimiento objetivo total al que se refiere el artículo 5, 3.º, de la Ley de Arbitraje, y no debieron imponerse las costas, por vía de condena, al hoy recurrente. Pero este pronunciamiento no implica las consecuencias de nulidad pretendida, sino que origina la corrección de este punto, en aplicación de la finalidad que anima el artículo 1.736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 10, 3, 2.º, de la Ley de Arbitraje, por lo que procede solamente anular el pronunciamiento del auto que condenaba al hoy recurrente al pago de las costas.

RICARDO DE ANGEL

EMPLAZAMIENTO DEFECTUOSO DEL DEMANDO: SUBSANACION POR COMPARECENCIA DEL MISMO EN LAS ACTUACIONES (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Juan Latour Brotóns.

Doctrina de la Sala.—El motivo único del presente recurso de casación por quebrantamiento de forma se ampara en el ordinal 1.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia falta de emplazamiento en Primera Instancia, con infracción de lo dispuesto en el artículo 279, en relación con los 264, 266 y 269, todos ellos de la mencionada Ley Procesal Civil, y debe ser desestimado en atención a las siguientes razones: Primera: Que como esta Sala tiene reiteradamente declarado, si bien el artículo 1.696 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para que puedan ser admitidos los recursos de casación fundados en quebrantamiento de forma, que se haya pedido la subsanación de la falta en la Instancia en que se cometió, y si hubiese ocurrido en la Primera Instancia, que se haya reproducido en la Segunda, conforme a lo prevenido en el artículo 859, la relativa indeterminación que deja este precepto, el momento procesal en que tal subsanación ha de pedirse, está suficientemente aclarado en el número 4.º del artículo 1.572 de la misma Ley, al requerir que esa reclamación haya sido hecha oportunamente, lo cual ha sido interpretado por la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que ha de pedirse en el primer trámite procesal en que pueda hacerse, inmediatamente después de cometida la infracción o de que tengan conocimiento de ella los interesados, porque el necesario enlace de unas diligencias judiciales con otras requiere que los errores se subsanen inmediatamente, no pudiendo decirse que se pidió la subsanación si no se

utilizaron en tiempo los recursos legales contra las resoluciones origen de la falta y careciendo de eficacia la tardía alegación de infracciones procesales si fueron consentidas en algún momento en que pudo recurrirse, pues en este punto es preciso constante oposición y protesta (Sentencias de 28 de septiembre de 1948, 28 de junio de 1952, 3 de octubre de 1963 y 14 de mayo de 1968, entre otras); habiéndose, asimismo, sentado por este Tribunal que el emplazamiento judicial es un acto procesal de naturaleza mixta, pues se compone de un acto de comunicación en sentido estricto, por el cual se notifica al destinatario la existencia de un proceso contra él y se le da traslado de la demanda y documentos presentados a medio de las oportunas copias de una y otros, y se integra, además, por un acto de intimación, conminándole a realizar una determinada conducta, en el lapso de tiempo que se le señala, para comparecer o personarse en dicho proceso, con la prevención de que de no realizarlo, le parará el perjuicio a que hubiere lugar en Derecho. Aunque el artículo 279 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su párrafo 1.º, prescribe que serán nulas todas las notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se practiquen con arreglo a lo dispuesto en la sección III del título VI del libro I de la Ley, ello no puede entenderse de modo absoluto, porque en el párrafo 2.º de dicho artículo ya se admite la posibilidad de consolidación o sanación «cuando se hubiese dado por enterada en el juicio la persona notificada, citada o emplazada» (Sentencias de 10 de junio de 1964 y 24 de noviembre de 1968). Segundo: Que en el supuesto de autos consta que el demandado recurrente fue emplazado en la Primera Instancia en el domicilio que constaba a la actora como consecuencia de sus anteriores relaciones comerciales, conforme al artículo 65 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dejando de comparecer inicialmente en la litis, por lo que fue declarado en rebeldía, y compareciendo, finalmente, con posterioridad a la fecha de la sentencia que recayó en la Primera Instancia, formulado en tiempo y forma el correspondiente recurso de apelación, que fue admitido y tramitado, y en el cual solicitó y obtuvo el recibimiento a prueba, y utilizando dicha primera comparecencia para hacer protesta de nulidad de todas las actuaciones practicadas a partir del emplazamiento, por lo que si bien es cierto que el recurrente cumplió, en su día, el mandato del artículo 1.696 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto que pidió en ese momento la subsanación del defecto de forma, también lo es que su posterior comparecencia en las actuaciones sosteniendo el recurso de apelación, en el que practicó la prueba que estimó oportuna, formulando asimismo, en el acto de la vista de Segunda Instancia las correspondientes alegaciones, por lo que debe rechazarse el presente motivo.

RICARDO DE ANGEL

RECURSO DE REVISION: NO HAY MAQUINACION FRAUDULENTA
(SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—Como con reiteración tiene declarado esta Sala:

a) el recurso de revisión, como medio de impugnación excepcional para combatir la fuerza de la cosa juzgada material, no autoriza a los litigantes a proponer un nuevo examen de las cuestiones que ya tuvieron su lugar adecuado en el pleito y obliga a una aplicación restrictiva de los presupuestos que lo regulan, y b) por lo que a la invocada maquinación fraudulenta se refiere, como instrumento utilizado para obtener una sentencia favorable, la revisión ha de basarse en hechos ajenos al pleito, acreditados por pruebas irrefutables demostrativas de que la sentencia ha sido ganada por medio de ardidés o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial.

La anterior doctrina aplicada al caso de litis lleva aparejada la desestimación de la demanda, pues si la maquinación fraudulenta, en que se funda la pretensión revisora, consistió en que la providencia por la que se requirió al ejecutado, hoy recurrente, a que depositase la cantidad que restaba por abonar en el juicio ejecutivo, no llegó en ningún momento a su conocimiento, al ser notificada en el local de negocio del ejecutado a don Frank S. J., quien ocasionalmente se encontraba en el mismo, es manifiesta la improcedencia de la revisión, pues las sentencias de Instancia son acordes en declarar que la referida notificación fue correcta al ser el receptor de la misma empleado o «criado», en el sentido genérico del término, y tal invocada irregularidad ya fue examinada y rechazada en el citado incidente de nulidad de actuaciones en el que se dictó la sentencia objeto del presente recurso; pero es que, además, ninguna importancia tiene lo manifestado por dicho señor S. J. en el acta notarial en la que se apoya la maquinación fraudulenta, dado que, por una parte, es totalmente intrascendente, a los fines que aquí interesan, la exactitud o inexactitud de su declaración respecto a si la cédula de notificación la guardó en su bolsillo o la colocó en el lugar donde se dejaban las facturas, en cuanto dicha circunstancia no puede fundamentar el vicio invocado para la revisión, y dado que, por otro lado, del hecho de que en el referido incidente de nulidad de actuaciones compareciera a declarar como testigo el señor S. J. porque le fue a buscar el hijo de la dueña del local y posterior adjudicatario del derecho de traspaso subastado, o lo hiciera por haber sido citado judicialmente, ninguna consecuencia puede deducirse a los fines pretendidos, ya que dicha circunstancia no denota ardid o artificio alguno constitutivo de maquinación fraudulenta; sin olvidar, a mayor abundamiento, que el repetido señor S. J. ni siquiera fue propuesto como testigo por la parte aquí recurrente.

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: COMPRAVENTA MERCANTIL. ESTABLECIMIENTO DEL VENDEDOR (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1987).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Como ya expresó este Tribunal en Autos de 9 de octubre y 9 de julio de 1986, entre otros, cuando se trata del ejercicio de acciones dimanantes de un contrato de compraventa mercantil, la

competencia corresponde de ordinario al Juez del lugar de situación del establecimiento del vendedor, que es el del cumplimiento de la obligación, a los efectos de lo prevenido en los artículos 1.171 y 1.500 del Código Civil, aplicables conforme a la remisión ordenada en el artículo 50 del Código de Comercio, a los fines de la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley Procesal Civil, pues en defecto de sumisión expresa o tácita y no pactada por los contratantes una plaza determinada para la entrega de las mercancías, se presumirán éstas recibidas en el domicilio del comerciante vendedor, sin que las letras de cambio libradas tengan otro alcance que el de facilitar el pago al comprador, y, por tanto, el dato carece de relevancia en el conflicto.

RICARDO DE ANGEL

RECURSO DE REVISION: RECUPERACION DE DOCUMENTOS DECISIVOS. NO EXISTE (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Doctrina de la Sala.—El recurso de revisión tiene carácter extraordinario y excepcional, debiendo interpretarse su normativa de modo restrictivo por cuanto incide en la seguridad jurídica, poniendo en entredicho la santidad de la cosa juzgada, cual ha señalado la jurisprudencia de modo reiterado y constante (sirvan de ejemplo las Sentencias de 13 de abril y 25 de mayo de 1981, 1 y 15 de febrero, 8 de mayo, 8 de junio y 21 de octubre de 1982, y 17 de octubre de 1985). No es una Tercera Instancia.

Alegada como causa de revisión la primera del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistente en haberse recobrado documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor, o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia, ha de recordarse que la prueba de tales circunstancias (ser decisivos, «detenidos» por fuerza mayor o por la parte contraria) corresponde a la recurrente (Sentencias de 3 de mayo de 1981, 14 de diciembre de 1962, 8 de junio de 1963 y 8 de junio de 1982); y basta iniciar la lectura del escrito de demanda para percatarse de que los documentos que la fundamentan se encontraban «depositados en el Archivo Histórico Provisional de Guadalajara», cual se dice expresamente, añadiéndose que no había quedado copia o certificación alguna en la Secretaría del Excelentísimo Ayuntamiento de Setiles, ni en la Delegación de Hacienda de Guadalajara, aunque para su obtención debieron solicitarse de la misma, todo lo cual revela lo acertado de las manifestaciones del Ministerio Fiscal cuando afirma que, cualquiera que fuese la eficacia probatoria de los documentos ahora acompañados y su influencia en la decisión del pleito, estuvieron en todo momento a disposición de la parte, por entenderlo así el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —«siempre que existan los originales en un protocolo o archivo público del que pueda pedir y obtener copias fehacientes de ellos»—, quizá ficción jurídica en algún caso, pero realidad en el que nos ocupa, como lo acredita el hecho de su aportación, destruyendo su descubrimiento toda posibilidad de fuerza mayor o malicia de la parte contraria que la impiedese

en momento oportuno, lo que acusa, igualmente, falta de previsión y diligencia en quien intenta hoy un recurso de las características aludidas en el fundamento primero. Por otro lado, no puede estimarse que tales documentos, consistentes en comprobaciones y hojas de valoraciones a efectos fiscales, llevados a cabo en 1928, destruyan la apreciación conjunta de la prueba realizada por el Juzgado y por la Audiencia al dictar sus sentencias, en las que, como punto esencial, se declara el carácter privado de unos terrenos, que los hoy recurrentes califican de públicos; tampoco puede admitirse que junto a ellos se acompañen más escrituras privadas de compraventa, respecto de las cuales no se aclara quién las tiene ni dónde se encontraban. Concluyendo: Los documentos que se dicen recuperados no son decisivos para la justa resolución de la litis, ni están en ninguno de los supuestos del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pretende una nueva valoración de la prueba, y se achaca a los demandantes maquinación fraudulenta por no estar incluida en las escrituras públicas de propiedad que acompañaron a la demanda la casa que linda con el terreno objeto de debate, propiedad de don José F. G., añadiendo «y ello seguramente porque eran conocedores de que su anterior propietaria, doña Alejandra P. L., había comprado una porción de terreno (un corral) lindante con la parte posterior de la citada casa», lo que implica hacer supuesto de la cuestión y presumir, que no demostrar de modo irrefutable, que la sentencia fue ganada por medio de ardides, artificios o argucias tendentes a impedir la defensa del adversario. Quien usa de una facultad no cometió, en principio, fraude procesal alguno.

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: CLAUSULA DE SUMISION EN LETRA DE CAMBIO (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

Doctrina de la Sala.—Con fecha 1 de marzo de 1985 se interpone por el Banco ... demanda de juicio ejecutivo, con base en letras de cambio, ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba, siendo demandada la entidad «H.», S. A., con domicilio en calle Industria, número 1, ..., provincia de Barcelona, partido judicial de ... Practicada la diligencia de requerimiento de pago, embargo, y citación de remate en el domicilio del demandado el día 13 de mayo del mismo año, la entidad «H.», S. A., formula, con fecha del día 16 siguiente, cuestión de competencia por inhibitoria ante el Juzgado de Primera Instancia de Igualada, el cual dictó Auto de fecha 10 de junio de 1985 requiriendo de inhibición al Juzgado de igual clase de Córdoba número 1, fundamentando su competencia en el hecho de que, habiéndose ejercitado una acción ejecutiva derivada de unas letras de cambio, domiciliadas en ... de su Partido Judicial, era de aplicación la regla 1.ª del artículo 62, en relación con los artículos 1.439 y 1.440, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba mantiene su propia competencia en el Auto de fecha 8 de enero de 1987, al entender que son de aplicación

los artículos 56 y 57 de la Ley Procesal, ya que en el acepto de las cambiales unidas a los autos aparece una cláusula de sumisión expresa firmada por el librado, remitiéndose a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Córdoba; razonamiento que no es aceptado por el Juzgado de Igualada, dando lugar a las presentes actuaciones.

En el lugar destinado para el acepto, en cada una de las dos cambiales que sirven de título para la ejecución, aparece estampada la siguiente cláusula: «Sometiéndome/nos a la Jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Córdoba, con renuncia expresa al que pudiera corresponderme/nos», firmando por «H.», S. A., su Consejero Delegado; cláusula que supone una sumisión clara, precisa y explícita, suscita por la parte que renuncia a su fuero propio, con designación del Juez a quien somete, y que en consecuencia debe constituir la primera regla sobre competencia territorial, con prioridad sobre el resto de las demás, cuando no se ha opuesto tacha de falsedad en ninguna de las actas de protesto (arts. 56 y 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Sentencia de 5 de diciembre de 1979).

Con los antecedentes que acabamos de exponer, resulta obligado resolver la presente cuestión de competencia en favor del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba —tal como dictamina el Ministerio Fiscal—, a cuyo Juzgado corresponde el conocimiento de los autos ejecutivos, a que se refiere este incidente, por virtud de la cláusula de sumisión pactada a su favor en el acepto de las cambiales, y no obstante que las letras aparezcan domiciliadas en el lugar del aceptante, pues el carácter prioritario de la sumisión ha sido reconocido por esta Sala en semejantes circunstancias (Sentencias de 21 de diciembre de 1972, 16 de abril de 1973 y 22 de junio de 1974, entre otras).

RICARDO DE ANGEL

INFORMACION
BIBLIOGRAFICA

Formularium diversorum instrumentorum. Un formulari notarial valencià del segle XV, ed. del manuscrit conservat a l'Arxiu Municipal de Sueca per Josepa Cortès. Sueca, 1986, XLVIII + 280 págs.

Una hermosa edición y un buen estudio de un formulario notarial latino del siglo xv, procedente de Valencia. No son muy frecuentes los estudios sobre notariado valenciano —señala Josep Trenchs en el prólogo—, si bien el primer formulario impreso lo fue en Valencia, el *Formularium diversorum contractuum et instrumentorum secundum practiquam et consuetudinem civitatis et regni Valentiae*, del que existe un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Madrid, según dice, y, añadido yo, otro en el Archivo del Reino de Valencia. Ahora se presenta éste, cuidadosamente estudiado, y pronto, sin duda, hemos de ver otro, trabajado no hace mucho por Honori García Oms, que completará el mundo de los formularios del Notariado valenciano.

Una panorámica del Notariado valenciano en la Edad Media encabeza las páginas introductorias, para adentrarse de inmediato en el mundo de los formularios —con un buen inventario de los existentes, editados o inéditos. La descripción del manuscrito —sus notas marginales—, datación y origen geográfico, tipos de escrituras. En suma, una descripción paleográfica muy cuidada constituye el estudio preliminar. Después, las escrituras latinas y romances que, indudablemente, reflejan la actividad notarial de fines de la Edad Media, la vida del Derecho. Por esta razón —porque refiere a unas realidades— me voy a permitir una descripción de su contenido; sus dimensiones formales puede encontrarlas quien se interese en el estudio preliminar de la editora. Yo me voy a limitar a algunos comentarios a vuelo pluma sobre los textos. No parece que tenga un orden dado, sino se acumulan según se ha creído oportuno. Por otra parte, son numerosos los que conservan nombres y datos del negocio original —muchos formularios se constituyen borrando estas huellas de auténticos negocios jurídicos—; por ejemplo, el rey don Juan II, cuando es sólo de Navarra, autoriza a cargar censales para pagarle por su coronación a algunas aljamas, en 1429; o en 1417 vende el noble Brenguer Dalmáu al doncel Juan Escrivá el lugar de Catarroja —núms. 27 y 215—. Naturalmente, una buena parte de los documentos se refieren a los negocios jurídicos más usuales, como las compraventas de diferentes cosas, testamentos, donaciones, dotes, partición de bienes. Pero también se percibe, en éstos o en otros, que nos hallamos en un mundo muy diferente al actual. Emancipaciones de esclavos —núms. 228 y 229—, junto a paces y treguas para evitar las enemistades y luchas entre familias —núms. 76, 86 y 87—. Juramentos específicos de moros o de judíos —núms. 82 a 84— nos presentan las minorías raciales de aquella Edad. Sobre todo en rela-

ción a la propiedad de la tierra hay numerosas escrituras —o formulario para redactarlas— sobre censos enfitéuticos, desde la primera, reconocimiento del dueño directo por el enfiteuta; pactos, la 66, o establecimiento del censo, las números 38, 43, 46 a 49 .. O sobre créditos cargados con censales sobre casas y tierras, 7, 24, 26, 32, 39, 99, entre otras muchas. También aparecen otros viejísimos contratos como *violaris*, 34, 35, 41, o *debitoris*, 64 ó 65. En fin, no puedo describir la extraordinaria riqueza de este formulario. Toda la mecánica de una práctica notarial puede encontrarse en las viejas fórmulas, los recibos o ápoas, las cancelaciones en 222, la fórmula final para una copia o traslado, 134 y 135, o la clausura de los libros de un Notario muerto, por otro, 151, entre otras muchas, permiten acercarse a aquella práctica..

El arte de Notaría fue uno de los elementos esenciales para la recepción del Derecho romano. Junto a los juristas formados en las universidades, los Notarios introducían una nueva práctica y el nuevo Derecho en contratos y negocios a través de escrituras. Aprendían unos de otros, unos años de escribiente para ir ascendiendo.. En Bolonia hubo escuela de Notaría —Rolandino Passargiero, entre otros—, pero en la Península fue más tardía la enseñanza notarial; hasta el siglo XIX no se exigió una titulación jurídica... Hoy, los protocolos notariales son fuente imprescindible de la Historia, cualquiera que sea el enfoque que se le pretenda dar; más que nadie, la historia del Derecho debe acudir a aquellas escrituras para entender el pretérito de una práctica jurídica. Un formulario, como matriz de escrituras, es asimismo importantísimo como medio de familiarizarse con éstas, antes o mientras se consultan protocolos...

Por esta importancia es muy de agradecer la edición y cuidadosa presentación que Josepa Cortés hace del *Formularium diversorum instrumentorum*. El que se interese por la historia de la Valencia medieval, habrá de tenerlo cerca. El profesional jurista y el historiador del Derecho pueden hallar en sus páginas explicación de cuestiones que se les hayan planteado en sus razonados intentos de comprender el Derecho, en su vida o en su pretérito. . Tengo entendido que la autora está ahora trabajando sobre el *Aureum opus*, o sea, la colección de privilegios o normas dada por el Rey sin las Cortes, aparecido en 1515 para el Reino de Valencia. Está analizando manuscritos anteriores de colecciones de privilegios para proporcionarnos una visión de cómo se trasladaron a lo largo de los siglos, cómo se coleccionaron y pusieron a la vista de abogados, jueces y empleados reales .. Nos dará, sin duda, un estudio cuidado y una edición crítica para que podamos manejar esta fuente jurídica con seguridad. Este tipo de estudios es laborioso, a veces, tal vez, poco brillante; pero el historiador sabe su importancia, frente a otros trabajos más superficiales. Si queremos algún día conocer con penetración nuestro pasado medieval, hacen falta estos trabajos esenciales, más que apresuradas visiones o discusiones bizantinas o ideológicas, como las que vivimos en los últimos años...

MARIANO PESET

ANDRÉS ROBRES, FERNANDO: *Crédito y propiedad de la tierra en el País Valenciano*. Edicions Alfons el Magnànim, IVEI, Valencia, 1987, 341 págs.

Un libro que podía haber sido de interés, a no ser por la falta de rigor y crítica de que adolece, a pesar de las grandes protestas de cientifismo que hace; parece que continuamente esté autoconvenciéndose de que sus datos son fiables y sus resultados importantes, ya que teme que no le crea el lector. Creo que conviene reducirlo a sus justos términos ..

Las cuestiones que plantea son de interés. Además! ha aprendido bastante en los últimos años. En su artículo «La detracción de la renta agraria en los señoríos del colegio del Corpus Christi durante el siglo XVII», *Estudis. Revista de Historia Moderna* 8 (1979-80), 194-222, hacía una simple descripción de rentas y datos, con buenos errores: por ejemplo, en su cuadro de compras de tierras, número 7, omitía el pago de los derechos de redención en las compras a carta de gracia, con frecuencia, de modo que los precios no eran ciertos. Los problemas que le importaban eran el paso del sistema de arrendamientos a *debitoris* —sobre una utilización anterior de censos— o la preocupación del señor por aumentar sus rentas o sospechas sobre si existía usura. El *debitori* era concebido extrañamente como un préstamo, no en metálico, sino «en inmueble». No sé quién le dirigió aquella tesis de licenciatura, recogida en este artículo...

En cambio, ahora su enfoque varía, nuevas ideas inervan su investigación, que pueden verse en mi artículo, en colaboración con María F. Mancebo y Vicente Graullera, «El señoría de Alfara del Patriarca, 1601-1845», *Estudis d'Història Contemporània del País Valencià* 2 (1981), 7-60, aparecido con anterioridad al suyo antes citado, en el que no se recogían. Ahora sí: rentabilidad de los arrendamientos o el retraso en el pago de los censales —un cuadro con los años, semejante al nuestro—, el proceso de penetración de las clases altas en la propiedad de la tierra... Temas que se encontraban en nuestras páginas y en publicaciones mías posteriores —yo, por mi lado, aprendí de otros, pero sin necesidad de denigrar; hice mi aportación crítica, sin tapujos .. Fernando Andrés procura olvidar por completo este artículo y referirse a otras versiones mías más genéricas para, de este modo, permitirse alguna reticencia sobre mi prólogo a J. Hernández Marco y J. Romero, *Feudalidad, burguesía y campesinado en la huerta de Valencia*, Valencia, 1980, o mis *Dos ensayos sobre [historia de] la propiedad de la tierra*, Madrid, 1982, que cita mal en página 11, nota 6. En la misma página aprovecha para desfigurar otro de mis trabajos, «Propiedad y señoría en la Ribera del Júcar», *I Assemblea d'història de la Ribera*, Valencia, 1982, páginas 99-159, que recoge como estudio de «algún lugar concreto», cuando es sobre seis poblaciones, mientras él suele construir todo sobre dos, Burjasot y Alfara, que, además, son excepcionales o atípicos (en pág. 22 lo confiesa). En todo caso me alegro si ha aprendido en estos años sobre hipótesis y teorías mías y de quienes colaboraron conmigo. Hace un año publiqué dos cosas más, «Unes hipòtesis sobre el crèdit agrari en l'antic règim», en *Terra, treball i propietat*, Barcelona, 1986, páginas 134-148, y, en colaboración con Vicente Graullera, «Els censals i la propietat de la terra al segle XVII valencià», *Recerques* 18 (1986) 107-138, donde podrá encontrar más docu-

mentadas mis hipótesis y, al mismo tiempo, espigar ideas para seguir recogiendo datos.. Y siento decirlo de una forma tan directa, pero es menester que vea claro los límites de su trabajo

Se centra —casi como único medio de crédito— en el censal, prescindiendo casi de otros, como el endeudamiento del campesino, las cartas de gracia o los deudorios... De estos últimos sigue diciendo que son préstamos en que se entrega una propiedad inmueble, y remite a su anterior libro. Yo le remitiría a Juan Sala, *Ilustración del derecho real de España*, Valencia, 1803, o a Nicolás Bas i Galceràn, *Theatrum iursiprudentiae forensis Valentinae*, tomo I, pars I, capítulo XII, folio 193, en donde puede aprender bastante. Por otra parte, el censal lo concibe como un préstamo con hipoteca. Con esta concepción no podrá entender el paso a épocas más cercanas, en que se imponen los préstamos mutuos con hipoteca añadida a la obligación. Ahora el prestamista conoce cuándo va a recibir la devolución del capital y puede ejecutar su crédito.

En general, sus calificaciones o terminología jurídica son inadmisibles, no se puede reinventar a capricho. Daré algunos ejemplos: contrapone *crédito*, que es un concepto económico —otra cosa es su sentido jurídico como aspecto activo de la obligación—, a *propiedad inmueble* (pág. 13) y a los censatarios les llama *censitarios* (págs. 21, 22 y 92). Califica la carta de gracia como «un préstamo más que una adquisición real», que, además, aumenta «las garantías hipotecarias del prestamista» —he aquí en qué ha convertido una venta con pacto de retroventa, como si su utilización posible encubriendo préstamos fuera su naturaleza—. A veces resulta ridículo, como llamar al precio o merced arrendaticia «renta propietaria» (páginas 113 y 232) o hablar de «bienes compravendidos» (págs. 133 y 150). No comprender las figuras jurídicas provoca imprecisiones y desconocimiento de sus mecanismos, imposibilita para leer las fuentes doctrinales, que, al parecer, no le interesan. . No se puede decir que los enfiteutas son «arrendadores del usufructo», sino que pueden arrendar su dominio útil.

El libro —más reducido, mucho más que su título anuncia— tiene, a mi parecer, dos grandes apartados, el capítulo II, sobre el hundimiento de los censales a través de pleitos, y el capítulo III, con el proceso de concentración de propiedades y la rentabilidad de los arrendamientos. Los examinaré separadamente.

1) Para conocer el final del sistema de censales analiza unos cuantos pleitos, con varias cuestiones sobre su situación. No es mucha la información que proporciona, por lo que remite a otra sobre Castellón que ya publicó.. En mi artículo con Graullera en *Recerques* aportamos amplio abanico de datos, sobre unos cien pueblos, que refleja la situación en la primera mitad del XVIII, completando datos y observaciones anteriores. El autor recoge ideas sobre la conexión entre el hundimiento de los censales y las compras de tierra y descubre cosas que ya estaban dichas —leer su página 12—. Todo lo más admite —en la página siguiente— que yo había *intuido* algo. Le atribuye a Palop el haber percibido que esas compras eran anteriores a 1750, a la pragmática —el halago académico siempre tiene un sentido—, cuando los artículos de Casey sobre Castellón o Gandía son anteriores, y dejan ver la situación en el XVII. Termina referido a los censales de Valencia ciudad según un documento de 1766 —podía haberlos contado, como ha hecho Remedios Ferrero para el XVI y hubiéramos adelantado bastante más—.

De otra parte, afirma que yo explico todo por la rentabilidad de los arrendamientos, que constituye mi apartado *b)*, páginas 241-243 de *Dos ensayos*, cuando en el apartado *a)*, que parece no querer tener en cuenta, hablo del hundimiento de los censales para explicarlo. Yo he destacado ambas razones, pero prefiero olvidarlo; o emplear la insidia, pues uso 24 series de arrendamientos para demostrar que no existe un incremento de la rentabilidad de los arrendamientos en el siglo XVIII (pág. 236), y reprocha que haya empleado yo menos. En mi artículo en colaboración sobre «El señorío de Alfara.» usamos *todos los arrendamientos* de 1615 y en años sucesivos de diez en diez. Su producto total se dividió por el número de hanegadas. Pero se pretende negar y negar.. Me parece bien que se debatan las cuestiones con rigor, pero si todos los arrendamientos de un pueblo son menos que 24. . apaga y vámonos...

2) Para ver el proceso de concentración de tierras en manos de nobleza, clero o clases ciudadanas analiza luísmos. Y como es un señorío atípico el del Corpus Christi, le salen avances del clero en el XVII; prefiero quedarme con Casey por ser más normales Castellón en donde compra nobleza y profesionales, mientras el clero empieza en el XVIII —si hubiera visto visitas de amortización se hubiera dado cuenta del carácter atípico de esos pueblos—. Luego, con una fuente fiscal, como son los luísmos, calcula precio de la tierra y llega a la idea de que los arrendamientos suben poco. Sigo pensando que es peligroso el cálculo del precio y, desde luego, estoy archiconvencido de que los arrendamientos suben en el setecientos. Si hubiera leído a Ricardo, comprendería que la extensión de cultivos eleva, al poner en explotación tierras marginales, la renta de la tierra de las más productivas. Pero parece que no está demasiado por la teoría, prefiere números y números, cuando teóricamente también se construye. Le recomiendo Adam Smith o Marx, o Keynes o Schumpeter...

Dejaré otras partes de menor interés. Antes de abordar la rentabilidad y sus valores, con la curiosa idea de que depende de otras variables, trae varios indicadores, nota 10, página 12. La explicaré que la rentabilidad depende de otras variables, pero el cálculo de sus valores, que es lo que hace, es un simple cociente. Dice, con cita de Vilar, que no va a jerarquizar las variables —las variables se organizan en un función—. En fin, creo que estos diversos temas que engloba responden más a la idea de Humberto Eco: en una tesis, como en el cerdo, todo es aprovechable.

Pues bien, esta es mi opinión sobre este libro y mi contestación a sus alusiones. Quizá no valía la pena hacer estas acotaciones, ya que nos movemos entre especialistas que saben juzgar, sin necesidad de explicaciones. Pero como había alguna presentación falseada de mis puntos de vista, tal vez es conveniente que las diese.

MARIANO PESET

ROMEU, S.: *Les Corts valencianes*. Prólogo de A. García Miralles. Eliseu Climent, editor, Valencia, 1985, 174 págs.

Hace quince años iniciaba la autora el estudio de las Cortes valencianas con su «Catálogo de Cortes valencianas hasta 1410», *Anuario de Historia del Derecho español* 40(1970) 581-607, sobre la base de otros anterior-

res, como preparación previa. Allí recogió el estado de la bibliografía y alguna documentación sobre esta institución, que pensaba ir trabajando y estudiando en el futuro. Paulatinamente ha ido publicando diversos manuscritos sobre las Cortes, en aquella revista, principalmente las del siglo XIV, *Anuario* citado, tomos 43, 44 y 47, junto a otras referencias en el *Primer Congreso de Historia del País Valenciano*, II, páginas 599-604 y 619-624. Una recogida y publicación de materiales, sin duda de interés, que esperamos pueda continuar en el futuro.

Ahora —como síntesis provisional— edita esta visión de las Cortes valencianas, prologada por el Presidente de las actuales. Unos trazos de lo que fueron, de su composición y su funcionamiento, que ponen al día viejas exposiciones de Dánvila o de otros. Una historia institucional de un organismo esencial al Derecho foral valenciano. El estudio de las Cortes se ha hecho desde muy diversas perspectivas —desde la mera descripción a la carga ideológica que pretende justificar o combatir—. En este caso yo preferiría decir que se ha mantenido dentro del modo de hacer de la historia institucional. Me explicaré.

Frente a la historia política y bélica, en el XIX se quiso enriquecer el relato historiográfico mediante el estudio de las instituciones jurídicas o políticas, económicas y sociales. Y, tras ocuparse de los sucesos políticos más salientes —la historia externa— se entraba en la organización social, política y administrativa; es decir, desde las clases sociales al poder y sus órganos, la legislación, la hacienda, el ejército o la Iglesia. Todo convenientemente separado, como también de la industria y el comercio, la agricultura y la ganadería, la cultura o las bellas artes, las costumbres y las fiestas. Ese aislamiento, que mantuvo el relato institucional de los diversos sectores, condujo, con frecuencia, al estudio monográfico de algunas de ellas —las Cortes— a lo largo de los siglos —desde su aparición hasta las postrimerías del antiguo régimen—. Una granja cronológica tan amplia produce graves dificultades para quienes se ocupan de las Cortes; no es fácil poder encajarlas en los conflictos de poder y en la vida social de los diversos siglos. Pero esto no preocupa demasiado al historiador que comparte los dogmas de la vieja historia institucional, que pueden resumirse en tres supuestos: a) Creencia de que son —con los matices que se guste— una misma cosa a lo largo de largos siglos, desde el siglo XIII al XVIII. b) Afirmación firme de que interesa, sobre todo, su osatura más invariable, con cierta flexibilidad para recoger lo peculiar en algún caso. Interesa, por tanto, su aspecto más formal: organización y funcionamiento, no sus contenidos —a no ser en forma de competencias—. De este modo las Cortes de un determinado reino se parecen bastante a las de otro, las medievales a las de la Edad Moderna. No se atiende demasiado a sus contenidos, a su función en unas circunstancias dadas... c) El tercer supuesto, derivado de los anteriores, es que se pueden entender y comprender sin necesidad de estudiarlas en cada una de sus decisiones o de sus conflictos, que, sin duda, requerirían un amplísimo conocimiento del mundo circundante, de sus problemas, para entender un órgano tan central como son las Cortes. ¿Podrían hoy entenderse las Cortes valencianas o las generales españolas, tan sólo con una especificación de su composición, sus competencias y procedimientos? Esta descripción primera establece sus líneas más generales —describen las leyes que las regulan, o la costumbre—, pero es menester algo más, pues son órganos vivos y con poder...

Estas son las limitaciones de la historiografía institucional y estas son las carencias de este libro, que nos proporciona, no obstante, una primera idea de lo que fueron aquellas Cortes. Para proseguir habrá que analizar con todo cuidado sus contenidos y su acción, sus decisiones y sus circunstancias, si queremos entender el poder de las Cortes de manera viva, profunda. No quiero quitarle ningún mérito a esta reciente síntesis: trato de señalar, a mi juicio, cuál serían los caminos para continuarla: proseguir la edición o el estudio de los procesos, tal como hizo para el siglo XIV, y enmarcar la actividad de una institución central del reino en su historia, en sus luchas y tensiones sociales, en los problemas de la Real Hacienda y de la legislación. ¿Es muy ambiciosa la propuesta? Es posible, sobre todo si se pretende abarcar más de medio milenio, desde el siglo XIII al XVIII. La larga duración histórica pertenece a la geografía o el clima, las rutas y ciudades, no a las instituciones —conforme puede verse en Braudel—. No dudo de la utilidad de esta síntesis introductoria, pero es de esperar que largos años de trabajo dedicados a las Cortes ofrezcan, en un próximo futuro, una monografía más completa y elaborada de las Cortes medievales de Valencia.

Por lo demás, estas páginas nos proporcionan ideas acerca de qué fueron las Cortes valencianas. Primero una introducción sobre su sentido como limitación del poder regio y representación del reino —últimamente se ha discutido bastante sobre estos temas, Pérez Prendes, Valdeón, etc.—. Busca en sus orígenes el fortalecimiento de la institución, con cierta indecisión lógica al determinar las asambleas que merecen el nombre de Cortes y las que no —compárese con su *Catálogo de Cortes*, ya citado—. El equilibrio entre el rey y los estamentos, su poder y las limitaciones, la pugna con los nobles aragoneses son los temas que centran las Cortes. Pero su significado es, sobre todo, la representación legítima del reino convocada por el rey, según, más o menos, señalan los autores regnicolas tardíos; poco a poco son dominadas por los monarcas. Si bien se conserva el pactismo... A través de la bibliografía existente traza unas pinceladas de las diversas épocas, para pasar, de inmediato, a un análisis más estrictamente institucional: las causas de convocatoria, que señala Belluga, se matizan con datos de algunas Cortes —los motivos oficiales junto con algunas referencias breves a la realidad de cada momento—. La composición, asistencia y representación de los brazos. Las funciones más salientes, desde el juramento del rey o del sucesor, las normas o leyes que aprueban, la actividad financiera o la reparación de agravios se analizan, a grandes rasgos, así como los aspectos procedimentales de aquellas viejas Cortes —quizá aquí examina algunos conceptos que no son propiamente de procedimiento, como la diferencia entre Cortes generales y particulares o la periodicidad—. La relación con otros organismos: esencial en el caso de la diputación que es una representación de las Cortes en el período intermedio entre dos reuniones.

Una síntesis de la historia de una institución valenciana que sin duda será enriquecida en el futuro por el trabajo de Sylvia Romeu. Como ella misma promete: «... la tasca que resta a realitzar és gran. Per altra part, les fonts documentals connectades amb les Corts romanen polsoses als archius i, per aquest motiu, assumida la idea de completar un estudi rigorós sobre el tema, m'exigirà molts anys mes dels que ja hi duc dedicats» (pág. 13). Esperemos que, al hacerlo, inserte más ampliamente en

la historia esta institución central de la época foral en la historia de Valencia y de la monarquía, para que sobre pleno sentido y vida en aquellos siglos pretéritos...

MARIANO PESET

ALONSO UREBA, ALBERTO, y otros: *La reforma del Derecho Español de Sociedades de Capital*. Colegios Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Notarial de Madrid, en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Editorial Civitas, Madrid, 1987, un tomo de 1252 págs.

En los meses de mayo y junio pasados tuvo lugar en las sedes de los Colegios citados un ciclo de conferencias-coloquios, con la colaboración activa de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Las conferencias corrieron a cargo de destacados maestros universitarios y de Notarios y Registradores pertenecientes a ambos Colegios Profesionales.

La gran altura de la exposición y la amplia discusión de los temas justificaron una numerosísima asistencia de personas interesadas en estos problemas que se puede originar en nuestro sistema societario. Y el eco alcanzado por aquellas sesiones de estudio ha motivado que ahora se recojan todas las ponencias en este libro, que ha de resultar, sin duda, indispensable para conocer las futuras directrices normativas que se perfilan en esta esfera.

Cuando el *Boletín Oficial del Estado* publicó los instrumentos de la adhesión de España a las Comunidades Europeas pudimos ver que si, en apariencia, aquellas normas tenían un acusado tinte económico, también encerraban un contenido jurídico en cuanto que afectaban a la regulación de determinadas esferas mercantiles, en especial el extenso campo de las figuras societarias.

La Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación ha venido preparando el Anteproyecto de Ley de Reforma y Adaptación del Derecho de Sociedades a las Directivas de las Comunidades Europeas.

La adaptación se produce respecto a las Directivas primera, de 9 de marzo de 1968 (Publicidad, validez de los compromisos de las sociedades y nulidad de éstas); segunda, de 19 de diciembre de 1976 (Constitución, mantenimiento y modificaciones del capital de las sociedades anónimas); tercera, de 9 de octubre de 1978 (fusión de sociedades anónimas); cuarta, de 25 de julio de 1978 (Cuentas anuales); sexta, de 17 de diciembre de 1982 (Escisión de sociedades), y séptima, de 13 de junio de 1983 (Cuentas consolidadas). Estas afectan al Código de Comercio en lo referente al Registro Mercantil, contabilidad de los comerciantes y el régimen de la sociedad comanditaria por acciones. Afectan, sobre todo y en casi todas sus materias, a la Ley de Sociedades Anónimas y también a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Es lógico que tanto Notarios como Registradores se hayan mostrado interesados en el estudio de su contenido y características más salientes. Los Notarios han de redactar los contratos de los que darán fe, ajustándose a las normas vigentes, que deben conocer y aplicar. Y los Registra-

dores, antes de inscribir y con ello dar publicidad, casi siempre constitutiva en materia societaria, han de calificar la legalidad y validez de los actos a inscribir, basándose en las correspondientes normas.

Todo cambio normativo supone la natural dificultad hasta que se llega a conocer la nueva regulación, captando del todo el sentido de la reforma introducida. Para Notarios y Registradores, el tema es más perentorio, ya que son profesionales cuya función principal consiste en procurar a los interesados la seguridad en el tráfico, sea mercantil o inmobiliario. Cuando aparece una nueva norma sólo se conoce su texto escueto y hay que empezar a aplicarla y cumplirla, sin más ayuda de momento que el propio sentido jurídico y la básica formación profesional, que afortunadamente están acreditados entre nuestros compañeros. Después vendrán las sentencias de los Tribunales, los comentarios doctrinales y las resoluciones de nuestra Dirección General a arrojar nuevas luces y a abrir nuevos caminos, aclarando criterios. Pero de momento, repetimos, ahí está el nuevo texto legal y el caso concreto al que hay que aplicarlo, inmediatamente y sin retrasos. Por eso, cuanto mayor sea la información previa, más garantías de acierto se tendrán.

Para el Colegio de Registradores este tema no es nuevo, pues ya en 1975 se celebró en él un ciclo de conferencias sobre Derecho Comunitario Europeo y han tenido lugar otros cursos y reuniones sobre el aspecto registral de esta normativa. Con motivo de la reforma del Código de Comercio de 1973, se han venido preparando y poniendo a punto los medios precisos para el buen funcionamiento del sistema, contemplando la edición de un *Boletín* del Registro Mercantil, anticipándose a lo ordenado en la primera Directiva del Consejo de las Comunidades. Los Registradores, coordinados por su Colegio, ya han comenzado los estudios y experiencias para adaptarse a las necesidades de los tiempos y a la revolución informática con pruebas experimentales. La publicidad registral es tema clave en el régimen del funcionamiento de las sociedades mercantiles de capital.

Por eso, ahora que nos hemos incorporado «formalmente» a Europa, pues europeos hemos sido siempre, ante la importancia de la adecuación de nuestra normativa societaria y tomando como base el texto concreto del Anteproyecto redactado por la Comisión General de Codificación, los Notarios y Registradores han mostrado su interés del mejor modo, es decir, acometiendo el empeño de procurarse por anticipado un cuerpo de doctrina válido para mejor poder aplicar en su día la nueva legislación con la deseable altura científica y la indispensable responsabilidad profesional. En este empeño han contado con la colaboración de valiosos profesores universitarios y así, en una feliz simbiosis entre los mundos de la doctrina y la aplicación profesional, ha resultado una obra armónica que ahora se recoge en este libro y ve la luz pública para que quienes no asistieron a las conferencias puedan conocer el contenido y la doctrina de las diversas exposiciones.

Los presentadores del libro, don CARLOS-MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO y don ROBERTO BLANQUER UBEROS, Decanos de los Colegios de Registradores y Notarial de Madrid, respectivamente, resaltan y agradecen la labor del grupo de trabajo que hizo posible la celebración del ciclo de conferencias y la publicación de esta obra, integrado por don FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, Vicedecano del Colegio Notarial de Madrid; don JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, Director del Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio

de Registradores, y don ALBERTO ALONSO UREBA, Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense, quienes propiciaron la fusión del conocimiento doctrinal y la experiencia práctica del quehacer profesional diario.

Como preliminar, hay una presentación del libro y después las palabras de apertura del ciclo de conferencias del Decano del Colegio de Registradores, y otras palabras en la clausura del Decano del Colegio Notarial de Madrid.

Resulta del todo imposible hacer un resumen o comentario, por muy breve que se intente, de las distintas ponencias desarrolladas y que se recogen íntegras en el libro. A él remitimos a quienes quieran verlas. Nos hemos de limitar a enumerarlas:

- «Introducción», por AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ.
- «Problemas político-jurídicos de la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales», por LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA.
- «Fundación: Escritura y Estatutos. Suscripción y desembolso», por MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ.
- «El principio de capital mínimo», por RAFAEL GARCÍA VILLAVEDE.
- «La fundación cualificada (ventajas de fundadores o promotores y aportaciones *in natura*)», por ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ.
- «La sociedad en proceso de fundación y la sociedad irregular», por JOSÉ-DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ.
- «La sociedad unipersonal», por ALBERTO ALONSO UREBA.
- «La sociedad nula», por JOSÉ MARÍA DE EIZAGUIRRE.
- «Aumento y reducción del capital», por ANÍBAL SÁNCHEZ DE ANDRÉS.
- «Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital», por GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO.
- «Acciones: clases y régimen jurídico», por MANUEL BROSETA PONT.
- «Negocios sobre las propias acciones», por CÁNDIDO PAZ-ARES.
- «La fusión de sociedades», por ALBERTO BERCOVITZ.
- «La escisión de sociedades», por ÁNGEL ROJO.
- «Régimen de cuentas anuales», por FERNANDO SÁNCHEZ CALERO.
- «Las condiciones de la consolidación de las cuentas anuales», por JUSTINO F. DUQUE DOMÍNGUEZ.
- «La agrupación europea de interés económico (antecedentes y caracterización)», por MARCOS SACRISTÁN REPRESA.
- «Incidencia en el ámbito societario de las directivas bursátiles», por JATME ZURITA Y SÁENZ DE NAVARRETE.
- «El régimen jurídico de las sociedades comanditarias por acciones en el Anteproyecto de Ley de Reforma Parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades», por MERCEDES VÉRGEZ SÁNCHEZ.
- «La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de Sociedades», por JOSÉ MARÍA GONDRA ROMERO.

Termina el libro con una importante *addenda documental* confeccionada por FRANCISCO JOSÉ BAUZÁ MORÉ, cuyo contenido es:

- «Introducción».
- «Anteproyecto de Ley de Reforma Parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades».

- «Directivas comunitarias sobre el Derecho de Sociedades».
- «Directivas comunitarias sobre Bolsa».
- «Reglamento (CEE) número 2.137/1985 del Consejo, de 25 de julio, relativo a la constitución de una Agrupación Europea de Intereses Económicos (AEIE)».

Hemos intentado dar un esbozo tan sólo, pues otra cosa no sería posible, del contenido de este libro. Para tener una idea más completa será preciso leer sus profundas e interesantísimas ponencias. Algunas de ellas son un tanto críticas con la reforma proyectada, pero todas de gran altura científica, que aportarán ideas sugerentes y enseñanzas de gran utilidad a aquellos a quienes interesen estos vivos temas jurídicos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, JOSÉ MARÍA: *Arrendamientos rústicos y legislación agraria básica*. Editorial Civitas. Biblioteca de Legislación, Madrid, 1986, un tomo de 359 págs.

JOSÉ MARÍA GIL-ROBLES, que ha preparado esta edición de las normas arrendaticias, es Letrado de las Cortes Generales y como tal intervino de modo personal y directo en las diversas fases de la elaboración de la Ley vigente de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1981.

A raíz de su promulgación, el autor publicó un libro, que es objeto de consultas constantes, titulado *Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, también editado por Civitas, en el cual analizó dicha Ley, artículo por artículo; después de su texto respectivo se señalaban los antecedentes legales y la doctrina jurisprudencial aplicable en cada caso. Seguidamente venían los comentarios del autor, recogiendo el texto del proyecto, las enmiendas y su resultado, para terminar con un amplio juicio de las novedades y el conjunto de la normativa.

Con esto queda dicho que domina por completo la materia, que ha sido objeto de un minucioso trabajo previo, ya que vio pasar por su mesa de trabajo de las Cortes, día a día, enmienda a enmienda, un proyecto hasta convertirse en Ley, con toda su complicada elaboración.

Y ahora, aunque se trate de un simple manual legislativo, se trasluce claramente esa soltura que da el profundo conocimiento del asunto y, en consecuencia, produce un trabajo muy satisfactorio.

Con formato escolar, pero en impresión perfecta y letra muy apretada, Civitas nos presenta este manual normativo que empieza por contener el texto íntegro de la Ley básica, con abundantes llamadas a pie de página haciendo referencia a disposiciones concordantes que tienen relación con cada uno de los preceptos concretos, lo que facilita grandemente la consulta.

A continuación se incluyen algunos preceptos del Reglamento de 29 de abril de 1959, que ya está derogado, como es sabido. Precisamente, la disposición final de la Ley lo dice de modo expreso al incluir de modo global a los reglamentos, tal como se pidió en una enmienda, con fines clarifica-

dores. Posiblemente se incluyen aquí estos textos por la posibilidad de aplicación transitoria en algún caso concreto.

Como normativa subsidiaria se incluyen los artículos del Código Civil que pueden tener aplicación directa o colateral en cuanto a la eficacia de las normas en general, capacidad y contenido de las figuras arrendaticias y afines.

En cuanto a la normativa aplicable en la esfera procesal, también se recogen con gran amplitud todo el abanico de disposiciones generales sobre los posibles litigios y en especial los referentes a la materia arrendaticia. Así se recopilan normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, naturalmente con sus reformas de 6 de agosto de 1984. También se recogen las normas procesales de la Justicia Municipal, contenidas en el Decreto de 21 de noviembre de 1952, en cuanto que, normalmente, los juicios sobre arrendamientos se conocen precisamente en esas instancias y bajo la batuta de los llamados juicios de cognición, cuya normativa se recopila. Por último, dentro del rótulo de la normativa procesal se insertan los preceptos pertinentes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en cuanto que a veces se instan derechos por esta vía y es bueno tener a mano su regulación para la consulta.

Dentro del apartado que se titula «Normas complementarias», se incluyen determinados preceptos de las Leyes de Arrendamientos de 1935 y sus modificaciones de 1940 y 1942, que aún podrían tener virtualidad de acuerdo con las disposiciones transitorias de la vigente. Ya no hay que repetir, por sabida, la opinión general de la Ley de 1935: redactada por el equipo de Registradores del Instituto de Reforma Agraria ha superado una vida de casi medio siglo de vigencia, con la guerra civil por medio y fuertes cambios políticos y sociales, dejando al descubierto una calidad pocas veces superable; derogó el viejo principio de la autonomía de la voluntad, ineficaz cuando no hay paridad entre los contratantes, protegiendo al arrendatario con derechos que se han consolidado hasta la actualidad. Las Leyes de 1940 y 1942 alteraron un tanto el sistema planteando nuevos plazos de duración prórroga de los contratos; estas prórrogas se reprodujeron en 1948, en 1954..., y aún coleán. No han bastado las nuevas normas establecidas en la disposición transitoria primera de la Ley de 1981, sino que nos han caído otras tan recientes que ni siquiera han podido recogerse en este libro. En efecto, habremos de señalar la Ley 1/1987, de 12 de febrero, que prórroga por otros cinco años los contratos concertados antes de 1935, con su anejo derecho a acceder a la propiedad; y por si no había bastante, en virtud de la poco edificante dualidad legislativa que permite la Constitución a las Autonomías, Galicia promulgó el 10 de diciembre de 1986 otra Ley de prórroga de los arrendamientos gallegos, aunque sólo por un año, y Valencia reguló los llamados arrendamientos históricos por otra Ley de 15 de diciembre del mismo año. Esto, ya decimos, no ha podido ser recogido por la obra que comentamos.

Pero sigamos con su contenido. Además de normas particulares puramente coyunturales que apenas tendrán ya vigencia, se reflejan en este libro diversos preceptos tomados de otras leyes generales que, aun dadas con otra finalidad principal, contienen disposiciones aplicables a supuestos de locación rústica. Así, la Ley de Inscripción, División y Redención de Censos en Cataluña de 1945, pues son instituciones tan parecidas que ya sabemos que NART opinaba que eran perfectamente equiparables, hablando de «ex arrendamientos».

En la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, según su redacción de 1973, se contienen numerosas e importantes especificaciones, que tratan los supuestos de fincas arrendadas de modo muy especial, respetando y favoreciendo los derechos y situaciones de los arrendatarios en los casos de transformaciones territoriales y mejoras estructurales que en ella se regulan. Así se contemplan los supuestos de la formación de explotaciones familiares, de la concentración parcelaria, mejoras territoriales, fincas y explotaciones mejorables (éstas modificadas por la Ley de 1979), y los supuestos de arrendamientos forzosos, que se regulan tanto en la Ley de Reforma como en la modificatoria de fincas manifiestamente mejorables dicha.

La Ley del Suelo, aunque también se subtitula de ordenación urbana, contiene preceptos aplicables a fincas rústicas en el aspecto de ordenación, que pueden afectar a los contratos de arrendamiento, que también se recogen. Hay que notar también la numerosa normativa autonómica que en este terreno se está produciendo y que será necesario tener en cuenta, dado que en la Constitución y los respectivos Estatutos se concede competencia a las Comunidades en materia de ordenación territorial.

Los arrendamientos de tipo forestal tienen referencias en las Leyes de Fomento de la Producción Forestal y la de Montes Vecinales en Mano Común. Ambas se reflejan en lo pertinente en la obra que estamos comentando.

El llamado Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, que introduce un nuevo y peculiar sistema sucesorio, establece en su artículo 37 que cuando una finca rústica arrendada forme parte de una explotación familiar agraria, la sucesión en el arrendamiento se regirá por la Ley citada (de 24 de diciembre de 1981), con exclusión de la legislación arrendaticia rústica. Es un dato importante a tener en cuenta.

Sobre la constitución y funcionamiento de las Juntas Arbitrales, a que se refiere el artículo 121 de la Ley, se incluyen dos Ordenes ministeriales de 8 de octubre de 1982. Digamos también que aquí está también la normativa paralela autonómica, pues varias Comunidades han dictado ya sus disposiciones particulares sobre este punto y serán preferentes dada su competencia específica.

También se incluye la Orden ministerial de 1 de diciembre de 1981, que daba, sólo a título indicativo, el modelo de contrato-tipo de arrendamiento rústico. En cambio, no se ha recogido el Real Decreto sobre el Registro especial de estos arrendamientos, lo que consideramos acertado, pues también varias Autonomías han dictado dispares ordenamientos particulares, sólo coincidentes en configurar una registración de carácter puramente administrativo y casi carente de efectos jurídicos; tan sólo se vislumbra un asomo de exigir esa «toma de razón» a efectos de conceder beneficios crediticios y para usted de contar. Aquí, el fallo de la Ley y de la normativa subsiguiente es total. Por ello, no se pierde nada con su omisión.

Pasada la turbamulta de disposiciones más o menos administrativas y cambiantes, este tomo sobre arrendamientos tiene una parte final donde se incluyen las normas de Derecho Foral de las diversas regiones españolas en donde rigen. Así, se recogen las distintas y típicas figuras arrendaticias o aparceras que se contienen en las Compilaciones de Alava y Vizcaya de 1959, la de Cataluña según su reforma de 1984, la de Balcares

de 1961, la de Galicia de 1963, la de Aragón según su nueva redacción de 1985 y la de Navarra de 1973, que acaba de ser reformada por Ley Foral de abril de 1987. O sea, que está visto que en estas materias sociales no hay modo de estar al día, ya que no sólo el *Boletín Oficial del Estado*, sino los otros 17 autonómicos pueden cambiarnos todo de la noche a la mañana.

Con todo, la edición que comentamos, preparada por JOSÉ MARÍA GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO y actualizada por la redacción de Civitas, supone un gran esfuerzo y ha sido conseguida la deseada concreción al recopilar cuanto haya más o menos vigente en esta materia del arrendamiento, tan vivo en los ambientes rurales.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

.

REVISTA DE REVISTAS

1. $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Números 517-518 (Octubre-noviembre 1987)

El allanamiento en el proceso civil, por ANTONIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, página 5449.

Obligatoriedad o no de la presencia física del Fedatario público en el acto de intervención de las pólizas de crédito, por VICENTE BALLESTA BERNAL, pág. 5487.

Breves consideraciones sobre la tercería de dominio interpuesta por uno de los cónyuges (en reivindicación de bienes gananciales), solicitando el alzamiento del embargo trabado por deudas exclusivas del otro cónyuge, por FRANCISCO JAVIER GIMENO PÉREZ DE LEÓN, pág. 5497.

El desarrollo de la libertad de expresión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por MANUEL JAÉN VALLEJO, pág. 5503.

Constitucionalismo español: 1808-1978. Ensayo histórico-jurídico, por EMILIO ATTARD, pág. 5513.

La carga de la prueba de la provisión de fondos en la Ley 19/1958, de 16 de julio, cambiaria y del cheque, por JUAN PÉREZ VALENZUELA, página 5659.

El carácter ejecutivo de las pólizas intervenidas por agente mediador colegiado (art. 1.429, 6.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por VICENTE JOSÉ MARTÍNEZ PARDO.

La insolvencia provisional y definitiva en los expedientes de suspensión de pagos: declaración de la quiebra del deudor, por JOSÉ MARÍA SAGRERA TIZÓN, pág. 5671.

Alcance de la fianza prestada al acreedor incluido en la definitiva de la suspensión de pagos, por JOSÉ MARÍA SAGRERA TIZÓN, pág. 5675.

Número 519 (Diciembre 1987)

La nueva Ley de la Propiedad Intelectual, por PABLO MISERACHS SALA, página 6245.

La Ley Orgánica del Poder Judicial y el Secretariado de la Administración de Justicia, por ANTONIO RAMOS GACILÁN, pág. 6261.

Designación de heredero por concurso público, por JOSÉ VICENTE TELLO CALVO, pág. 6275.

La atribución judicial de la vivienda a uno de los cónyuges en los procesos de nulidad, separación o divorcio, por JOSÉ MÉNDEZ PÉREZ, pág. 6287.

Ante la reforma de la Ley del Tribunal Constitucional, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 6313.

Constitucionalismo español: 1808-1978. Ensayo histórico-jurídico, por EMILIO ATTARD, pág. 6323.

- Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana*, por ROSA MARÍA RAMÍREZ NAVALÓN, pág. 6537.
- Actuación procesal del Abogado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, por BLANCA PASTOR BORGONÓN, pág. 6599.
- Adaptación del ordenamiento jurídico español al Derecho de la Comunidad Económica Europea*, por ASCENSIÓN FORNIES BAIGORRI, pág. 6623.
- Régimen jurídico de la gestión administrativa del enlace fijo a través del estrecho de Gibraltar y cuestiones de Derecho Internacional Privado*, por ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, pág. 6697.
- La proyectada reforma del artículo 11, 1.º, del Código Civil*, por FRANCISCO SÁNCHEZ APELLÁNIZ y JOSÉ J. OLIVÁREZ, pág. 6749.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Noviembre 1987)

- El nuevo aval cambiario y sus antecedentes*, por RICARDO ALVAREZ ABUNDANCIA, págs. 939 a 964.
- Metodología o epistemología jurídicas: Reflexiones en la encrucijada*, por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, págs. 965 a 979.

(Diciembre 1987)

- Los órganos de la Sociedad Anónima en liquidación*, por JOSÉ VICENTE LORENZO JIMÉNEZ, págs. 1028 a 1057.
- La naturaleza jurídica de la quiebra*, por ROBERTO GARCÍA MARTÍNEZ, páginas 1058 a 1065.

(Enero 1988)

- El «ius ad rem»*, por JOSÉ LEANDRO MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, págs. 3 a 16.
- La declaración de ajuste al Derecho del Estado en el supuesto de la simulación*, por MARÍA TERESA ARECES PIÑOL, págs. 17 a 34.
- Nota sobre la desprotección penal de los derechos de propiedad industrial*, por CARLOS VÁZQUEZ IRUZUBIETA, págs. 35 a 36.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Número 4 (Abril 1987)

- El alcance de las patentes de invención en la nueva Ley*, por FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, pág. 499.
- Evolución de la normativa aplicable al seguro de responsabilidad civil y sistema de responsabilidad civil*, por RAFAEL MATILLA ALEGRE, pág. 545.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 105 (Octubre-noviembre-diciembre 1987)

- La organización administrativa de la ordenación del territorio*, por LUCIANO PAREJO ALFONSO, pág. 13.
- La Gestión Pública Urbanística en el Derecho comparado. Experiencias europeas*, por MARTÍN BASSOLS COMA, pág. 51.
- Las valoraciones fiscales de los bienes inmuebles urbanos en la imposición del Estado y de la Administración*, por SANTIAGO FERNÁNDEZ PIRLA, pág. 81.
- Conservación y fuera de ordenación: hacia una más graduada coexistencia de ambos criterios en las intervenciones en el suelo urbano*, por JAVIER GARCÍA BELLIDO, pág. 95.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION
LOCAL Y AUTONOMICA

Número 233 (Enero-marzo 1987)

- La nueva regulación de los bienes comunales*, por ALEJANDRO NIETO, página 9.
- Barcelona en la nueva organización territorial de Cataluña; una primera reflexión*, por LUCIANO PAREJO ALFONSO, pág. 27.
- Mancomunidades municipales, provincias y Comunidades Autónomas: Relaciones interadministrativas en el nuevo Régimen local*, por JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER, pág. 53.
- Los vecinos y los servicios públicos municipales*, por TOMÁS QUINTANA LÓPEZ, pág. 65.
- Antecedentes poblacionales en los inicios del municipio constitucional*, por ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO, pág. 85.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Número 180 (Julio-diciembre 1986)

- Del precario*, por RENÉ RAMOS P., pág. 7.
- Crédito fiscal por la adquisición de bienes del activo fijo: Un vacío legal*, por ELIZABETH EMILFORK S., pág. 21.
- Del mandamiento, requerimiento, embargo y excepciones en la acción ejecutiva de desposeimiento*, por MIGUEL OTERO L., pág. 29.
- El secreto bancario frente al Derecho chileno*, por ALEJANDRO VERGARA B., página 39.
- Equilibrio procesal*, por HÉCTOR OBERG Y., pág. 63.
- Algunos problemas que suscita la traducción*, por MARIO CERDÁ M., pág. 67.
- Abogados integrantes. Su modificación*, por RENÉ VERGARA V., pág. 83.
- Situación del título ejecutivo en la instancia abandonada*, por JULIO SALAS V., pág. 85.

REVISTA DE DIREITO IMOBILIARIO DO BRASIL

Números 17-18 (Enero-diciembre 1986)

Registro de Inmuebles y su perfeccionamiento, por AFRANIO DE CARVALHO, página 7.

Registro de secuestros. Obligatoriedad, por PAULO HABITH, pág. 11.

El principio de inscripción. La inscripción constitutiva y declarativa en el sistema hipotecario español y en el sistema inmobiliario brasileño, por FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA, pág. 17.

Principios de Derecho Registral Inmobiliario, por ALVARO MELO FILHO, página 25.

De la unidad de la matrícula, por RICARDO HENRY MARQUÉS DIP, pág. 51.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Número 58 (Enero-abril 1987)

La OEA en la encrucijada: derechos humanos, por TOM J. FARER, pág. 15.

El Derecho privado en Estados Unidos frente a la deuda externa, por DALE BECK FURNISH, pág. 31.

La Universidad latinoamericana, por BRAULIO GUERRA MALO, pág. 57.

La asociación en participación y otras figuras jurídicas afines, por SOYLA H. LEÓN TOVAR, pág. 71.

La planeación y el derecho al desarrollo, por FRANCISCO JAVIER OSORNO CORRES, pág. 111.

La rectoría económica del Estado, por ENRIQUE SÁNCHEZ BRINGAS, pág. 133.

Class Action. Una solución al problema de acceso a la justicia, por ROLANDO TAMAYO y SALMORÁN, pág. 147.

Decreto que reforma la Ley monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, por FRANCISCO J. VILLALÓN ESQUERRO, pág. 169.

Decreto que promulga el acta constitutiva de la Red de Información Tecnológica Latinoamericana (RITLA), por MANUEL BACERRA RAMÍREZ, página 173.

REVISTA NOTARIAL ARGENTINA

Número 890 (1987)

El Notario y la jurisdicción voluntaria, por OSCAR EDUARDO SARUBO, página 1291.

Las actas notariales de declaración de entrega de menores en guarda, por ADRIANA NELIDA ABELLA, pág. 1315.

Los contratos relacionados con los derechos intelectuales, por GABRIEL B. VENTURA, pág. 1321.

Las medidas cautelares y el bloqueo registral, por ANA RAQUEL NUTA y DOMINGO ROTONDARO, pág. 1345.

Sociedades comerciales y registración mercantil: Generalidades. Exclusión de socios. Suspensión de decisiones asamblearias. Voto acumulativo, por EDUARDO M. FAVIER DUBOTS (h), pág. 1393.

Disolución de sociedades (exposición de seis casos diferentes), por OSVALDO S. SOLARI, pág. 1403.

REVUE DE DROIT UNIFORME
(Julio-diciembre 1985)

- Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, 298.
Loy type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, 320.
Directive du Conseil des Communautés Européennes relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, 362.

NOTICIAS CEE

Número 35 (Diciembre 1987)

- Libre circulación de mercancías y derechos de propiedad industrial (patentes de invención y marcas) en la Comunidad Económica Europea*, por EDUARDO GALÁN CORONA, pág. 11.
La comunicación de know how y la política de la competencia en la CEE, por JOSÉ MASSAGUER FUENTES, pág. 23.
Notas sobre el Reglamento 2439/1984 de la CEE relativo a los acuerdos de licencia de patentes, por MANUEL BOTANA AGRA, pág. 45.
El Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT), por ALBERTO CASADO CERVIÑO, pág. 65.
El proyecto de Reglamento sobre la Marca Comunitaria, por ENRIQUE ESPINEL MELGAR, pág. 77.
El Reglamento de Ejecución de la Ley de Patentes, por JESÚS GÓMEZ MONTERO, pág. 85.
Los Convenios Europeos de Patentes: El Convenio de Munich sobre la patente europea y el Convenio de Luxemburgo sobre la patente comunitaria, por SUZANNE JESSEL, pág. 93.
La nueva Ley española de Patentes, por JOSÉ MANUEL OTERO LASTRES, página 105.
El Derecho de la publicidad en la CEE, por JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE, página 115.
La reforma del Derecho español de la publicidad y nuestra adhesión a las Comunidades Europeas, por CARLOS LEMA DEVESA, pág. 121.
Crónica tributaria de la CEE (II), mayo-julio de 1987, por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 131.
El criterio del Tribunal de Justicia en la aplicación de las normas comunitarias de la competencia a la práctica comercial de los contratos de distribución selectiva, por JOSÉ ANTONIO GIRÓN LARRUCEA, pág. 149.
Incumplimiento de una sentencia del Tribunal de Justicia por un Estado miembro, por ROSARIO HUESA VINATXA, pág. 159.
Modificación de los montantes compensatorios monetarios sin responsabilidad extracontractual de la Comunidad, por MARÍA DOLORES LÓPEZ GÓMEZ, pág. 163.

Número 36 (Enero 1988)

- El Reglamento 1408/1971. Principios de ordenación*, por BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ, pág. 11.

- La exportabilidad de los suplementos por mínimos contemplados en el artículo 50 del Reglamento 1408/1971 y su incidencia en la legislación española*, por FIDEL FERRERAS ALONSO, pág. 23.
- Normas de Seguridad Social contenidas en el Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Europea*, por EMILIO GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, página 31.
- Seguridad Social: causas más generales de revisión de resoluciones al amparo de los artículos 94 y 95 del Reglamento 1408/1971*, por JOSÉ LUIS NUÑO RUBIO, pág. 43.
- Significado y valoración de las normas bilaterales concertadas previamente con otros Estados miembros y recogidos en el Tratado de Adhesión*, por BERNARDO DÍEZ RODRÍGUEZ, pág. 49.
- Observaciones al proyecto de modificación del Reglamento 1408/1971 para incorporar en él las prestaciones no contributivas. Incidencia en la legislación de protección social española*, por MARÍA LIDÓN NEBOT LOZANO, pág. 55.
- La aplicación de los reglamentos en relación con los regímenes de Seguridad Social independientes*, por FIDEL FERRERAS ALONSO, pág. 67.
- La Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Su incidencia en la legislación española*, por JOSÉ IGNACIO TEJERINA ALONSO, pág. 75.
- La Seguridad Social española y la Directiva del Consejo 80/987/CEE, de 20 de octubre, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario*, por BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ, página 83.
- El principio de igualdad de trato hombre-mujer en los regímenes profesionales de Seguridad Social*, por PURIFICACIÓN VERDES LÓPEZ-DIÉGUEZ, página 93.
- Directiva del Consejo relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como protección de la maternidad*, por MARÍA LIDÓN NEBOT LOZANO, pág. 103.
- Comentario a las normas sobre armonización legislativa en materia de descansos parentales y descansos por razones familiares. Aspectos de Seguridad Social*, por JUAN CARLOS ARCE GÓMEZ, pág. 109.
- Recomendaciones referentes a la adopción de una lista europea de enfermedades profesionales. Su consideración en relación con la lista española*, por FIDEL FERRERAS ALONSO, pág. 115.
- Recomendación sobre el empleo de los minusválidos*, por JOSÉ LUIS ALFONSO RIESCO, pág. 127.
- Recomendaciones comunitarias sobre flexibilidad de la jubilación. Comentarios desde la perspectiva española*, por AURELIO FERNÁNDEZ LÓPEZ, página 135.
- La marginación social en las Comunidades Europeas*, por LUIS VILA LÓPEZ, página 147.
- Estudios y propuestas sobre los problemas demográficos y su reflejo en la Seguridad Social*, por JOSÉ LUIS ACHURRA APARICIO y MARÍA TERESA QUÍLEZ FÉLEZ, pág. 157.
- Financiación de la protección social en los países de la CEE*, por MARÍA TERESA QUÍLEZ FÉLEZ y JOSÉ LUIS ACHURRA APARICIO, pág. 165.

- Estudio de la Comisión CEE sobre los regímenes especiales de Seguridad Social. Aplicación de sus observaciones al caso de España*, por BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ, pág. 175.
- Armonización estadística en materia de Seguridad Social; su aplicación por España*, por ALFONSO BARRADA, pág. 183.
- Organización administrativa comunitaria competente en materia de Seguridad Social*, por EMILIO GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, pág. 205.

