

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXIII ⊙ Marzo-Abril 1987 ⊙ Núm. 579

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. Ginés Cánovas Coutiño.
- 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:

«Consideraciones sobre el artículo 2 del vigente Reglamento de Inversiones Extranjeras», por JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD	257
«Los elementos personales y reales del pago», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	337
«Licencias urbanísticas y ondas hertzianas», por LUCIO LIAÑO BASCUÑANA.	413

DICTAMENES Y NOTAS:

«El Acta Unica Europea», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	435
--	-----

ACTUALIDAD JURIDICA:

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	499
---	-----

JURISPRUDENCIA:

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	509
II. Resoluciones de la Dirección General, por JOAQUÍN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, ALFONSO PRESA DE LA CUESTA, JUAN PABLO RUANO BORRELLA y JORGE SALAZAR GARCÍA	517
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
a) Parte general y Derechos Reales, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	555
b) Obligaciones y Contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA ...	564
c) Arrendamientos Rústicos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ.	570
d) Familia, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	577
e) <i>Sucesiones</i> , por FRANCISCO CASTRO LUCINI	584
2. Jurisprudencia Mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS ...	601

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«Estudios sobre extranjería», de J. ANTONIO MIQUEL CALATAYUD, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	619
«Código de Legislación Hipotecaria y Registro Mercantil», de JOSÉ MARÍA GARCÍA GARCÍA, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	621
«Uso, habitación y vivienda familiar», de J. RAMS ALBESA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	624
«Estudios de Derecho de Obligaciones», por A. CRISTÓBAL MONTES, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	630
«Introducción al Derecho Inmobiliario Registral», de A. CRISTÓBAL MONTES, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	634
REVISTA DE REVISTAS , por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	641

ESTUDIOS

o

o

1

2,

.

Consideraciones sobre el Art. 2 del vigente reglamento de inversiones extranjeras (*)

SUMARIO: I. COMENTARIO: A) Ideas generales. B) Cuentas extranjeras de pesetas convertibles. C) Cuentas de Ahorro del Emigrante. D) Cuentas bancarias de pesetas con Andorra. E) Cuentas corrientes postales. F) Las cuentas en pesetas ordinarias a turistas. G) Cuentas ordinarias de pesetas para contratos de obra. H) Cuenta de pesetas interiores: *a)* Ideas generales. *b)* Régimen jurídico-operativo de las cuentas extranjeras en pesetas interiores: *a')* Elementos subjetivos. *b')* Elementos objetivos y funcionales.—II. REGIMEN JURIDICO ACTUAL DE CUENTAS EXTRANJERAS: A) Condición del titular. B) Apertura y movilización de estas cuentas.—III. OTROS MEDIOS DE PAGO INVERSORES: A) Aportación de capitales no dinerarios. B) Aportación de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación extranjera: *a)* Introducción. *b)* Concepto. *c)* Régimen jurídico de la asistencia técnica y transferencia de tecnología. *d)* Análisis (apresurado) del Decreto 2343/1975, de 21 de septiembre. *e)* Ambito del Decreto: *a')* Introducción. *b')* Ambito subjetivo. *c')* Ambito objetivo. *d')* Ambito funcional. *e')* Localización. *f')* Presupuestos subjetivos. *g')* Presupuestos formales.—IV. APORTACION DE CUALQUIER OTRO MEDIO DE PAGO.

ARTICULO 2.º—CLASES DE APORTACIONES

Las inversiones extranjeras podrán realizarse mediante:

1. La utilización o aportación de capitales exteriores.

Tendrán la consideración de capitales exteriores los siguientes:

a) La aportación dineraria exterior en los supuestos y formas que a continuación se determinan.

Este trabajo fue en parte desarrollado en la conferencia que su autor pronunció el día 21 de noviembre de 1986 en el Centro de Estudios Hipotecarios de Castilla-La Mancha, en el ciclo de disertaciones atinentes a la exposición de advertencias doctrinales sobre «Legislación sobre extranjeros y Derecho Comunitario Europeo».

- b) La aportación directa a una empresa de equipo capital de origen extranjero.
- c) La aportación directa a una empresa de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación extranjeras.
- d) La utilización de cualquier otro medio, previa autorización administrativa.

1.1. Se considerará aportación dineraria exterior a la que se efectúe con los siguientes medios:

- a) Contravalor en pesetas de divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español.
- b) Pesetas procedentes de saldos de cuentas extranjeras de pesetas convertibles.
- c) En cualquier otro supuesto que la reglamentación sobre transacciones y transferencias con el exterior lo permita.

1.2. La valoración del equipo capital de origen extranjero, que habrá de ser empleado por la propia empresa será, como máximo, igual a la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido correspondiente a su importación. Esta deberá realizarse con cumplimiento de las formalidades exigidas reglamentariamente.

1.3. La aportación de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación extranjera habrá de hacerse previo el control que corresponda de sus contratos y su valoración por los organismos competentes.

2. La utilización o aportación de capitales interiores, previa autorización administrativa. No obstante, las sociedades españolas con participación extranjera en su capital y las sucursales o establecimientos de sociedades extranjeras podrán utilizar, sin necesidad de dicha autorización, los saldos de sus cuentas de pesetas ordinarias para efectuar inversiones extranjeras en España.

I. COMENTARIO

A) IDEAS GENERALES

Este precepto viene a explicitar, enumerativamente, los posibles instrumentos patrimoniales cuya utilización en España sea constitutiva del especial régimen jurídico consustancializado con el concepto de «inversión extranjera», considerando en tal sentido como tales así los encua-

drables dentro de la noción técnico-financiera de «capital exterior» como la de «capital interior», conceptos contables a los que dedica, respectivamente, los apartados 1 y 2.

Por lo tocante al primeramente expuesto —el aludido «capital exterior»—, su definición aparece impregnada de notables dosis de genericidad y omnicomprensividad, abarcando ora medios de inversión de tipología genuinamente crematística —aportación dineraria exterior— ora otras que no reúnen tales características de liquidez —el resto de los previstos en el apartado 1 del artículo supraescrito.

Por lo atinente a la calificada «aportación dineraria exterior», en suma, dinero efectivo, créditos, efectos, es decir, metálico o documentos representativos del mismo, procedente de allende nuestras fronteras que sea signo monetario en otros países, y que resulten funcionalmente operativos en el nuestro a través de su introducción en su mercado oficial de divisas, el apartado 1.1 del artículo que estamos viendo viene a establecer una tríada de posibilidades pecuniarias subsumibles hipotéticamente en la locución denotativa antes mencionada de «aportación dineraria exterior». Tales son:

- Contravalor en pesetas de divisas convertibles legítimamente cotizables en los adecuados circuitos financieros españoles.
- Pesetas procedentes de saldos de cuentas extranjeras de pesetas convertibles.
- Cualquier otro supuesto que se halle autorizado por la reglamentación pertinente sobre transacciones y transferencias al exterior.

En realidad, la trilogía aludida puede ser reducida a un solo elemento económico a considerar, si bien instrumentado operativamente de modo plúrimo, toda vez que la indicada «aportación dineraria exterior» no es sino la utilización en los circuitos económicos internos de un congruente resultado pecuniario en pesetas, derivado, en definitiva, de un previo y legítimo proceso de conversión de divisas extranjeras admitidas a cotización oficial en nuestro sistema financiero, conceptuándose la «convertibilidad» —elemento esencial a tener en cuenta para la correcta comprensión de esta temática— como la posibilidad que tienen ciertas monedas extranjeras de ser cambiadas, de acuerdo con tipos y tasas oficialmente establecidos, por el signo monetario español en los mercados controlados de divisas.

Por lo que atañe a España, superadas las iniciales dificultades económicas de la posguerra civil, es de notar que se adhirió al Fondo Monetario Internacional en 1958, acaecimiento histórico de fecunda consecuencia, que cristalizó, por lo que ahora nos concierne peculiar-

mente, en el Decreto 1146/1961, de 15 de julio, propiciador normativo de la convertibilidad exterior de la peseta, texto reglamentario que en línea con lo programáticamente propugnado por el Decreto-ley 10/1959, de 21 de julio, de Ordenación Económica, vino a cancelar definitivamente el régimen de autarquía e «interiorismo» de la política económica nacional hasta entonces seguida, iniciando, al respecto, otra de corte tendencialmente liberal, cuyos hitos históricos de impronta jurídica más relevante fueron una Resolución de 19 de julio de 1961 del entonces vigente IEME, que concretó el alcance y sentido de la mencionada declaración de convertibilidad de la peseta (desarrollada, a su vez, por la Circular 260, dimanante, también, del IEME, de 26 de agosto de 1969), y cuya vigencia perduró hasta que fue dictada la Orden del Ministerio de Hacienda de 16 de marzo de 1973 (interpretada auténticamente por la Circular 287, procedente del IEME, de 23 de marzo de 1973), de enorme resonancia en la materia del Control de Cambios, toda vez que a través de la misma se impuso un criterio de racionalización en toda esta intrincada problemática, estableciéndose, concretamente, el entonces innovador sistema de cuentas A («cuenta extranjera en pesetas para pagos en España») y B («cuentas extranjeras en pesetas convertibles»), constituyendo el pivote de basculación del esquema financiero representado por tal dicotómica posibilidad el que los saldos de tales cuentas pudieran ser convertidos en divisas, cosa admisible respecto de las cuentas B y rigurosamente prohibida en cuanto a las A, cuyos fondos sólo podían utilizarse en los circuitos financieros interiores. (Régimen que coexistió con las cuentas corrientes de pesetas interiores introducidas en nuestros esquemas financieros por la Resolución del IEME de 19 de julio de 1961, y que fueron objeto de nueva regulación por otra procedente del mismo Organismo de 8 de marzo de 1972.)

Tal dúplice posibilidad de instrumentación bancaria a estos efectos mantuvo su vigencia hasta la Orden del Ministerio de Economía y Comercio de 23 de enero de 1981, que suprimió la dualidad jurídico-contable originada por la anteriormente citada, al imponer un único tipo de cuenta extranjera, refundidora de las dos hasta entonces plausibles, denominándose el mismo «cuenta extranjera en pesetas convertibles».

Recientemente se dictó el Real Decreto 1723/1985, de 28 de agosto, simplificando y unificando el sistema de cuentas extranjeras en pesetas, el cual, tras aludir en su Preámbulo a la esencial complejidad de los esquemas bancarios propuestos por la Orden de 16 de marzo de 1973, que acabamos de citar («El proceso de simplificación y liberalización de nuestro Control de Cambios aconseja una modificación sustancial del sistema de cuentas extranjeras en pesetas, que queda reducido a dos tipos

de cuentas: Las que gozan de convertibilidad [cuentas de pesetas convertibles] y aquellas que carecen de esta facultad [cuentas de pesetas ordinarias de no residentes]»), dispuso en su artículo 1.º que:

«Las cuentas en pesetas a nombre de personas físicas o jurídicas no residentes en España adoptáran una de estas dos modalidades: Cuentas extranjeras de pesetas convertibles o cuentas extranjeras de pesetas ordinarias».

Así pues, a partir de la entrada en vigor del aludido Real Decreto —1 de enero de 1986— los no residentes en España, personas físicas o jurídicas, indistintamente, únicamente podrán devenir titulares alternativos (y excepcionalmente conjuntos) de cuentas extranjeras en pesetas convertibles u ordinarias, integrándose en tales categorías las cuentas hasta entonces existentes, tal como previene el artículo 2.º de dicho Real Decreto, según el cual:

«En la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto, las Entidades delegadas del Banco de España en materia de control de cambios (Entidades delegadas) traspasarán automáticamente a una de las dos modalidades de cuentas a que se refiere el artículo 1.º los saldos de las cuentas en pesetas que tengan abiertas en sus libros a no residentes, según el siguiente criterio:

a) ° A cuentas extranjeras de pesetas convertibles:

- Cuentas de ahorro del emigrante.
- Cuentas bancarias de pesetas con Andorra.
- Cuentas corrientes y de ahorro postales.

b) A cuentas extranjeras de pesetas ordinarias:

- Cuentas extranjeras de pesetas interiores.
- Cuentas en pesetas ordinarias a turistas.
- Cuentas ordinarias de pesetas de contratos de obra».

Partiendo de este repunte unificador, impuesto por el Real Decreto últimamente citado, y que con posterioridad examinaremos con más detalle, tengo que poner de relieve que con la finalidad de conseguir una visión globalizadora de esta temática, voy a efectuar un breve recorrido exegético por lo que fue el régimen jurídico de las cuentas ahora desleídas en alguna de las categorías implantadas por el mismo, panorámica de exposición ineludible para el correcto pergeño analítico del presente preceptual, representando en la materia por el Real Decreto 1723/1985, cuya glosa constituirá el adecuado epílogo descriptivo de toda esta problemática.

B) CUENTAS EXTRANJERAS DE PESETAS CONVERTIBLES

Sólo formalmente puede decirse que estas cuentas hayan desaparecido subsumidas en la nueva clase propiciada por el Real Decreto últimamente aducido, ya que, en suma, su texto genetiizador y regulador —la mencionada Orden de 23 de enero de 1981— ha sido expresamente declarado en vigor por el citado Decreto en su artículo 3.º («Las cuentas extranjeras de pesetas convertibles continuarán rigiéndose por lo establecido en el Decreto 1146/1961, de 15 de julio, y en la Orden de 23 de enero de 1981»). De todos modos, es evidente que su ámbito objetivo ha sido considerablemente ampliado, quedando sometido al régimen propugnado por tal Orden, no sólo las auténticas y pristinas cuentas extranjeras en pesetas convertibles, sino también las anteriormente dichas al transcribir el artículo 2.º del Real Decreto 1723/1985. Desde este punto de vista sí que podría decirse que la categoría instaurada por el indicado Real Decreto es una novedad respecto al régimen anterior (aparte del dato derivado de la semántica legal utilizada, ya que en el referido Real Decreto se habla de «cuenta extranjera *de* pesetas convertibles», mientras que en la Orden últimamente aludida se utiliza la expresión de «cuenta extranjera *en* pesetas convertibles»).

En suma, sean las primigenias cuentas, o bien sus herederas directas, lo cierto es que las mismas han desempeñado un papel estelar en la historia normativa de la temática enraizada con el Control de Cambios y sus derivaciones consecuenciales (inversiones extranjeras), siendo creadas, concretamente, por la Orden de 23 de enero de 1981, que vino, como antes adujimos, a unificar la disyuntiva habilitada por la Orden de 16 de marzo de 1973, texto preceptual al que también nos referimos con anterioridad.

Tal Orden —la de 1981—, que, como sabemos, ha sido expresamente declarada en vigor por el artículo 3.º del Real Decreto 1723/1985, debería ser estudiada, tal como anunciamos, al final de estas consideraciones por representar el régimen ordinamental en la materia, vigente en la actualidad, dada la remisión que a la misma efectúa el pluricitado Real Decreto 1723/1985. De todos modos, como su estudio podría encajar, del propio modo, en las coordenadas historicistas que anteriormente anunciamos, preferimos analizarla ahora, y remitirnos después a lo que de inmediato vamos a decir.

La referida Orden, tras justificar su promulgación en el Preámbulo, sienta, con indisimulado afán liberalizador, en su artículo 1.º, que:

«1. Las Entidades delegadas quedan facultadas para, sin previa autorización del Banco de España, abrir en sus libros cuentas acreedoras

a la vista, de ahorro o a plazo, denominadas en pesetas convertibles a nombre de personas físicas o jurídicas no residentes (en adelante, "cuentas extranjeras en pesetas convertibles") en los términos establecidos por la presente Orden.

2. Las citadas cuentas deberán revestir la forma de depósitos a la vista, de ahorro, o imposiciones a plazo denominadas en pesetas convertibles. La obtención de recursos en pesetas convertibles bajo forma distinta requerirá la previa autorización del Banco de España. Especialmente queda sujeta a este requisito la creación o transmisión a no residentes de certificados de depósito denominados en pesetas.

3. Los saldos de las cuentas a que se refiere el apartado anterior serán libremente convertibles mediante su venta en el mercado español de divisas de contado».

El precepto transcrito aborda, con evidente ánimo progresivo, la regulación de las cuentas erigidas por la Orden en cuestión, resultando el mismo de su párrafo 1, que concede una autorización genérica, de tipología preceptual e impersonalizada, para verificar la apertura de las mismas siempre que el protagonista bancario sea una Entidad delegada, y su específica instrumentación se efectúe a base de una cuenta acreedora a la vista, de ahorro o a plazo, abrimiento que únicamente puede reconocer como titular a un «no residente» en España —persona física o jurídica—, atribuyéndose, ineludiblemente, una connotación administrativa a tal calificación.

De todos modos de intervención funcionarial habilitante no queda descartada de modo absoluto, como lo demuestran los condicionamientos articulados en el referido precepto, cuando prevé, en su párrafo 2, la admisible obtención de recursos en pesetas, de forma distinta a la programada en dicho artículo, imponiéndose, al efecto, la previa e inevitable autorización del Banco de España. También se trasluce el mismo criterio restrictivo en el último párrafo, cuando, al estipular la convertibilidad de los saldos de las cuentas extranjeras, sólo permite que ésta acontezca mediante su venta, y al contado, en el mercado español de divisas, pedimento preceptivo que intenta conjugar una pretendida, y efectivamente conseguida, liberalización en este sector —declaración de convertibilidad de los aludidos saldos— con un imprescindible control —venta al contado en los mercados oficiales españoles de divisas de las pesetas a convertir.

En todo caso resulta obvio que la Orden que estamos desmenuzando interpretativamente debe conectarse a un evidente propósito liberalizador, si bien comedido y pautado, siendo una acabada muestra de ello el

contenido preceptuador que resulta de su artículo 2.º, encargado de precisar las operaciones al crédito y débito admisibles respecto a tales cuentas, y que pueden ser libremente efectivizadas, sin necesidad de demandar ningún tipo de autorización. Así, y por lo relativo a las primeras, el citado artículo sienta que:

«1. Las cuentas extranjeras en pesetas convertibles podrán ser libremente movilizadas por las citadas Entidades delegadas por los siguientes conceptos:

— Operaciones al crédito de las cuentas:

a) Por el producto de venta por no residentes de divisas convertibles en el mercado español de divisas.

b) Por pagos de residentes a no residentes, por cualquier concepto de Balanza de pagos que a tenor de las normas vigentes o en virtud de autorización específica sean transferibles al exterior.

c) Por los intereses devengados por las propias cuentas extranjeras en pesetas convertibles.

d) Por trasposos con adeudo a otra cuenta extranjera en pesetas convertibles.

Respecto a tal bloque preceptual exhaustivamente enumerativo, tengo que decir que el apunte contable previsto en el párrafo a) del precepto supraescrito se identifica de forma estadísticamente mayoritaria con el prototípico asiento determinante de la atinente apertura de la cuenta concreta de que se trate. Por lo tocante al párrafo siguiente, o sea, el b), puede encajarse en el mismo cualquier supuesto en que el titular de la cuenta —en virtud de una relación crediticia de diversa factura debidamente autorizada— resulte acreedor satisfecho en virtud de la pertinente *solutio* ejecutada por un residente en su favor, acreditándose la misma a través de la correspondiente cuenta extranjera en pesetas convertibles. El párrafo b), al que aludimos, sólo contempla el cobro que se instrumente bancariamente, y cuyos protagonistas sean un no residente acreedor —nacional o extranjero, persona física o jurídica— a quien satisfaga su legítimo crédito —legitimidad administrativa a tenor de la legislación disciplinante de Control de Cambios— un residente, persona natural o colectiva, nacional o extranjera residente en España; de todos modos, las plausibles empirias trayecticias de fondos entre no residentes también pueden proyectarse bancariamente a través de su adecuada instrumentación en una cuenta extranjera en pesetas convertibles que el acreedor (no residente) tenga abierta previamente a su favor, siendo ello factible tanto si la suma pagada procede realmente del exterior como si

la cantidad que se abonó efectivamente es consecuencia contable de un traspaso procedente de otra cuenta extranjera en pesetas convertibles. De todos modos, tales situaciones desplazantes, ambas, de fondos, si bien representan por igual un acrecentamiento cuantitativo del saldo de la cuenta destinataria de tales incrementos, no acreditan, por el contrario, un común denominador intrínseco, toda vez que en el primer caso existe una efectiva aportación dineraria exterior, cosa que, evidentemente, falta en el segundo, distinción cualitativa de considerable enjundia y envergadura operacional en el entorno de la inversión extranjera.

A fin de concluir acertadamente con este breve apunte expositivo, referente a la determinación de las admisibles —y tasadas— operaciones al crédito de las cuentas extranjeras en pesetas convertibles, tengo que poner en evidencia la hilativa imbricación preceptual que media entre el apartado *c)* del artículo cuyo comentario estamos efectuando, y el artículo 5.º del mismo cuerpo normativo, según el cual:

«Los tipos de interés abonables a las cuentas extranjeras de pesetas convertibles serán libremente establecidos por las Entidades delegadas».

Por lo relativo a la concreción de las operaciones —libres— al débito de las cuentas que estamos examinando, el artículo 2.º, al que nos estamos refiriendo, sienta en su párrafo 2 que:

«Operaciones al débito de las cuentas:

e) Por el importe de las compras de divisas convertibles o billetes extranjeros realizadas en el mercado español por los titulares de las cuentas.

f) Por pagos a favor de residentes por cualquier concepto de Balanza de pagos, tanto en efectivo como mediante abono en una cuenta de pesetas ordinarias. Tales pagos surtirán los mismos efectos que los realizados en divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español.

g) Por disposiciones en efectivo a tenor del propio titular de la cuenta o de otro no residente. Las cantidades así dispuestas perderán la condición de convertibles.

h) Por traspasos con abono a otra cuenta extranjera en pesetas, cualquiera que sea la naturaleza de la misma».

Del precepto supraescrito se desprende que el párrafo *e)*, que inicia la lista de las operaciones autorizadas al débito de las cuentas que estamos ahora examinando, viene a constituirse en el paradigma opera-

tivo y teleológicamente justificador de la propia existencia de las aludidas cuentas, constituyendo, en suma, la última y decisiva *ratio* de las mismas.

Los otros tres párrafos —el *f*), el *g*) y el *h*)— contemplan, permisivamente, supuestos en los que, de distinta manera, se provoca una disminución cuantitativa de la cuenta tomada en consideración, convirtiéndose la cantidad dispuesta en la hipótesis prevista en el párrafo *f*), en pesetas ordinarias; en la *g*), en pesetas interiores, y manteniendo la misma calificación de convertibles en la prevista en el párrafo *h*).

Continúa el artículo 2.º, que ahora nos entretiene, señalando en su párrafo 2, que:

«Cualquier otro abono o adeudo por concepto distinto de los mencionados en el número anterior requerirá previa autorización del Banco de España».

A través del párrafo que acabamos de literalizar se conforma la necesidad de que cualquier otra movilización de las cuentas extranjeras de pesetas convertibles, que escapen del marco tasado de la congregación de supuestos liberalizados, contenida en los párrafos 2 y 3 del apartado 1 del artículo 2.º que estamos contemplando, obtenga la pertinente autorización administrativa, que será, en su caso, discernida por el Banco de España.

Concluye la preceptiva que estamos comentando, imponiendo en su apartado 3.º, que:

«Las cuentas extranjeras en pesetas convertibles no podrán arrojar saldo deudor, salvo por descubiertos transitorios de correo», siendo esta prohibición una constante histórica en la regulación de las cuentas extranjeras.

Por su parte, el artículo 3.º señala que:

«1. La condición de no residente de los titulares de las cuentas deberá acreditarse en la forma establecida en el punto 2 del artículo 9.º del Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, sobre régimen jurídico del Control de Cambios. La continuidad en la condición de no residente deberá confirmarse anualmente.

2. Cuando un no residente, titular de una cuenta en pesetas convertibles, adquiera la condición de residente, o no confirme su continuidad, la Entidad delegada cancelará de oficio dicha cuenta extranjera en pesetas convertibles. En caso de que se trate de un depósito a plazo fijo, la cancelación se producirá a su vencimiento. En ambos casos, la Entidad delegada requerirá al titular de la cuenta extranjera cancelada para que indique el destino que ha de darse a los fondos».

Por lo que concierne al primer párrafo del artículo que estamos parafraseando, tengo que señalar que la condición de no residente (administrativamente concebida) es esencial para que la persona jurídica o física, nacional o foránea, pueda devenir titular de una cuenta extranjera en pesetas convertibles, acreditándose tal fundamental condición, sobre la que pivota, en lo básico, el sistema español de Control de Cambios (que delega a un papel asaz secundario el *status* de «español o extranjero» del afectado por el mismo), de conformidad con lo estipulado por el punto 2 del artículo 9.º del Real Decreto 2402/1980, precepto que retendrá nuestra atención en los comentarios que subseguirán en las páginas a venir de este trabajo, a las que nos remitimos.

El segundo párrafo aborda la hipótesis de que el titular no mantenga la condición de «no residente» (o sea, que adquiriera la oportuna residencia en España), en cuyo supuesto, la Entidad delegada, depositaria de los fondos, deberá proceder de oficio a la cancelación de la misma, dándose a sus fondos el destino pretendido por el que fue su titular, y que puede consistir bien en su traslado definitivo al exterior, previa la oportuna (y última conversión de su saldo) o bien al acreditamiento de los mismos, como primera partida de abono, en una cuenta de pesetas ordinarias, que al efecto se abre, y que es la única a la que puede tener acceso en el territorio nacional en virtud de su recién adquirida condición de «residente».

En aquellos supuestos en que no se compruebe la continuidad en la calidad de «no residente» —confirmación que debe efectuarse anualmente, tal como ordena el inciso último del apartado 1 del artículo que estamos analizando—, sucede otro tanto que cuando el cambio de residencia ha sido comprobado. De todos modos, la situación cancelatoria que se produce *ex officis* en el supuesto de falta de adveración, puede revocarse cuando ésta se produzca aunque sea tardíamente, cosa que no acaece, por razones obvias, en la hipótesis de cambio efectivo y comprobado de la situación de «no residente» a «residente» en el territorio nacional.

En aquellos supuestos de que la cuenta extranjera en pesetas convertibles haya adoptado la configuración operativa de depósito a plazo fijo, la cancelación que debe producirse *ministerio legis* en las hipótesis anteriormente articuladas se demorará hasta la fecha de su vencimiento, tal como, del propio modo, se desprende del párrafo 2 del artículo, cuyo análisis estamos desarrollando en estas líneas.

Siguiendo con la preceptiva de la Orden en cuestión, tengo que poner de relieve que el artículo 4.º de la misma impuso un tajante cambio normativo en la materia, sin período intersticial de contenido transitorio

que permitiese una sustitución más pausada en este ámbito financiero, ya que tal regla sentó que:

«A la entrada en vigor de la presente Orden ministerial (hecho que sucedió el día de su publicación en el *BOE* que fue el 27 de enero de 1981, tal como previó el artículo 9.º de dicha Orden), las cuentas extranjeras en pesetas para pagos en España (cuentas A) y las cuentas extranjeras en pesetas convertibles (cuentas B), establecidas por la Orden ministerial de 16 de marzo de 1973, adquirirán la condición de cuentas extranjeras en pesetas convertibles, reguladas por la presente disposición».

Por su parte, el artículo 6.º de la Orden que estamos glosando, viene a sentar el carácter absolutamente imperativo de las normas contenidas en la misma, engarzando su presunto incumplimiento con el entorno sancionador previsto en la legislación del control bancario y de cambio, siendo sus palabras literales las siguientes:

«Las normas previstas en la presente disposición son de obligada observancia. Su incumplimiento será sancionado de acuerdo con lo establecido en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios y disposiciones complementarias, sin perjuicio de la aplicación de las normas de disciplina bancaria y demás legislación vigente».

Continuando con el articulado de la Orden que nos ocupa, es notable el poder normativo que se delega en el Banco de España, ya que según el artículo 7.º de la misma:

«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) Determinar el procedimiento de devolución de los depósitos obligatorios establecidos al amparo de la Orden ministerial de 21 de junio de 1978».

Concluye el conjunto prescriptivo que estamos escrutando, con los artículos 9.º —visto antes—, indicativo de la entrada en vigor inmediata (el mismo día de la publicación de la Orden que exige nuestra atención), y el 8.º, que contiene la clásica fórmula derogatoria, devenida ya de estilo en la promulgación de toda suerte de disposiciones legales, y que combina la abrogación expresa y la tácita, imponiendo tal precepto, en suma, que:

«Quedan derogadas las Ordenes ministeriales de 16 de marzo de 1973 (por la que se regulan los depósitos obligatorios en el Banco de España y los abonos y adeudos que los Bancos y demás Entidades de crédito podrán efectuar en las cuentas extranjeras en pesetas), de 21 de junio de 1978 (por la que se establecían transitoriamente depósitos obligatorios sobre los incrementos de las cuentas extranjeras para pagos en España y las cuentas extranjeras en pesetas convertibles) y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Orden ministerial».

C) CUENTAS DE AHORRO DEL EMIGRANTE

Fueron creadas por el Decreto 3259/1970, de 29 de octubre, texto normativo a su vez desarrollado por la Orden del Ministerio de Hacienda de 21 de diciembre del mismo año, y por la Circular operativa procedente del antiguo IEME de 18 de enero de 1971.

Señalan D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU en su obra *Control de Cambios* (Edersa, Madrid, 1982), página 250, que:

«El objeto de estas disposiciones era dispensar un trato especial a los emigrantes españoles en el extranjero, permitiéndoles disponer de cuentas en pesetas que disfrutarán de la suficiente movilidad para pagos en España y para reintegros al extranjero, cosa que con el sistema normal de cuentas extranjeras en pesetas (convertibles e interiores) no se lograba plenamente».

Así pues, el objetivo prioritario deseado con el establecimiento de tales cuentas consistía en la erección de un sistema ágil en cuanto a su instrumentación funcional, desprovisto de las rigideces que enconsertaban el entonces vigente de pesetas convertibles, pretendiéndose, con tales cuentas de ahorro del emigrante, una conjugación simétrica y ponderada del derecho a la convertibilidad de los saldos de las mismas, y de la facultad de ordenar disposiciones en pesetas ordinarias, característica de las cuentas cifradas en tal signo monetario.

Debemos reseñar al respecto que en la consecución de tales objetivos se insertó teleológicamente la preceptiva resultante del Decreto 1222/1977, de 13 de mayo (Ministerio de Hacienda), derogante de la anteriormente mencionada de 1970, y que ha permanecido obligando hasta la entrada en vigor del Decreto 1723/1985, conjunto prescriptivo que alude textualmente a tal esquema regulador como específico destinatario de su eficacia abrogante.

Por lo que se refiere a las Entidades crediticias, presuntas destinatarias de los fondos integrantes de las cuentas a las que nos venimos refiriendo, el artículo 1.º del Decreto 1222/1977 autorizaba, en tal sentido, a los Bancos privados, al Banco Exterior de España, a las Cajas de Ahorro Confederadas y a la Caja Postal de Ahorro, imponiendo que las cuentas que fueren abiertas al efecto estuvieren cifradas en pesetas, y se instrumentasen bajo la modalidad de Libretas individuales de Ahorro (norma 1 de la Circular 273), exigiéndose para proceder a la apertura de las indicadas Libretas todo el conjunto documental previsto por la Orden de 21 de diciembre de 1970.

Por lo relativo a la concreción de los presuntos titulares de tales cuentas, éstos deberían ser, exclusivamente, los emigrantes de nacionalidad española, en tanto residan y realicen su trabajo en el extranjero (artículo 2.º del Decreto de 1977), siendo, pues, dos los presupuestos subjetivos existenciales para la viabilidad de las cuentas que nos ocupan: la residencia en el exterior y la nacionalidad española de su titular, requisitos operativos que, no obstante, fueron ampliamente matizados por la Circular 15/1980 de la DGTE, de 1 de marzo, conferitiva de la calidad de hipotéticos titulares de pleno derecho de las cuentas que estamos viendo a los marinos mercantes y pescadores españoles que presten sus servicios en buques extranjeros, siempre que en ellos concurren todos los presupuestos subjetivos habilitantes en general, impuestos por las reglas atañentes a las cuentas referidas.

Por lo concerniente a la movilización concreta de las mismas, la Circular 273 del antiguo IEME, desarrollando el contenido del artículo 4.º del Decreto 1222/1977, precisa que las imposiciones o ingresos que pueden tener como destino contable las referidas cuentas eran las siguientes:

1) En divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español.

2) En pesetas convertibles, por adeudo en cuenta extranjera de pesetas convertibles.

3) En pesetas procedentes de giro postal, a nombre de un Banco o Caja, y sólo en cuanto a las que procedan de países de moneda convertible.

4) En divisas no admitidas a cotización en el mercado español, transformables en pesetas de conformidad con el contenido ordinamental de la Circular 256.

5) De acuerdo con lo estipulado en la Circular antes aludida 15/1980 de la DGTE. los marinos mercantes y pescadores españoles embar

cados en buques extranjeros se hallan legitimados para ingresar pesetas ordinarias en sus respectivas cuentas de ahorro del emigrante, si sus haberes son pagados con tal signo monetario por mediación de un consignatario residente en España.

A su vez, y por lo referente al capítulo de los adeudos a efectivizar en las cuentas que nos entretienen en estos momentos, la aludida Circular 273 señalaba que los saldos de las mismas tendrán la consideración de reintegrables en divisas, fórmula de locución pareja a la contenida en el Decreto 1222/1977, que señalaba que los saldos de las cuentas de ahorro del emigrante poseían la categoría ontológica de «pesetas convertibles».

Ahora bien, y esto es lo más peculiar de las cuentas que nos ocupan, tales saldos asumían la configuración dúplice de ser reintegrables en divisas o en pesetas, dependiendo tal alternativa financiera de que la disposición movilizadora de los mismos procediese del propio emigrante o de las personas integrantes de su familia próxima (en relación con el mismo hasta el segundo grado), siempre que uno y otras residiesen en el extranjero, o bien fuere decidida por determinadas personas, autorizadas debidamente por el propio titular, residentes en España, o por el mismo emigrante cuando lleve más de un año en el territorio nacional.

D) CUENTAS BANCARIAS DE PESETAS CON ANDORRA

Con la finalidad de canalizar adecuadamente la fluidez crematística derivada de las intensas relaciones comerciales que mantiene nuestro País con Andorra, lugar en donde los billetes del Banco de España son moneda de curso legal y plenamente liberatorios, se establecieron por la Circular 283 de 8 de marzo de 1972 tales cuentas, en definitiva «cuentas *clearing*» entre Bancos españoles y andorranos, que se nutrían con las pesetas remesadas desde el Principado con las que fuere lícito efectuar cobros y pagos (bancariamente exteriorizados en abonos y adeudos) en ambas direcciones, siendo características sustanciales de tales cuentas la imperiosa necesidad de contar, para su apertura, con la pertinente autorización individual de la DGTE, y el hecho institucionalmente consistente de que sus presuntos titulares debieran ser, de modo exclusivo, Entidades crediticias, pudiendo mobilizarse las mismas —en cuanto a los abonos a instrumentar a través de ellas, para el correspondiente pago de las importaciones procedentes de Andorra, y a favor de los residentes en dicho territorio—, a la vista de los justificantes expedidos por la Aduana de Seo de Urgel así como también para contabilizar el importe

de los billetes del Banco de España enviados directamente desde el Principado por el corresponsal del Banco delegado, siendo, del propio modo, admisibles los ingresos en cuenta de las sumas procedentes de otras cuentas similares.

En el débito debía contabilizarse todo pago corriente en España, excepto operaciones de capital, siempre que el obligado efectivamente al mismo sea una persona residente en Andorra, y que el beneficiario real y definitivo del reembolso sea otra domiciliada en España. Por otro lado, también deben figurar al débito de las cuentas que estamos viendo los importes traspasados a otras cuentas bancarias de pesetas con Andorra.

E) CUENTAS CORRIENTES POSTALES

Señalan D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU en su obra precitada, página 268, que:

«Hay que señalar —respecto a la naturaleza de tales cuentas—, como primera advertencia, que no se trata de un tipo de «cuentas extranjeras de pesetas» como las estudiadas en los apartados anteriores (relativos a las cuentas que ya hemos visto, y otras que estudiaremos a continuación), sino más bien una clase de cuentas en pesetas, tanto para residentes como para no residentes, que tienen su especialidad en la organización y en el servicio en que dichas cuentas se mantienen».

Se ocupaba concretamente de las mismas el artículo 9.º de la Orden del Ministerio de la Gobernación de 1 de marzo de 1973, por la que se aprobó el Reglamento de Servicio de Cuentas Corrientes Postales, precepto que dedicaba los párrafos 2 y 3 a su concreta regulación, según que reconociesen como titular, respectivamente, a un extranjero residente («2. Si la apertura fuese solicitada por un residente extranjero, será preceptiva la presentación del pasaporte o la autorización de residencia o, en su defecto, del documento acreditativo de su personalidad, legalizado por el representante diplomático o consular de su país.») o bien a un nacional residente en el extranjero («3. Los españoles residentes en el extranjero podrán justificar su personalidad, bien por el documento nacional de identidad, bien mediante la presentación del pasaporte o documento acreditativo expedido o legalizado por la representación diplomática o consular de España en el país de residencia»).

Señalan los autores aludidos que el precepto que hemos transcrito (ahora especialmente derogado por la disposición final segunda del Real

Decreto 1725/1985) planteó de inmediato un bloque de problemas de congénita insolubilidad, derivados, sobre todo, de la autorización indiscriminada que confiere al nacional no residente para la apertura de las cuentas que organiza, y de la constatación de que las pruebas exigidas por el artículo cuyos apartados 2 y 3 hemos literalizado, nos sirven, en realidad, para acreditar la condición de residente o no, problemas, en suma, derivados de la presunta confrontación de tal preceptiva con la normativa especial disciplinante del Control de Cambios, y que ahora han devenido obsoletos a consecuencia de la derogación antes mencionada.

F) LAS CUENTAS EN PESETAS ORDINARIAS A TURISTAS

De conformidad con la Orden de 30 de junio de 1979, que estableció el sistema de franquicias en el ámbito de la importación y exportación de billetes de banco españoles y divisas con ocasión de los viajes al exterior o a España, los no residentes traspasantes de nuestras fronteras podrían legalmente importar cualquier cantidad de billetes extranjeros (y hasta 100.000 pesetas en billetes del Banco de España), fondos destinados a costear los gastos de la estancia en nuestro país de sus propietarios (y su familia).

Partiendo de este dato, resulta evidente que no sería lógico obligar al no residente ubicado accidentalmente en nuestro país a conservar personalmente el erario introducido, por lo que era de todo punto necesario permitirle el acceso a alguna de las cuentas bancarias conformadas por nuestro esquema financiero.

Al respecto, D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU dicen en su obra, página 262, que:

«El problema surge entonces para constituir esta cuenta. No puede ser una cuenta ordinaria de pesetas, puesto que el titular no es residente.

Tampoco puede constituirse una cuenta extranjera de pesetas interiores sin autorización previa de la DGTE, que se requerirá además para todo abono posterior distinto de los autorizados con carácter general por la Circular 283. Y tampoco podrá constituirse una cuenta de pesetas convertibles puesto que las divisas ya fueron cedidas al mercado de divisas con aplicación al concepto de «turismo» y su contravalor en billetes del Banco de España entregado al interesado (aparte de que no se permiten los abonos en tales cuentas por el contravalor de billetes extranjeros)».

Ante tal obvia constatación, y a fin de facilitar la instrumentación bancaria de los fondos aportados por los no residentes en España (turistas) con contacto posesorio con el solar nacional, la Carta Circular de 14 de julio de 1972 (clarificadora de la Circular 283), estableció las denominadas específicamente «Cuentas en pesetas ordinarias a turistas», facultándose a las Entidades delegadas, de modo genérico, a abrir en sus libros cuentas corrientes o libretas de ahorro a nombre de turistas no residentes —personas físicas— bajo determinadas condiciones. Tales son:

- El saldo de estas cuentas debe resultar siempre acreedor.
- No puede exceder de 200.000 pesetas.
- No es transferible al exterior.

Según la preceptiva específica que estatuizaba su concreta articulación dinámica, las fuentes nutricias de las referidas cuentas eran, en definitiva, las siguientes:

— Las sumas que en billetes del Banco de España podían introducir legítimamente los no foráneos al franquear las fronteras españolas, cantidad monetaria limitada, según la Orden antes aludida, dimanante del Ministerio de Comercio y Turismo de 30 de junio de 1979 (BOE de 6 de julio del mismo año), a 100.000 pesetas *per capita* y viaje, cantidad ahora liberalizada en virtud de la procura prescriptiva establecida por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de mayo de 1985 sobre franquicias dinerarias de los viajes al extranjero (BOE de 3 de junio del mismo año), que sentó en su artículo 6.º que:

«No residentes:

1. *Entrada en territorio español.*—Los viajeros no residentes en España a su entrada en el territorio español podrán ser portadores:

1.1. Pesetas:

- De billetes del Banco de España de curso legal, sin límite de cantidad.
- De talones y cheques bancarios librados contra cuentas extranjeras de pesetas convertibles, sin límite de cantidad.
- De cheques de viajero denominados en pesetas, sin límite de cantidad.

Así pues, como la refundición de las cuentas que estamos, a *grosso modo*, analizando, en las nuevas cuentas extranjeras de pesetas ordinarias fue efectiva, según la disposición final tercera del Real Decreto 1723/

1985, de 28 de agosto, introductor de estas últimas, sólo a partir del 1 de enero de 1985, el abono en las cuentas de pesetas ordinarias a turistas que pervivieron hasta dicha fecha, por el concepto al que acabámos de aludir, tuvo una posible entidad cuantitativa diversa, según que las mismas hubieren sido abiertas con anterioridad al 1 de julio de 1985 —fecha de entrada en vigor de la Orden de 24 de mayo antes aludida, según su disposición final segunda—, o antes, período cronológico en el que existió la limitación vista respecto al *quantum* del volumen de fondos españoles importados por el no residente, trasladado temporalmente a nuestro país, impuesta, como antes dijimos, por la Orden ya indicada de 30 de julio de 1979, abrogada expresamente por las disposiciones derogatorias contenidas en la Orden ya dicha de 24 de mayo de 1985.

2) Por el contravalor en moneda española de las divisas cambiadas por su titular en un establecimiento bancario español por el concepto de «turismo».

Al respecto tengo que puntualizar que en su respectivo protagonismo normativo, las Ordenes anteriormente barajadas —la de 1979 y la vigente de 1985— coincidieron plenamente en cuanto a su talante liberalizador, admitiéndose (antes y en el momento presente) el ingreso en España de cualquier cantidad de divisas traídas por los no residentes, resultando ello del artículo 10, c), de la Orden de 1979 y ahora del artículo 6.º, 1, 2, de la vigente (de 1985), según la cual:

«1. *Entrada en territorio español.*—Los viajeros no residentes en España a su entrada en el territorio español podrán ser portadores:

1.2. Moneda extranjera:

- De billetes de Banco y moneda metálica de curso legal en el extranjero sin límite de cantidad.
- De talones, cheques, letras, pagarés y otros medios de pago o instrumentos de giro o crédito en moneda extranjera sin límite de cantidad».

En virtud de lo dicho, el viajero, legítimo importador hipotético de divisas sin tasa, de conformidad con lo normativamente argüido, podrá cambiar las mismas, a los efectos de su abono en la cuenta que estamos viendo.

3) Por adeudo de cuentas extranjeras de pesetas convertibles por el concepto de turismo. Y

4) Por los importes en pesetas ordinarias percibidas en España por el titular de la cuenta».

Este último apartado suscitó considerables inquietudes interpretativas,

dado que su sentido resulta asaz impreciso y ambivalente. Al respecto, D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU dicen en su obra citada, página 264, que:

«Cabe preguntarse qué importes son éstos y cuál puede ser su origen. Una primera posibilidad es que tales importes procedan de pagos efectuados por residentes por conceptos que gocen de convertibilidad, y que el acreedor extranjero prefiera abonarlos en su cuenta turística y no en pesetas convertibles. En otros casos puede tratarse de pagos que no tengan derecho de transferibilidad, y que en otras circunstancias se hubieran debido abonar, previa autorización de la DGTE, en una cuenta de pesetas interiores. Puede tratarse incluso de conceptos en principios no controlados. En este sentido se puede interpretar esta norma como una cierta amnistía para los pagos a no residentes hasta 200.000 pesetas, renunciando la Administración a controlarlos, aunque a costa de que, ingresados en cuenta turística, pierdan de forma absoluta toda posibilidad de transferencia al exterior».

A renglón seguido, los autores citados, notables especialistas en el tema del «control de cambios», se explayan en atinadas consideraciones sobre la viabilidad legal de tal peculiar «amnistía», acentuando el criterio de que tal posibilidad debe concebirse con acrecida cautela, posición interpretativa que asumo incondicionadamente a poner de relieve, por mi parte, que tal concreta instrumentación jurídico-contable no puede modificar un ápice de la fundamental Ley 40/1979, de 10 de octubre, que constituye la columna vertebral normativa de la fenomenología fáctica que provoca el aludido control de cambios, y que dice en su artículo 2.º que:

«1. Corresponderá al Gobierno, en defensa de los intereses generales, regular, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, los actos, negocios jurídicos, transacciones y operaciones a que se refiere el artículo anterior.

2. A estos efectos, y 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:

.....

b) Los actos y negocios por lo que un residente resulte o pueda resultar acreedor o deudor de un no residente, y los actos de disposición realizados sobre los derechos y obligaciones derivados de aquéllos.

c) Los actos y negocios en virtud de los cuales un residente cons-

tituya, adquiera o disponga de haberes en divisas o un no residente constituya, adquiera o disponga de haberes en pesetas.

A estos efectos se conceptúan como haberes los saldos de cuentas abiertas en Bancos o cualesquiera otros establecimientos financieros o en los libros de Sociedades y otras Entidades.

d) Los actos de cobro y pago entre residentes y no residentes».

De este fundamental precepto se desprende de forma inequívoca que queda bloqueada toda actividad trayecticia de fondos —se instrumenten o no a través de cuentas bancarias— entre residentes o no, sin haberse conseguido previamente la oportuna autorización administrativa, que puede conferirse de modo general e impersonal, o de forma singular e individualizada, incidiéndose, en caso contrario, en presuntas responsabilidades criminales o administrativas, a tenor de lo prescrito en los capítulos 2 (modificado por la Ley Orgánica de 16 de agosto de 1983) y 5 de la propia Ley 40/1979.

Citable es también que en cumplimiento de lo previsto por los párrafos del artículo 2.º de dicha Ley que acabamos de transcribir literalmente, el Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, que viene a aportar la necesaria cobertura de predictibilidad reglamentaria a los pedimentos legales contenidos en la referenciada Ley, dice, en su artículo 7.º, párrafos 1 al 3, únicos que nos interesan que:

«1. Se autorizan con carácter general los pagos en pesetas o moneda extranjera de no residentes a residentes dentro del territorio español, siempre que los mismos correspondan a gastos efectuados por no residentes como consecuencia de su estancia en España.

2. Se autorizan con carácter general los pagos en pesetas de residentes a no residentes, dentro del territorio español, por rentas de inmuebles o prestación de servicios, siempre que su importe no exceda de 500.000 pesetas.

En este supuesto, los no residentes podrán disponer de tales sumas para sus gastos en España, si bien la transferencia al exterior requerirá autorización (individual).

3. Quedan asimismo autorizados los pagos en pesetas de residentes por cuenta de no residentes para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales en España, siempre que su importe no exceda de 500.000 pesetas».

A la vista de la luz normativa proyectada por tales esenciales preceptos pueden colegirse, con extrema facilidad, dos consecuencias inobjetables:

a) Desde la entrada en vigor de la autorización general aludida, el límite de 200.000 pesetas impuesto por la preceptiva reguladora como tope del saldo admisible en la instrumentación de la cuenta ordinaria de pesetas a turistas tenía que quedar sustituido por el cuantificado en 500.000 mencionado en el artículo que acabamos —parcialmente— de transcribir. (Límite elevado a 1.000.000 de pesetas por carta, Circular 4/1983 de la DGTE, de 19 de diciembre de 1983.)

b) Que en ningún supuesto el conjunto normativo representado por la legislación de Control de Cambios podía quedar supeditado, en su eficacia ordenativa, a lo previsto sobre la operatividad de las referidas cuentas, siendo lógico corolario de ello la legitimidad de las vertencias interpretativas preventorias alegadas por los autores citados que en su obra dicha dicen en su página 265, que:

«La conclusión es, por tanto, que la «amnistía» a que nos referimos para los ingresos en cuentas turísticas de pesetas ordinarias percibidas en España se refiere únicamente a la comunicación del concepto de pago. Mientras los abonos en otras cuentas extranjeras exigen declaración de su naturaleza ante la Entidad delegada (y eventualmente ante la DGTE), los abonos en cuentas turísticas no lo exigen, aunque sin modificar la legalidad o ilegalidad del negocio jurídico que los originó».

G) CUENTAS ORDINARIAS DE PESETAS PARA CONTRATOS DE OBRA

El objetivo primordial de las mismas, sustentado sobre criterios existenciales de teleología harto limitada, era el de canalizar bancariamente los cobros y pagos en pesetas que tuvieran como protagonista a una persona no residente, y fueren lógica consecuencia de la ejecución de un contrato de obras concertado con un no residente, cuya concreta andadura financiera —que debería ser facilitada— constituía la razón de su existencia.

Tales cuentas fueron establecidas por la Circular 283, de 8 de marzo, procedente del extinto IEME, que reglaba las mismas de forma puntillosa y exigente, imponiendo una autorización individual para cada cuenta, y estableciendo una inescindible concatenación entre la obra a realizar y la cuenta basada en la misma, debiendo limitarse ésta a la exclusiva recogida de aquellos movimientos al crédito y al adeudo directamente relacionados con la obra en trance de ejecución, constituyendo este repunte de engarce objetivo la característica más definitoria de esta figura contable, nutriéndose la misma tanto de los fondos traídos del exterior

como de los pagos legítimamente autorizados que debiere efectuar el residente, resultando, en suma, el saldo final, transferible al exterior.

H) CUENTA DE PESETAS INTERIORES

a) *Ideas generales*

Esta clase de cuentas, sin duda la más importante —junto con la de pesetas convertibles— de todas las hasta ahora mencionadas, y que resultó definitivamente refundida en la nueva «cuenta extranjera de pesetas ordinarias», introducida en nuestros esquemas del Control de Cambios por el Real Decreto 1723/1985, fue erigida, dentro de las coordenadas arquitectónicas de nuestro sistema financiero, por la importante Resolución dimanante del antiguo IEME de 19 de julio de 1961, siendo la inmanente finalidad de su establecimiento la consecución del objetivo —entonces de palpitante actualidad— de «desrigidificar» la problemática relacionada con las transacciones monetarias con el exterior, vertiente jurídico-crematística regulada todavía por una legislación de guerra de acusada excepcionalidad —Decreto 313/1937, de 5 de julio— o de inmediata posguerra —Decreto de 24 de noviembre de 1939—, impregnada, por razones obvias, de criterios ostensiblemente intervencionistas, constituyendo ambos textos normativos acabadas muestras de una preceptiva de absoluta inflexibilidad denotativa (y connotativa) preceptual, plasmándose tal destemplada fisonomía caracterial en el dato del riguroso bloqueo impuesto por el aludido Decreto 313/1937, afectante a todo tipo de cuentas cuyo titular resultase ser un no residente, bloqueo de perfiles extremosamente hispídos, traducido en la imposibilidad institucional de provocar cualquier apunte contable, al crédito y al débito en tales cuentas, sin obtener previamente una imprescindible e individualizada autorización administrativa.

La convertibilidad exterior de la pesetas dispuesta por el Decreto 1146/1961, de 15 de julio de 1961 —fenómeno cuya última *ratio* venía inherentemente preconizada por un perceptible cambio de las circunstancias socioeconómicas de nuestro país—, determinó un nuevo enfoque mucho más liberal que el normativamente propiciado por la singular legislación antes aludida, que, sin resultar formalmente derogada por las nuevas muestras preceptuales, fue, no obstante, «punteada» por una reglatividad de rasgos menos intervencionistas, manifestándose el nuevo diseño caracteriológico que se quiso trazar, en la Resolución del antiguo IEME de 19 de julio de 1961, antes mencionada, que, en base del Decreto 1146/1961 últimamente dicho, introdujo en nuestro ordenamiento financiero —tal como antes adujimos— la nueva categoría de

«cuenta extranjera de pesetas interiores», la cual venía a yuxtaponerse a la ya existente de «cuenta extranjera de pesetas convertibles», que fue establecida por el Decreto anteriormente mencionado (desarrollado por la Resolución de 19 de julio de 1961).

La praxis preceptual de la referida Resolución del decaído IEME de 19 de julio de 1961, causa germinativa directa de la cuenta extranjera de pesetas interiores, imponía la inclusión en las mismas de aquellos saldos propiedad de no residentes no transferibles al exterior, dada la inconvertibilidad de los mismos, saldos que podrán ser utilizados en los circuitos monetarios internos en determinados supuestos y bajo ciertas condiciones, alimentándose tales saldos con las pesetas generadas en España, viniendo, en cierta medida, a ser definidas tales cuentas por el artículo 5.º de la Resolución del IEME últimamente supraescrita, según el cual:

«Serán cuentas extranjeras en pesetas interiores las abiertas por los establecimientos bancarios, ejerzan o no funciones delegadas del IEME, a nombre de personas jurídicas extranjeras o personas físicas españolas o extranjeras, con residencia habitual en el extranjero, cuya movilización está sujeta a las condiciones establecidas con carácter general por el Decreto 313, de fecha 5 de julio de 1937, o en virtud de Resolución dictada por el IEME en el momento de creación de tales haberes».

Por su parte, la Instrucción Primera de la Circular 283, de 8 de marzo de 1972, viene a clarificar el concepto vertido, diciendo, al efecto, que:

«Son cuentas extranjeras de pesetas interiores las abiertas en la Banca delegada a nombre de un no residente, con el objeto exclusivo de recoger en su haber la generación en España a favor del titular de fondos en pesetas que, de conformidad con lo establecido en las secciones II y III de la Circular 249 e instrucciones posteriores complementarias, no sean transferibles al exterior, es decir, que se trate de conceptos no correspondientes a mercancías que no estén liberalizadas».

En resumen, y prescindiendo de las contingenciales definiciones que de las mismas puedan darse, las antiguas cuentas extranjeras en pesetas interiores se caracterizaban por la concurrencia en las mismas de un doble presupuesto existencial: el subjetivo (inexorable necesidad de que su titular fuere un no residente, mensurándose tal calidad en virtud de moldes administrativos) y el objetivo (ineludible movilización a través de las mismas de pesetas generadas en España no transferibles al exterior).

Desmenuzando la normativa atinente a las cuentas que nos ocupan, representada básicamente en la primera etapa de su existencia por la Resolución últimamente referenciada, podemos captar, en suma, una doble categoría de cuentas extranjeras en pesetas interiores, en atención a las modalidades de su funcionalidad operativa concreta: las absolutamente intervenidas y las que lo eran sólo relativamente.

La viabilidad de esta dual posibilidad deriva del dato rigurosamente irrefutable, desde el punto de vista preceptivo, de que la apertura de las mismas requería, en todo caso, la previa autorización del entonces IEME, la cual debería ser solicitada en el momento de producirse la primera partida de abono, intervención funcional de inexorable presencia, dado el contenido terminante del artículo 5.º de la Resolución últimamente mencionada, regla cuyo texto literal acabamos de verter.

De tal ineluctable necesidad de la intervención dicha resultaba que la autorización administrativa habilitante de la apertura de la cuenta en cuestión podía, a la postre, concederse o denegarse. En el primer supuesto, la consecuencia lógica era el inicio operativo de una cuenta extranjera en pesetas interiores sometida al régimen normal, es decir, sujeta al sistema de relativa intervención en su concreta dinámica operacional, sistema que a grandes trazos analizaremos en las líneas subsiguientes. En la otra hipótesis, es decir, cuando la autorización que se solicitó fuere rehusada, el veto administrativo provocaba la imposibilidad de abrir la cuenta pretendida, pero no de cualquier clase de cuenta que permitiese canalizar el movimiento fiduciario de fondos, que eran, en definitiva, propiedad de un no residente.

Al respecto, me adhiero sin reservas a la postura interpretativa mantenida por D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, quienes, en su obra dicha, y en la página 232 de la misma, dicen que:

«Desde el momento en que se exigía previa autorización, era claro que la resolución administrativa correspondiente podía ser negativa o positiva y en este segundo caso algo había que hacer con los fondos. Si su propietario no residente no podía transferirlos como pesetas convertibles ni ingresarlos en una «cuenta de pesetas interiores», no cabe duda que el destino de los mismos tendría que ser el establecido en la disposición de carácter general, que era el Decreto 313/1937. La Resolución del IEME denegando la apertura de dichas cuentas, llevaría, por tanto, implícita la obligación de su constitución en una cuenta bloqueada, de las establecidas por el citado Decreto».

Inciendo en esta tendencia elucidativa, los autores citados continúañ expresando sus elucubraciones hermenéuticas en su misma obra, diciendo, en una nota al pie de la misma página citada, que:

«Efectivamente, desde el momento en que un residente es propietario de una suma en pesetas, la Administración no puede impedir la propiedad de las mismas. De ahí que deba forzosamente autorizarse el abono de una cuenta interior. Sí podrá la Administración determinar el grado de transferibilidad y movilidad del saldo, fluctuando entre el bloqueo absoluto y la libre convertibilidad. Así pues, si la Administración no autorizaba la apertura de una cuenta de pesetas interiores de las establecidas por la Resolución de 19 de julio de 1961 (y el abono de los fondos en cuestión), tendría necesariamente que autorizar, en consecuencia, la apertura de una cuenta bloqueada».

Los autores citados mantienen, en definitiva, la tesis de que en el evento de producirse el rechazo administrativo de la instada apertura de la correspondiente cuenta extranjera en pesetas interiores (que yo califico de relativamente intervenida), indeclinablemente se produce, como solución de corte alternativo, la permisión automática administrativa que permita el abrimiento de una cuenta extranjera de pesetas bloqueadas.

Por mi parte, y desistiendo respetuosamente de tan ilustre opinión, considero que las presuntas —y consecuencialmente implícitas— cuentas bloqueadas, cuya viabilidad resulta de una denegación administrativa formal de la apertura demandada de una cuenta extranjera de pesetas interiores, no pueden tener tal calificación, porque de subsumir las mismas en el entorno prescriptivo atendido por el conjunto preceptual contenido en el Decreto 313/1937 —fuente primordial de regulación de las prístinas y auténticas cuentas bloqueadas—, las mismas —producto subsidiario derivado de una resolución desestimatoria de la Administración, atinente a una «normal» cuenta extranjera de pesetas interiores— hubieran quedado huérfanas de apoyatura jurídica desde la fecha de promulgación del Decreto 2402/1980, de Control de Cambios, que formalmente —y por fin— derogó el que parecía insenescente Decreto 313/1937, situación descrita de desvalimiento preceptual hipotético que efectivamente no acaeció, dado que la regulación de las cuentas extranjeras de pesetas interiores —las primigeniamente pretendidas y autorizadas, y, en su caso, las residuales (calificadas por los autores citados como «bloqueadas», nacidas implícitamente por el rechazo administrativo de las primeras— derivaba del Decreto 1146/1961, de 15 de julio, y de la Resolución del IEME de 19 de julio del mismo año, cuerpos normativos

todavía en vigor; vigencia que, por lo tocante al Decreto citado, ha resultado recientemente reafirmada por el artículo 3.º («Las cuentas extranjeras de pesetas convertibles continuarán rigiéndose por lo establecido en el Decreto 1146/1961, de 15 de julio, ...») del Real Decreto 1723/1985, de 28 de agosto.

Así pues, y en virtud de todas las consideraciones analíticas expuestas, nos es dable distinguir en la categoría presuntamente uniforme —por lo menos desde el punto de vista formal— de cuentas extranjeras de pesetas interiores, las dos clases anterioremente dichas: *a)* Las relativamente intervenidas, respecto de las cuales el criterio normativo general de ser imprescindible la previa autorización para cualquier movilización de las mismas era considerablemente atenuado por la vía del artículo 8.º de la Resolución de 19 de julio de 1961, cuyo contenido está examinado posteriormente; y *b)* Las absolutamente intervenidas, cuya característica ontológica más destellante radicaba en ser tributarias de una prohibición total de movimientos, cuya legitimidad sólo derivaba de una autorización singular y concreta, caso por caso, dimanante del extinto IEME.

Jalones normativos importantes en el proceso de estructuración de las cuentas extranjeras de pesetas interiores fueron la Circular 260 del IEME de 26 de agosto de 1969, que aportó detalles de matiz en cuanto a la conformación contable de tales cuentas, y la fundamental Circular 283, de 8 de marzo de 1972, que insertó abundantes dosis de clarificación en esta temática, aun incidiendo en comportamientos prescriptivos de autonomía y confrontación normativa con reglas de rango jerárquico superior, incurriendo, además, en toda la problemática de confusión aplicativa que conlleva la no publicación de normas generales —como la que nos ocupa— en el *Boletín Oficial del Estado*.

Tal Circular, por lo demás completada en su concreta funcionalidad ordenadora por otras dos procedentes de la DGTE de 20 de diciembre de 1974 y 23 de enero de 1975, circunscribe sus afanes normativos a la concreta especificación de los conceptos contables al abono y adeudo liberalizados; aspecto preceptual que, a fin de evitar ociosas reiteraciones, veremos con posterioridad.

Por otra parte, también es de señalar que la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre régimen jurídico de Control de Cambios, resulta conspicuamente trascendente en el ámbito que nos ocupa ahora, viniendo a establecer, en su artículo 4.º, no sólo las reglas definitorias y circundativas de la cualidad de residente o de no residente de las personas físicas y jurídicas (y de las sucursales y establecimientos de una y otras), sino que también su procura normativa atinó directamente a la fenome-

menología jurídica que los cambios de residencia de las personas antes enunciadas pueden provocar respecto a los patrimonios (y sus rentas) que hayan sido generados durante la etapa cronológica en la que se ostentó una situación domiciliar no coincidente con la actual, que es tomado como punto de imputación referencial entre una residencia que finó y la real, tema que abordaremos más tarde.

Por otro lado, es de señalar que el Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, que viene a erigirse en el texto reglamentario más importante de ejecución de la Ley inmediatamente mencionada en las líneas supra-escritas, dota de minuciosa calculabilidad el artículo 4.º de la misma, desarrollando una feraz labor de detalle regulativo que llena de concreto contenido los contornos, más bien imprecisos, del aludido artículo 4.º de la Ley antes citada; tarea impositiva de criterios prescriptivos al respecto que se consustancializa en los artículos 8.º al 10, mereciendo reseñarse también la formal derogación que el texto reglamentario que nos ocupa efectuó en su disposición final tercera del Decreto 313/1937, de 5 de julio; vertiente abrogativa del mismo, del que antes nos hicimos eco.

En último término, y como colofón de este rápido recorrido por las fuentes normativas que incidieron y (por lo que vamos ahora a decir) continúan haciéndolo en la regulación de las cuentas extranjeras en pesetas interiores, tengo que indicar, como antes ya dije, que se ocupan de las mismas —desleyéndolas, en última instancia— el Real Decreto, ya mencionado, 1723/1985, de 28 de agosto, cuyos artículos 1.º y 2.º, ya transcritos anteriormente, concluyen definitivamente —por el momento— con la sustantividad de tal categoría de cuentas, desarrollando los preceptos contenidos en dicho Real Decreto, la Resolución de 20 de diciembre de la DGTE, cuyo contenido veremos con posterioridad.

b) *Régimen jurídico-operativo de las cuentas extranjeras en pesetas interiores*

A fin de no extraviarnos en el intento de ofrecer un diorama esquemático, pero, en todo caso, suficiente, del régimen jurídico que modeló articuladamente el sistema operativo de las referidas cuentas, vamos a transcribir nuestras apreciaciones expositivas, sometiéndonos a un esquema de vertencias interpretativas asentado metodológicamente en la distinción binomial de presupuestos subjetivos y objetivos sobre los que se asienta la concreta funcionalidad de las cuentas que estamos estudiando.

a') *Elementos subjetivos*

Son tanto el titular depositante como el acreditado o depositario.

1) *Titular de la cuenta.*—Esta sólo podía ser abierta por un no residente (administrativamente hablando), resultando indiferente, al efecto, la característica intrínseca del mismo, considerada tanto desde el punto de vista de su esencia ontológica inmanente —persona física o jurídica— como de su fisonomía caracterial derivada esta vez de la circunstancia más contingente de su ciudadanía nacional o foránea, siendo, pues, la dicotómica situación administrativizada de residencia-no residencia del titular, el eje de sustentación de la dualidad existencial de las cuentas extranjeras de pesetas interiores y cuentas de pesetas comunes u ordinarias, prescindiéndose por completo en la instrumentación de tal duplicidad del dato más consistente de la calidad nacional o extranjera del titular de las mismas.

Tal requisito de la «no residencia» de dicho titular, impuesto como esencial por el artículo 5.º de la Resolución, antes dicha, de 19 de julio, del entonces vigente IEME, precepto que fue transcrito literalmente en las páginas precedentes, resultó corroborado, de forma contundente, por la norma 1.ª de la fundamental Circular 283 —también ya mencionada—, de 8 de marzo de 1972, procedente también del IEME, remitiéndose tal norma 1.ª, a los efectos de la pertinente constatación del ágil y poroso concepto del «no residente», a lo que entonces propugnada la Circular del IEME 248, de atinencia preceptiva directa tanto en lo relativo a la concreción de los presupuestos que debían reunirse para detectar tal condición de «residente» como en lo atañente a la prueba concreta de tal *status*, materias ahora cuyo cobijo normativo se localiza en la vigente legislación del Control de Cambios, cuestión a la que aludimos anteriormente.

Decíamos que la distinción —pródiga en viabilidades operativas consecuenciales— entre cuentas extranjeras en pesetas interiores y cuentas de pesetas ordinarias venía impuesta por una cualidad tan azarosa, episódica y fácilmente trucable como es la condición de «residente o no residente» de su titular; posiciones cuyo cambio produce efectos telúricos sobre la persistencia de las cuentas aludidas, y ello tanto en el supuesto de que el residente —titular de una cuenta en pesetas ordinarias— deje de serlo como en la hipótesis opuesta, es decir, que el no residente —titular de una cuenta en pesetas interiores— advenga ulteriormente al *status* de residente en nuestro país.

Veamos ambas hipótesis, distinguiendo, al efecto, si tal titular es una persona física nacional o si, por el contrario, es extranjera:

A) *Cambio de residente a no residente.*

a) Español titular de una cuenta en pesetas ordinarias que adquiere la residencia en el extranjero:

Debemos distinguir en la historia normativa de tal hipotético evento una triple posibilidad operativa al efecto:

1. Sistema introducido por la Resolución de 19 de julio de 1961.— Tal conjunto normativo imponía al Banco depositario de fondos integrantes de la pertinente cuenta de pesetas ordinarias dos obligaciones de exigencia absolutamente coetáneas con el cambio de residencia de su titular: a) La de trasladar *ex officis* el saldo de la cuenta a otra en pesetas ordinaria que debería ser abierta al efecto; y b) La de comunicar de inmediato al entonces vigente IEME tal avatar económico-financiero.

3. Sistema propuesto por la Circular 283, de 8 de marzo de 1972.— Según tal cuerpo preceptual, en el supuesto de cambio de residencia del titular español de una cuenta en pesetas ordinarias, éste podía optar por:

a) Que se le permitiese la transferencia al extranjero del saldo de la cuenta de pesetas ordinarias de su propiedad, somtiéndose al efecto en la actualidad a lo establecido en el capítulo I, sección II, número 52, de la Circular 14/1979 de la DGTE, que especifica qué documentación se exige a tales efectos, previa justificación de la liquidación de sus activos patrimoniales en territorio nacional.

Tal norma, que exigía, entre la documentación a aportar, la pertinente certificación dimanante del Ministerio del Interior, indicativa de que el beneficiario, si es extranjero, no tiene (ya) autorización de residencia o permiso de permanencia, y si es español, certificación del Consulado correspondiente de estar inscrito en el mismo, expedido con antelación máxima de dos meses, no ha dejado de suscitar ciertas reservas interpretativas que se vislumbran vívidamente en la obra de F. LUCAS FERNÁNDEZ *Temas sobre inversiones extranjeras y control de cambios* (Edersa, Madrid, 1981), quien, en su página 125, dice al respecto que:

«Destaca ya a primera vista (refiriéndose a la distinción antes apuntada entre nacionales y foráneos) una diferencia de trato entre los españoles y extranjeros; mientras que el extranjero que abandona su residencia en España, devolviendo a la autoridad competente su autorización o tarjeta de residencia, puede obtener ya la certificación de que carece de ella (puesto que la ha entregado o devuelto), y en consecuencia puede ya conseguir la transferencia al exterior, en cambio el español que pasa a residir en territorio extranjero no puede, de momento, obtener tal

transferencia, puesto que debe acreditar con certificación consular que se halla inscrito en el mismo, y además dicha certificación debe estar expedida con una antelación máxima de dos meses. La expresión, por otro lado, no es muy clara. Debe acreditar que se halla «inscrito en el mismo». Se entiende inscrito en el Registro de Matrícula que se lleva en el Consulado de Carrera de la demarcación correspondiente. Pero inscrito ¿en qué calidad? ¿Como traseúnte? ¿Como residente?»

b) Que se le autorizase la apertura de una cuenta extranjera en pesetas convertibles, o bien,

c) Que se le concediese la posibilidad de provocar la apertura de una cuenta en pesetas interiores.

En las dos últimas hipótesis, alternativa teñida de absoluta discrecionalidad para el actuar comportativo de la Administración interviniente, figuraría como primera partida de abono de las posibles cuentas que se abrieren al efecto el saldo resultante de la cuenta en pesetas ordinarias, que quedaría cancelada, debiendo resaltarse, al efecto, la singularidad que supone que pueda provocarse la apertura de una cuenta extranjera de pesetas convertibles sin auténtica aportación dineraria exterior, toda vez que lo que figura como primer apunte de la misma es, precisamente, un saldo de pesetas ordinarias.

Por otra parte, completa el esquema legal patrocinado por la Circular 283, a la que acabamos de aludir, la norma 4.^a, que impone al Banco depositario de los fondos sujetos a la metamorfosis contable, antes vista, la obligación de notificar al IEME la incidencia territorial del cambio de residencia del titular de la cuenta en pesetas ordinarias.

3. Sistema establecido por la Ley 40/1979, sobre régimen jurídico del Control de Cambios.—Tal texto legal, al propiciar en su artículo 4.º, 1, 2, que «las personas físicas de nacionalidad española que residan en el extranjero tendrán la consideración de residentes respecto al patrimonio constituido en España con anterioridad a su toma de residencia en el extranjero y a las rentas procedentes del mismo» conforma una posibilidad inédita a yuxtaponer a las anteriormente enunciadas, por cuanto que permite que la cuenta en pesetas ordinarias abierta en España en favor de un súbdito español que traslade su residencia a país extranjero continúe operativamente vigente; evento en verdad desarbolante de todo el sistema que sobre el Control de Cambios se había ido construyendo pausada, pero firmemente, sobre la residencia o no en España del sujeto concernido por el mismo.

Así pues, a partir de la promulgación de tal texto legal (desarrollado por el Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, que reproduce en su

artículo 10 el lenguaje legal utilizado por el artículo 6.º de la Ley antes citada) el español que trasladase al extranjero su residencia disponía de una cuádruple posibilidad de actuación en este ámbito, ya que podía hacer uso de la trilogía operativa primerizamente concedida por la Circular 283, antes vista, y además podía conservar indefinidamente la cuenta en pesetas ordinarias, de conformidad con la procura normativa establecida en la legislación sobre el Control de Cambios que acabamos de exponer.

4. Régimen actual.—En el momento presente es de señalar que la Resolución 283 ha quedado expresamente abrogada por la reciente de 20 de diciembre de 1985, cuya disposición final primera se ocupa expresamente de dejar sin efecto la aludida Resolución 283, y siendo ello así es evidente que ha desaparecido la apoyatura jurídico-formal de la alternativa que en su día impuso la misma. Por ello, y dado que ni la Resolución derogante ni tampoco el Real Decreto 1735/1985, objeto de interpretación por aquélla, ni los vigentes textos conceptuadores de las inversiones extranjeras, que son la LIE y el RIE, recientemente promulgados, contienen disposición alguna que haga referencia a la disyuntiva patrocinada por la Resolución 283, parece que las cuatro posibilidades antes aludidas han quedado reducidas a dos: la propugnada en la Resolución de 19 de julio de 1961 —conversión automática de la cuenta en pesetas ordinarias en cuenta extranjera de pesetas interiores (ahora, cuenta extranjera en pesetas ordinarias, en virtud de las propuestas preceptivas del Real Decreto 1723/1985)— y la deducida de la toma en consideración normativa de la legislación del Control de Cambios que acabamos de exponer.

De todos modos considero que las dos posibilidades restantes —las ofertadas por la derogada Resolución 283 (traslado de los fondos al extranjero o conversión de la cuenta en pesetas ordinarias cancelada en una cuenta extranjera en pesetas convertibles)— aparecen administrativamente viabilizadas por el artículo 2.º, 2, c), de la aludida Ley 40/1979, según el cual:

«Corresponderá al Gobierno, en defensa de los intereses generales, regular, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, los actos, negocios, transacciones y operaciones a que se refiere el artículo anterior:

.....

c) Los actos y negocios en virtud de los cuales un residente constituye, adquiera o disponga de haberes en divisas o a un no residente constituya, adquiera o disponga de haberes en pesetas.

A estos efectos se conceptúan como haberes los saldos de cuentas

abiertas en Bancos o cualesquiera otros establecimientos financieros o en los libros de Sociedades y otras Entidades».

A pesar de que parece estar clara la cobertura legal de las posibilidades bancarias que articulaba la extinguida Resolución 283, a los efectos que estamos tratando, considero imprescindible la adopción, por parte de la DGTE, de las pertinentes disposiciones aclaratorias y conformadoras de un sistema a través del cual se efectivice lo genéricamente permitido —previa intervención administrativa— en el citado artículo 2.º de la Ley 40/1979, siempre partiendo de la base de lo previsto en su artículo 5.º, según el cual:

«1. La Administración podrá autorizar, en las condiciones y límites que se determinen reglamentariamente, a los Bancos operantes en España, Cajas de Ahorro y otras Entidades de crédito para intervenir en las operaciones reguladas por esta Ley. Esta autorización es revocable existiendo motivo justificado para ello y estará subordinada al cumplimiento de las condiciones de la misma.

2. Las Entidades autorizadas quedan sujetas al deber de colaboración con los organismos encargados del Control de Cambios y de la vigilancia de los delitos monetarios. Las Entidades que incumplan este deber podrán considerarse incursoas en los artículos 56 y 57 de la Ley de Ordenación Bancaria, con independencia de la suspensión o revocación de la autorización referida en el número 1 del presente artículo».

b) Extranjero titular de una cuenta en pesetas ordinarias.—Cuando el mismo pierda su condición de residente en España dispondrá de las posibilidades anteriormente alegadas, excepto la de mantener la titularidad de tales cuentas en pesetas ordinarias, posibilidad de corte excepcional y privilegiado que el artículo 4.º de la Ley 40/1979 refiere en exclusiva al súbdito nacional («persona física de nacionalidad española»), por lo que su sentido regulador en modo alguno puede extenderse al extranjero que, previamente residente en España, traslade su domicilio al exterior.

Por si acaso lo argüido no fuere suficientemente convincente en el sentido aducido, el artículo 1.º, 1, 3, del vigente RIE viene a disipar cualquier atisbo de duda al respecto, al sentar por su parte que:

«Las inversiones realizadas en España con pesetas ordinarias por extranjeros residentes no se considerarán extranjeras. En caso de cambio de residencia del inversor se aplicará a estas inversiones la normativa sobre transferencia privada de emigrantes».

B) *Cambio de no residente a residente.*—En el supuesto que da título a este subepígrafe nos es dable distinguir, del propio modo, la doble situación personal antes planteada, es decir, la del español y el extranjero, titulares ambos de sendas cuentas en pesetas interiores que después adquieren la residencia en España. Veamos ambas hipotéticas posibilidades:

a) Español titular de la aludida cuenta.—En la evolución histórica de la problemática que suscita esta contingencia no es dable distinguir una doble fase: la anterior a la promulgación de la Ley 40/1979 y la que le subsiguió:

Al respecto conviene tener en cuenta que a diferencia de lo que quedó dicho con anterioridad, en donde expusimos la compleja —y liberalizadora evolución— que experimentó el tratamiento jurídico del cambio de residencia en cuanto a la titularidad de las cuentas en pesetas ordinarias, por lo que atañe a las cuentas que ahora nos ocupa, el sistema seguido antes (y ahora) es sumamente lineal, ya que cuando el titular español de las cuentas en pesetas interiores (y ahora, cuenta extranjera en pesetas ordinarias, según el aludido Real Decreto 1723/1985) pierde su residencia extranjera, al readquirir la española sólo es admisible la congruente cancelación de la misma, y su conversión en una cuenta en pesetas ordinarias, única instrumentación bancaria de fisonomía contable a la que tiene acceso el residente en nuestro país, y a la que debe trasladarse el saldo de la cuenta extranjera en pesetas interiores que se cancele, ya que la otra solución alternativa que propusimos para las cuentas extranjeras en pesetas convertibles (su transferencia al exterior) no es recibo por carecer tales cuentas extranjeras en pesetas interiores de la convertibilidad indiscriminada y esencial que revisten los saldos de las aludidas cuentas extranjeras en pesetas convertibles (ver el comentario que antes efectuamos del artículo 3.º de la Orden de 23 de enero de 1981), al quedar la misma mediatizada por las concretas restricciones administrativas y legales que les atañan.

1) Fase anterior a dicha Ley.—En este período histórico, cuando el no residente español titular de una de estas cuentas readquiría su situación territorial en España, es decir, se asentaba de nuevo en nuestro país, entraba en juego la norma 7.ª de la Circular 248, que imponía al Banco en cuyos libros estuviese abierta la cuenta en cuestión la obligación de cancelarla y de traspasar sus fondos a una cuenta en pesetas ordinarias.

2) Fase subsiguiente a la promulgación de la Ley 40/1979.—Como sucedáneo a lo previsto por la disposición derogatoria segunda de dicha

Ley («El Gobierno, en el plazo de tres meses, publicará la correspondiente tabla de las disposiciones derogadas o modificadas por esta Ley») —pedimento que resultó incumplido—, el Real Decreto 2402/1980, de ejecución de la misma, a través de su Anexo relacionó las Normas y Circulares que debían mantener su vigor con posterioridad a su promulgación, considerándose derogadas las no mencionadas en el mismo, hecho que acaeció respecto a la Circular 248, antes aludida. Por ello, la solución propuesta por la misma carece ahora de la base preceptiva que tal disposición le prestaba, aunque aplicando las directrices fundamentales que se desprenden de las normas de Control de Cambios se llega a la misma conclusión, y ello es propugnabile tanto para las antiguas cuentas extranjeras en pesetas interiores, que, durante el tiempo que mantuvieron su vigencia —hasta el 1 de enero de 1986—, tuvieron que someterse al sistema anteriormente expuesto, como para las que han venido a sustituir a las mismas, es decir, las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias», erigidas *ex novo* por el Real Decreto 1723/1985, texto desarrollado, por lo que atañe singularmente a las indicadas cuentas, por la Resolución de 20 de diciembre de 1985, criterio a su vez predictibilizado por la Circular 33/1986, de la Dirección General de Transacciones Exteriores, que se ocupa de esta problemática en su Instrucción 1.^a, 4, en los términos que más tarde tendremos ocasión de exponer al analizar el régimen jurídico de tales cuentas.

b) Extranjero titular de la cuenta que nos ocupa.—El esquema arquetípico que acabamos de exponer es de aplicación en todo caso y afecta por igual a españoles y extranjeros. De todos modos, respecto a estos últimos se suscitó la cuestión si el artículo 4.º, 2, de la Ley 40/1979 («Las personas físicas de nacionalidad extranjera que residan en España tendrán la consideración de no residentes respecto al patrimonio constituido fuera de España durante su residencia en el extranjero») es de aplicación analógica a la hipótesis del extranjero no residente, titular de una cuenta en pesetas interiores, que, con posterioridad, adquiera la condición de residente en nuestro país.

Si tal posibilidad hubiese sido viable (o lo fuere respecto a la nueva cuenta extranjera de pesetas ordinarias), es evidente que tal extranjero, pese a su *status* de residente en España, hubiera podido conservar su cuenta extranjera en pesetas interiores (o mantener abierta una cuenta extranjera en pesetas ordinarias). Por mi parte, comparto plenamente las reservas que sobre el particular —y respecto a las cuentas extranjeras en pesetas interiores— formularon D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUÍDAZU, quienes en su obra dicha, página 237, dijeron sobre el particular que:

«A nuestro juicio, tal interpretación no es tan evidente (se refieren a la posibilidad supraescrita en las líneas inmediatamente precedentes). Si consideramos que el artículo 4.º de la Ley se refiere exclusivamente a los patrimonios constituidos 'fuera de España', y entendemos que las cuentas de pesetas interiores no están constituidas fuera de España, sino dentro, debemos concluir que el artículo que nos ocupa (el 4.º, 2, de la Ley 40/1979) no es aplicable, y, en consecuencia, conserva su vigencia la norma 7.ª de la Circular 248, debiendo, por tanto, cancelarse de oficio la cuenta de pesetas interiores y traspasarse su saldo a una cuenta ordinaria».

2) Depositario de la cuenta.—En un principio se admitió que fuese tal un establecimiento bancario, delegado o no, resultando tal régimen de permisividad del artículo 5.º de la Resolución de 19 de julio de 1961, a cuyo tenor:

«Serán cuentas extranjeras en pesetas interiores las abiertas por los establecimientos bancarios, ejerzan o no funciones delegadas del IEME, a nombre de personas jurídicas extranjeras o personas físicas, españolas o extranjeras, con residencia habitual en el extranjero...».

A partir de la Circular 283, de 8 de marzo de 1972, la apertura de las cuentas en pesetas interiores va inexorablemente ligada a la operatividad profesional de la Banca delegada, criterio que viene a ser consolidado definitivamente por la intervención de la misma, que en la materia deviene imprescindible, y que resulta impuesta en términos generales, y al máximo nivel de preeminencia normativa, por el artículo 5.º de la Ley 40/1979, en los términos que antes expusimos.

b') *Elementos objetivos y funcionales*

Como la línea divisoria entre ambos presupuestos no aparece suficientemente nítida, existiendo entre los mismos franjas intersticiales de considerable envergadura y opacidad, vamos ahora a exponerlos conjuntamente sin remilgos dogmáticos que pudiesen empañar la consecución de la elucidación pretendida, incluyendo dentro de la dicotomía de contingencias requisitales que dan título a este epígrafe aquellos que hagan referencia a los condicionamientos afectantes a la apertura y movilización de las cuentas que estamos examinando en estas páginas.

1) Apertura de las cuentas.—De conformidad con lo prevenido en la norma 6.ª de la Resolución de 19 de julio de 1961 y en la norma 1.ª,

apartado 2, de la Circular 283, de 8 de marzo de 1972, toda apertura de cuentas extranjeras en pesetas interiores requiere la previa autorización de la DGTE que debe ser demandada en el momento en que se produzca la primera partida de abono.

De todos modos no podemos olvidar ahora que antes alegamos acerca de la conversión forzosa de la cuenta en pesetas ordinarias cuando se producía un cambio en la situación administrativa territorial del titular, que de residente pasaba a no residente en nuestro país, cuestión a la que nos referimos con suficiente extensión anteriormente.

Así pues, se requería la previa habilitación administrativa para proceder legítimamente a la apertura de una cuenta de las que nos ocupa, credencial permisiva cuyo discernimiento fue inicialmente atribuido al antiguo IEME, organismo de control en el ámbito que estamos viendo, que fue extinguido en virtud del Decreto 1791/1972, de 26 de julio, que, por otro lado, confirió al entonces existente Ministerio de Comercio la competencialidad hasta ese momento acreditada en este entorno por el IEME, en virtud de los pedimentos contenidos, al efecto, en el Decreto de 24 de noviembre de 1939, cuyo artículo 5.º, apartado K), le convertía en absoluto protagonista administrativo a los efectos de «autorizar los ingresos y abonos en pesetas en cuentas de residentes en el extranjero y la movilización de los saldos de dichas cuentas»; siendo destacable al respecto que la previa autorización para el oportuno abrimiento de las cuentas que estamos estudiando era, en todo caso, imprescindible, sea cual fuere la clase y el origen de los fondos constitutivos de la primera partida de abono.

2) Movilización de las referidas cuentas.—Una vez legítimamente abiertas las mismas, la Resolución del IEME de 19 de julio de 1961 exigió la autorización administrativa previa para la virtualidad de cualquier anotación contable que atañiese a las referidas cuentas, aunque es de notar que tal sistema de absoluta intervención funcional era, en definitiva, modificada levemente por el contenido regulativo de dicha Resolución, cuyo artículo 8.º autorizaba la práctica de determinados asientos sin previa autorización administrativa individualizada, enumeración de contenido tasado que fue objeto de alteración por la Circular 283, norma 2.ª; temática en la que también incidió con fuerza el antiguo RIE (arts. 2.º, 2, 1, y 19, 2), así como las Resoluciones de 20 de diciembre de 1974 y la fundamental de 25 de enero de 1975.

En virtud de la normativa aludida resultaban absolutamente liberalizados aquellos apuntes que tuvieren por objeto alguno de los apartados que a continuación vamos a transcribir.

a) *Abonos.*

1) El importe de pensiones, sueldos y emolumentos devengados por el titular de la cuenta que no disfrutasen del carácter de transferibles. Ello resulta de la Resolución del IEME de 19 de julio de 1961, norma 8.^a, apartado 8, 1. Al respecto debe tenerse particularmente en cuenta la preceptiva que se deduce de la Orden ministerial de 14 de septiembre de 1979 sobre liberalización exterior de operaciones invisibles corrientes, así como la Circular 14/1979 de la DGTE sobre normas operativas para la puesta en ejecución de lo establecido por dicha Orden, y también la Circular 19/1981 de la misma Dirección General, modificativa de la anterior.

En virtud de este conjunto preceptuador, de enorme trascendencia en la «practicidad» financiera del sector exterior español, liberalizador en el ámbito de operaciones invisibles corrientes, los trabajadores extranjeros residentes en España, en defecto de acuerdos internacionales que les afecten, pueden transferir hasta el 50 por 100 de su salario, mediante la presentación de su contrato de trabajo y de una certificación de la Entidad o empresa española en la que laboren, indicativa de la remuneración total percibida por el interesado. Cuando se pretenda transferir una cantidad superior a dicho porcentaje deberá obtenerse previamente la oportuna autorización de la DGTE, salvo que se trate de trabajadores fronterizos, los cuales pueden transferir la totalidad de sus emolumentos, sin previa declaración ante dicho Organismo, una vez deducidos los gastos de subsistencia, los impuestos y los seguros sociales.

2) El importe de rentas, dividendos y otros ingresos que no disfruten del carácter de transferibles.—Este concepto, absolutamente liberalizado, contenido en la norma 8.^a, apartado 8, 2, de la Resolución de 19 de julio de 1961, pervivió, aunque con restricciones, en el impulso normativo impuesto por la Circular 283, cuya instrucción 2.^a, apartado A), 1, decía que podían ingresarse directamente en cuenta extranjera de pesetas interiores: «Las plusvalías obtenidas, tomando como base los valores declarados en escritura pública, de la venta de inmuebles efectuada por un no residente si la inversión primera se efectuó en divisas convertibles o con cargo a cuentas en pesetas convertibles; o la totalidad del importe de la venta si la inversión se efectuó con cargo a fondos procedentes de cuentas extranjeras de pesetas interiores».

Pues bien, el régimen jurídico de tales plusvalías, en suma, resultado de la mejorabilidad del bien transmitido debido al impulso de la naturaleza, del tiempo o del esfuerzo del transmitente, sufrió una variación

cósmica en virtud de la procura normativa impuesta por la dicción absolutamente imperativa que figura en el artículo 26 del antiguo RIE, según el cual:

«1. Cuando la adquisición de inmuebles se hubiese efectuado mediante aportación dineraria exterior, el titular del inmueble gozará de la facultad de transferir al exterior la totalidad del precio real, en caso de venta, siempre que el mismo no sea consecuencia de una actividad especulativa.

2. Cuando la adquisición del inmueble se efectúe con cargo a cuenta extranjera de pesetas interiores, según la modalidad establecida en el número 2 del artículo 19 de este Reglamento, el titular del inmueble tendrá el derecho de transferencia al exterior que se determine en la autorización referida en dicho artículo».

En virtud de lo argüido se deducía que cuando hubiese mediado en la compra del inmueble —ulteriormente vendido por un no residente, titular del mismo— aportación dineraria exterior, lo legítimamente transferible al extranjero no era sólo el precio de adquisición declarado en escritura, y hecho constar en el Registro de Inversiones Extranjeras, sino el real de la venta, lo cual conllevaba que la minusvalía del tal precio en relación con el inicial de a compra pagado por el no residente —ulterior vendedor— era a cargo del mismo, siendo ello lógica consecuencia del riesgo dominical que como dueño asumía. En contrapartida, si el precio real de la venta excedía del de la compra, la diferencia en más (plusvalía en sentido estricto) resultaba transferible al extranjero siempre que en su génesis no hubiere mediado actividad especulativa por parte del no residente vendedor, presunto expatriador de tal plusvalía.

En aquellos eventos dispositivos, instrumentados por un titular dominical no residente que hubiere satisfecho el precio de su compra con capitales consistentes en pesetas interiores, se tenía que acudir a la autorización que al efecto se le concedió en tal sentido, a fin de comprobar la existencia o no del derecho de transferir al exterior el ulterior precio de venta, y cuáles eran las condiciones ciñentes de su ejercicio.

Al respecto, conviene no olvidar la doble posibilidad que en este orden de cosas ofrecía la hipotética utilización de los saldos de las cuentas extranjeras en pesetas interiores, ya que si los mismos eran empleados en la compra de inmuebles con autorización administrativa personalizada, a través de la misma podía surgir tal derecho de transferencia. Por el contrario, si el no residente, titular de una cuenta de tales pesetas, hacía uso de la autorización genérica que le ofreció el apartado 2

de la Resolución de 23 de enero de 1975, que examinaremos más tarde, tal derecho de transferencia no podía en modo alguno nacer.

De lo dicho se infiere, como lógico corolario de presencia ineluctable, que el precio de la venta de un inmueble efectuado por un no residente era o no transferible al extranjero, en función de que en la compra del mismo el referido no residente, titular dominical que ulteriormente enajena, hubiere invertido aportación dineraria exterior o pesetas interiores, y en este último caso que hubiese concurrido autorización individual o genérica para su utilización.

Por lo atañente a las plusvalías de la enajenación, éstas serán acreditadas en una cuenta extranjera de pesetas interiores, siempre que hubiere mediado actividad especulativa procedente del enajenante, o bien, aunque ello no hubiere así acaecido, el inmueble vendido hubiese sido previamente pagado con pesetas interiores, utilizadas al amparo de la Resolución de 23 de enero de 1975, antes vista, y que su caso, aunque se hubiese obtenido licencia administrativa especial, la misma no confitiese al no residente autorización para transferir tales plusvalías.

Por lo tocante a las inversiones en cartera, cuando la compra de acciones admitidas a cotización oficial en Bolsa, fondos públicos o títulos privados de renta fija, no se hubiere efectuado en la forma prescrita en la norma 1.^a de la antes dicha Resolución de 23 de enero de 1975, determinante de los requisitos para poder gozar del derecho de transferencia del importe conseguido con la enajenación ulterior de tales títulos-valores, el mismo debía acreditarse en una cuenta extranjera de pesetas interiores del propio modo, deduciéndose ello de lo propuesto por la norma 1.^a de la Resolución inmediatamente citada que veremos luego.

Dentro del concepto de «rentas», utilizado en el epígrafe liberalizador contenido en la antes aludida norma 8.^a, del apartado 8, 2, de la Resolución de 19 de julio de 1961, debemos incluir los alquileres de los edificios, en definitiva, frutos civiles, a tenor de lo previsto por el artículo 355, 3, del Código Civil («Son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias y otras análogas»), merced arrendaticia que el antiguo RIE declaraba transferible a tenor de lo previsto en el artículo 27 del mismo («Los alquileres de inmuebles adquiridos con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo serán transferibles al exterior siempre que: a) Se encuentre totalmente pagado el precio de adquisición; y b) El titular se encuentre al corriente de las obligaciones fiscales derivadas del inmueble»).

Por su parte, la Resolución de 30 de julio de 1975, por la que se regulaba la adquisición de determinados inmuebles urbanos por personas

físicas no residentes en España vino a trascender en un doble sentido en el sector de los alquileres que estamos viendo, al decir, por una parte, en su norma 3.^a, b), que el alquiler devengado por el dueño de los locales cuya adquisición liberaliza tal norma en virtud del arrendamiento de los mismos no se considera inversión empresarial, declaración normativa de gran resonancia en el ámbito de la concreta autorización que para la inversión inmobiliaria en sí misma proceda. Por otra parte, y con directa atinencia en lo que ahora estamos exponiendo, la norma 7.^a de dicha Resolución decía que:

«1. Los alquileres de inmuebles adquiridos al amparo de lo dispuesto en el capítulo VI del Reglamento de Inversiones Extranjeras, o en esta Resolución, serán transferibles al exterior siempre que habiendo sido los inmuebles adquiridos con aportación dineraria exterior:

- a) Su precio de adquisición se encuentre totalmente pagado.
- b) El titular se encuentre al corriente en las obligaciones fiscales derivadas del inmueble.

2. En los inmuebles adquiridos con cargo a saldos de las cuentas de pesetas interiores se estará a lo establecido en la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 23 de enero de 1975, por la que se dictan normas sobre la utilización de saldos de cuentas extranjeras de pesetas interiores, en su apartado II, 2».

A su vez, la Resolución últimamente citada de la DGTE de 23 de enero de 1975 mantenía, en su apartado 2, que los inmuebles adquiridos a base de la autorización genérica que el mismo artículo conformaba para utilizar pesetas interiores como posible precio de compra de los mismos no podían ser alquilados. Cuando tales pesetas interiores han sido empleadas de acuerdo con alguna específica autorización concedida por la DGTE para la compra de inmuebles, habría que atenerse a los términos de la misma para saber si tales podían o no ser objeto de arrendamiento.

Así pues, en virtud de toda la normativa expuesta, los alquileres devengados por no residentes deberían o no ser ingresados en una cuenta extranjera de pesetas en atención a que los mismos fuesen o no —de acuerdo con lo expuesto— transferibles al extranjero.

3) El importe de premios o reintegrós de la Lotería Nacional obtenidos sobre billetes o participaciones propiedad de no residentes.—Este epígrafe resulta de la norma 8.^a, apartado 8, 3, de la Resolución pluricitada de 19 de julio de 1961, así como de la Circular, también plurialudida, 283, de 8 de marzo de 1972, que se ocupa del mismo en su instrucción 2.^a, apartado a), 2.

Señalan D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en su obra dicha, página 242, que:

«La redacción de ambas disposiciones (las inmediatamente aludidas en las líneas supraescritas) se refería únicamente a los billetes o participaciones que hubieran sido adquiridos con pesetas interiores, y cumpliendo con las formalidades de las Ordenes de la Presidencia del Gobierno de 6 de junio de 1963 y del Ministerio de Hacienda de 26 de junio de 1963. Puesto que, según dichas Ordenes, cuando los billetes o participaciones hubiesen sido adquiridas con aportación dineraria exterior (y cumpliendo las formalidades legales) existía el derecho de transferencia al exterior del importe de premios y reintegros».

Por lo tocante a este concepto de abono, el mismo resultó regulado por la ya mencionada Orden de 14 de octubre de 1979 sobre liberalización de operaciones invisibles corrientes, y la Circular 14/1979 de la DGTE, que la desarrolla. Según estas disposiciones, las transferencias al exterior por el concepto de premios o reintegros de la Lotería Nacional resultaron normativamente habilitadas, por lo que este epígrafe cesó en su concreta operatividad a partir de la entrada en vigor de la Orden antes dicha de 14 de septiembre de 1979.

4) Los intereses devengados sobre los saldos de las propias cuentas de pesetas interiores, resultando la viabilidad liberalizadora en cuanto a este singular concepto de la Resolución de 19 de julio de 1961, norma 8.^a, apartado 8, 4, y de la Circular 283, instrucción 2.^a, apartado A), 3.

5) El importe de las cantidades procedentes de otras cuentas de pesetas interiores, o sea, los traspasos de cuenta a cuenta, liberalizados no en virtud de la citada Resolución de 19 de julio de 1961, sino únicamente de acuerdo con lo normativamente propuesto por la Circular 283, instrucción 2.^a, apartado A), 4.

Como remate de lo alegado sólo me queda poner de relieve las disfunciones y asimetrías que mediaban entre la plurimencionada Resolución de 19 de julio de 1961 y la Circular 283, de 8 de marzo; desarmonía que ha hecho decir a los citados autores D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en su obra dicha, página 243, que:

«Como habrá podido observar el lector, entre lo dispuesto por la Resolución del IEME de 19 de julio de 1961 y lo dispuesto por la Circular 283 existen algunas discrepancias. Estas son apreciables en el epígrafe 1.º (incluido en la Resolución, pero no en la Circular), en el epígrafe 2.º (en los que las redacciones de Resolución y Circular difieren notablemente) y en el epígrafe 5.º (incluido en la Circular, pero no en la Resolución).

En la actualidad, la cuestión presenta un interés puramente histórico, por lo que no creemos útil empeñarnos en una interpretación profunda y preocupada de las divergencias preceptuales aludidas, que fundaron acerbas críticas dirigidas a la ligereza con que actuó el legislador al respecto.

b) *Adeudos.*

Aparecían liberalizados los motivados por los siguientes conceptos:

1) Las disposiciones que pudiese efectuar el propio titular para costear adecuadamente sus gastos de estancia (y de sus familiares hasta el segundo grado de parentesco); gastos que si bien inicialmente aparecían limitados por la Resolución de 19 de julio de 1961, norma 8.^a, apartado 8, 5, hasta un máximo mensual de 60.000 pesetas, con posterioridad fueron liberalizados absolutamente en cuanto a su montante concreto por la Circular 283, que reitera en su instrucción 2.^a, apartado B), 1, lo propuesto al efecto por la citada Resolución, pero sin fijar límite cuantitativo alguno.

2) Las disposiciones, sin límite de cantidad, que pudieran acaecer para subvenir a los gastos de estancia en España del personal directivo, cuando el titular de la cuenta sea una persona jurídica.

Este epígrafe liberalizado se contiene en la Resolución del IEME antes aludida, que se ocupa del mismo en su norma 8.^a, apartado 8, 6, estableciendo, al efecto, un máximo mensual de 200.000 pesetas; cortapisa cuantitativa no recogida por la Circular 283, que reproduce el mismo concepto en su instrucción 2.^a, apartado B), 2, eliminando toda referencia al aludido límite.

3) Aquellas disposiciones que fuesen ahormables en el entorno adquisitivo de los títulos-valores a los que se refería la Resolución de la DGTE de 23 de enero de 1975, materia anteriormente regulada en la anterior del IEME de 19 de julio de 1961 (norma 8.^a, apartado 8, 7) y en la Circular 283 (instrucción 2.^a, apartado B), 3) y que como consecuencia de la Resolución de 23 de enero de 1975, últimamente mencionada, habían quedado decaídas en su vigencia.

La Resolución últimamente mencionada señalaba en su apartado 1.^o que:

«1. Se autoriza con carácter general a las personas jurídicas extranjeras, con exclusión de sus establecimientos en España, y a las personas físicas no residentes, españolas o extranjeras, para utilizar los saldos de

sus cuentas extranjeras de pesetas interiores, salvo que en la autorización de la apertura de la cuenta se hubiere establecido otra cosa, en la adquisición de acciones admitidas a cotización oficial en Bolsa, así como de fondos públicos y títulos privados de renta fija.

2. Los titulares de estas inversiones extranjeras podrán transferir al exterior el importe de los correspondientes intereses o dividendos legalmente repartidos y el producto obtenido por la venta en Bolsa de los correspondientes derechos de suscripción.

El importe de la venta de los títulos de inversiones de cartera sólo podrá ser transferido al exterior si la inversión hubiere permanecido ininterrumpidamente en los mismos valores durante un período de tiempo superior, en todo caso, a los tres años. En cualquier otro supuesto el producto de la correspondiente liquidación será acreditado de nuevo a «cuentas extranjeras de pesetas interiores».

4) Las disposiciones motivadas para la adquisición de fincas urbanas en las condiciones descritas por la Resolución antes dicha de la DGTE de 23 de enero de 1975, que vino a derogar, al respecto, lo propugnado en este entorno por la norma 8.^a, apartado 8, 8, de la Resolución del IEME de 19 de julio de 1961 y la instrucción 2.^a, apartado B), 4, de la Circular 283.

Dicha Resolución de 23 de enero de 1975 señalaba, al efecto, en su apartado 2, que:

«1. Se autoriza con carácter general a las personas físicas residentes en el extranjero para la utilización de los saldos de sus cuentas extranjeras de pesetas interiores, salvo que en la autorización de apertura de la cuenta se hubiere establecido otra cosa, para la adquisición de fincas urbanas destinadas exclusivamente al propio uso o disfrute del titular.

2. Limitado el destino de los referidos inmuebles al propio uso o disfrute del titular, no podrán devengar alquileres.

3. Con los mismos medios y a los mismos efectos los españoles con residencia en el extranjero podrán adquirir fincas rústicas.

4. En el supuesto de venta de los inmuebles adquiridos en la forma indicada anteriormente, el importe del precio real será acreditado de nuevo a cuentas extranjeras de pesetas interiores».

5) Las disposiciones derivadas de las adquisiciones por cuenta del titular de la cuenta de billetes o participaciones en sorteos de la Lotería Nacional, resultando la liberalización de tal concepto de lo propuesto

por la Resolución del IEME de 19 de julio de 1961, en virtud de su norma 8.^a, apartado 8, 10, y Circular 283, instrucción 2.^a, apartado B), 5.

6) Las disposiciones tendentes a provocar el traspaso de cantidades integradas en una cuenta extranjera de pesetas interiores a otra de la misma tipología, deduciéndose la liberalización de tal epígrafe de lo contenido en la Circular 283, instrucción 2.^a, apartado B), 6.

7) La Resolución del IEME de 19 de julio de 1961, en su norma 8.^a, apartado 8, 9, aludida a otro posible adeudo liberalizado, que era el referente a las disposiciones encaminadas a la inversión en créditos hipotecarios, concepto que fue con posterioridad suprimido por la Resolución de la DGTE de 23 de enero de 1975.

II. REGIMEN JURIDICO ACTUAL DE CUENTAS EXTRANJERAS

Tal régimen se apoya sobre un trípode normativo integrado por la LIE y el RIE, de reciente promulgación; el Real Decreto 1723/1985, desarrollado por la Resolución de la DGTE de 20 de diciembre de 1985; la Circular 53/1986, de 18 de marzo, de la DGTE, y la preceptiva resultante de legislación sobre Control de Cambios, representada, básicamente, por la Ley 40/1979 y el Decreto de su ejecución 2402/1980, que viene a constituirse en el marco fundamental de encuadramiento de toda la fenomenología del «mercado exterior», de resolutive prevalencia jerárquica sobre el resto de las muestras preceptuales dichas, abarcando incluso las vertientes de punición civil y propiamente penal (legitimada esta última, normativamente, por la Ley Orgánica 10, de 16 de agosto de 1983, que dio nueva redacción al capítulo II de la Ley 40/1979, antes dicha), congruentemente ligadas a la infracción en este sector.

De tal conjunto preceptivo destaca, por su peculiar repercusión en la temática que constituye nuestro objetivo prioritario de análisis, la regulación que el mismo efectúa de la posibilidad de que sólo a los específicos efectos del control de cambios concurren en una misma persona las condiciones de «residente y no residente» —cuestión ya aludida en las páginas precedentes—, siendo, del propio modo, precípua la caracterización que de las mismas condiciones territoriales efectúa tal singular preceptiva, que se ocupa, también, de predeterminar la prueba de tales *status* residenciales positivos y negativos.

Por su parte, en la LIE y el RIE, de novísima promulgación, se contienen asimismo puntuales referencias a las cuentas que motivan este

epígrafe, toda vez que las mismas constituyen la espina dorsal del sistema instaurado por tales cuerpos normativos, siendo indicativo de lo que estamos aduciendo el propio artículo 2.º del aludido RIE que motiva estos comentarios.

Por otra parte, tenemos que resaltar el papel preponderante —considerado en función de módulos financiero-operativos— del indicado Real Decreto 1723/1985, de 28 de agosto, que viene a simplificar y unificar el sistema de cuentas extranjeras, acometiendo esta tarea a base de lo previsto en sus artículos 1.º y 2.º, que ya hemos visto en las páginas precedentes, y a las que nos remitimos con la finalidad de evitar innecesarias reiteraciones.

En virtud de estos fundamentales preceptos, el sistema financiero de instrumentación bancaria queda estructurado, en lo sucesivo, por lo que al entorno exterior se refiere, en dos grandes grupos de cuentas extranjeras: las en pesetas convertibles y las en pesetas ordinarias, refundiéndose en las mismas todas las hasta el momento de entrada en vigor del Real Decreto aludido —1 de enero de 1986— fueron operativas en este ámbito, y cuyo régimen jurídico hemos expuesto anteriormente, en sus grandes líneas maestras.

Por lo atinente a las cuentas extranjeras en pesetas ordinarias, las fuentes de su regulación son, a nivel básico, el Real Decreto 1723/1985, tantas veces mencionado, que las crea, y se ocupa a grandes rasgos de ellas, relegando la articulación concreta de su operatividad a la legislación de desarrollo, representada, hasta el momento presente, por la Resolución antes aludida de 20 de diciembre de 1985, de la DGTE, y por la muy reciente Circular 33/1986, de 18 de marzo de 1986 (BOE de 12 de abril del mismo año), dimanante del mismo Organismo que dictó la anterior Resolución, cuya instrucción 1.ª, apartado 1, manifiesta que:

«Las 'cuentas extranjeras en pesetas ordinarias' abiertas en las Entidades delegadas a nombre de no residentes se regirán por la Resolución de 20 de diciembre de 1985, de esta Dirección General (en adelante, Resolución) y por las instrucciones de la presente Circular».

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en virtud de la propuesta normativa que contiene la disposición final primera del Real Decreto 1723/1985 («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») las fuentes normativas que en lo sucesivo puedan atañer a las cuentas que nos ocupan ahora, no sólo serán las derivadas de la propia actividad reglamentaria cuya titularidad corresponde al Gobierno

en pleno de conformidad con lo estipulado en el artículo 97 de la Constitución, sino que también deberán ser tenidas muy en cuenta, como es ya tradicional en este sector, las disposiciones generales e instructorias, de grado jerárquico inferior, dimanantes de la DGTE y del Banco de España, entidad cuya titularidad reglamentaria debe acogerse con notoria cautela.

A) CONDICIONES DEL TITULAR

De la normativa que estamos viendo se desprende, con caracteres de absoluta necesidad, que el titular de las cuentas que estamos contemplando, bien sea una persona física o moral, nacional o extranjera, debe siempre ostentar la condición de «no residente» a lo largo de todo el período de vigencia de las mismas.

Tal resulta, en primer lugar, del artículo 1.º del Real Decreto, que ha sido ya expuesto en otros pasajes de este trabajo. Corroborando el criterio que se deduce de tal precepto, el artículo 2.º de la Resolución dice, al respecto, en su párrafo 1 que:

«Pueden ser titulares de las cuentas las personas físicas o jurídicas no residentes».

Por su parte, la Circular, tras sentar en su artículo 1.º, 1, que «las cuentas extranjeras en pesetas ordinarias abiertas en las Entidades delegadas a nombre de no residentes...», impone en su párrafo 3 que «la condición de no residente de los titulares de las cuentas deberá acreditarse anualmente en la forma establecida en el artículo 9.º, 2, del Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, sobre régimen jurídico de control de cambios» («La condición de no residente deberá acreditarse:

a) Las personas físicas españolas, mediante certificación de la autoridad consular española expedida con una antelación máxima de dos meses, que acredite su inscripción en el Registro de Residentes del Consulado correspondiente.

b) Los diplomáticos españoles acreditados en el extranjero y el personal español que preste servicios en Embajadas y Consulados españoles en el extranjero o en Organizaciones internacionales, mediante pasaporte diplomático o certificación del Organismo correspondiente en lo que conste tal situación.

c) Las personas físicas extranjeras, mediante certificación negativa de residencia expedida por el Ministerio del Interior con antelación máxima de dos meses.

d) Los diplomáticos extranjeros acreditados en España y el personal extranjero que preste servicios en Embajadas y Consulados extranjeros o en Organizaciones interacionales en España, mediante tarjeta de identidad expedida por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

e) Las personas jurídicas domiciliadas en el extranjero, mediante documento fehaciente que acredite su naturaleza y domicilio.

f) Las sucursales y establecimientos en el extranjero de las personas jurídicas españolas o de las personas físicas residentes en España, mediante certificación del Cónsul español correspondiente de que se hallan constituidos, en el país de que se trate)», criterio normativo de remisión que no es sino la confirmación, a nivel de la Circular que nos ocupa, de lo que en términos menos precisos (en cuanto que omite toda referencia al plazo anual de confirmaciones reiteradas de la situación de no residencia del titular de la cuenta) aparece consignado en el párrafo 2 del artículo 2.º de la Resolución («La condición de no residentes de sus titulares deberá acreditarse conforme a lo dispuesto en el artículo 9.º, 2, del Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, sobre Régimen Jurídico del Control de Cambios»).

Vemos, pues, cómo la condición de no residente es imprescindible para poder ser titular de una cuenta de esta naturaleza; consecuentemente, un cambio en tal *status*, que debe mantenerse a lo largo de todo el periplo existencial de la misma, determina fatalmente que suceda lo que propicia el párrafo 3 del artículo 2.º de la Resolución, a cuyo tenor:

«Cuando los titulares sean personas físicas y adquieran residencia en España las cuentas perderán la condición de extranjeras y se regularán por el régimen general establecido para las cuentas de pesetas ordinarias de residentes».

Lo que procede en tal hipótesis es, pues, la cancelación de la cuenta extranjera en pesetas ordinarias y la apertura de otra en pesetas ordinarias de residentes, en donde deberá figurar como primera partida de abono el saldo que acreditaba la cuenta que, previamente, se canceló por adquirir su titular la residencia en España (o no demostrar anualmente la residencia foránea, de conformidad con lo prescrito en el artículo últimamente transcrito).

B) APERTURA Y MOVILIZACIÓN DE ESTAS CUENTAS

a) *Apertura*

Frente al criterio marcadamente restrictivo que transió el régimen de apertura de las cuentas extranjeras de pesetas interiores, necesita-

das, en todo caso, de la pertinente autorización administrativa individualizada, tal como ha quedado expuesto en las páginas antecedentes, el artículo 4.º del Real Decreto 1723/1985 se reproduce en términos de lenificante generosidad al respecto, al pregonar que:

«Las Entidades delegadas quedan autorizadas para la apertura, movilización y cancelación de las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias, con sujeción a lo previsto en el presente Real Decreto y en sus normas de desarrollo».

Por su parte, en perfecta asonancia normativa con el precepto que acabamos de transcribir, el artículo 1.º de la Resolución de 20 de diciembre de 1985 (en lo sucesivo, la Resolución) sienta a su vez que:

«Las Entidades delegadas quedan autorizadas para la apertura, movilización y cancelación de las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias, con sujeción a lo previsto en el Real Decreto 1723/1985 y en la presente disposición».

De ambas disposiciones, literalmente vertidas en las líneas supraescritas, se desprende un absoluto régimen liberalizado en cuanto a la apertura de las cuentas que nos ocupan, siempre que la misma acaezca en alguna de las Entidades delegadas, y que su instrumentación contable discorra por los cauces técnico-operativos delineados por el párrafo 2 de la Circular 33/1986 (en lo sucesivo, la Circular), según el cual:

2. Las citadas cuentas (extranjeras en pesetas ordinarias) podrán revestir la forma de depósitos a la vista, de ahorro o imposiciones a plazo denominadas en pesetas ordinarias. La obtención de recursos de no residentes, en pesetas ordinarias, bajo forma distinta requerirá la previa autorización de la Dirección General de Transacciones Exteriores. Especialmente queda sujeta a este requisito la creación o transmisión a no residentes de certificados de depósitos denominados en pesetas».

Este precepto, cuya propinquidad normativa con el artículo 1.º, 2, contenido en la Orden de 25 de enero de 1981, relativo a las cuentas extranjeras de pesetas convertibles, es íntima, de conformidad con lo anteriormente expuesto en estas páginas, impone una forma tasada de ordenación contable e instrumental de las cuentas que estamos viendo, más allá del cual la obtención de la pertinente autorización administrativa deviene ineluctable.

b) *Movilización*

a') *Apuntes de abono*.—Partiendo de la premisa liberalizadora que instauran los artículos 4.º del Real Decreto y 1.º de la Resolución, el artículo 3.º, apartado 1, de la misma sienta que:

«Las operaciones de abono de estas cuentas serán libres, sin perjuicio de la aplicación en cada caso del régimen general de control de cambios y de lo dispuesto en esta Resolución».

Aportando detalle de ejecución a este pedimento autorizativo, la instrucción 3.ª de la Circular se ocupa del mismo en sus apartados 2 («Las operaciones de abono en estas cuentas serán libres, sin necesidad de acreditar sus titulares el origen de los fondos, de conformidad con lo prevenido en el artículo 3.º de la Resolución. No obstante, dicha libertad de abono no supone que el titular de las cuentas quede exonerado de las posibles responsabilidades en materia de Control de Cambios en que hubiera podido incurrir, por las operaciones en que se originaran tales fondos objeto de abono»), 3 («Los titulares de estas cuentas podrán efectuar en las mismas ingresos de billetes del Banco de España, sin límite de cantidad, tanto si los hubieren aportado a su entrada en España [artículo 6.º, 1, 1, de la Orden de 24 de mayo de 1985 del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre franquicias dinerarias para viajes al extranjero —BOE de 3 de junio—] como si las hubiera recibido en nuestro país, de acuerdo con las normas vigentes») y 4 («Las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias podrán ser también abonadas con los importes en pesetas»).

De todo el paquete de medidas normativas que contiene el bloque textualizador alegado resalta el dato de que, si bien la movilización al abono es libre, tratándose de las cuentas que estamos viendo, ello no es óbice para la presunta incidencia del titular movilizador en algunos de los supuestos fácticos de ilicitud preordenador en el capítulo II de la Ley 40/1979.

Por lo demás, el resto del pálpito ordenador que resulta del conjunto preceptual supratranscrito se inscribe en la línea de la liberalización propugnada respecto a estas cuentas, por las reglas que ya hemos tenido ocasión de aducir anteriormente, ocupándose dicho conjunto regulador de explicitar algunos casos particulares, sin mayor trascendencia especulativa.

b') *Apuntes de adeudo*.—Pese a la liberalización contundentemente anunciada por el artículo 4.º del Real Decreto (y preceptos concordantes

de los otros cuerpos normativos que nos ocupan), ya visto, lo cierto es que tratándose de las partidas de adeudo, la liberalización no es completa, siéndonos legítimo distinguir respecto de las mismas las absolutamente liberalizadas, y las que no lo son. Veamos:

a) *Partidas al cargo liberalizadas.*—De contenido del artículo 5.º, 2, del Real Decreto («Salvo autorización administrativa de carácter general o específico, los saldos de las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias sólo podrán utilizarse para gastos de estancia en España»), parece desprenderse que el único capítulo de disponibilidad contable sobre los saldos de las cuentas que estamos viendo es el que se contrae a los cargos que puedan traer causa de los gastos de estancia de su titular (y familia) en España (y ello sin límite cuantitativo al no imponer, al respecto, tope de ninguna clase el precepto últimamente supratranscrito).

De todos modos, tal sistema de rigidez es ampliamente atemperado por la procura prescriptiva que resulta del artículo 4.º de la Resolución, según el cual:

«1. Los saldos de estas cuentas podrán utilizarse libremente para realizar gastos de estancias en España o para efectuar traspasos a otras cuentas de pesetas ordinarias.

2. Se autoriza con carácter general el empleo de dichos saldos para la realización de inversiones extranjeras en España, cuyo régimen será el regulado en la Ley y Reglamento de Inversiones Extranjeras, y en las disposiciones de desarrollo, sin perjuicio de lo establecido en la presente disposición.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 28, número 2, del Reglamento, estas inversiones no serán objeto de declaración al Registro de Inversiones, con excepción de lo establecido en el artículo siguiente.

3. Las inversiones mencionadas en el párrafo anterior no generarán derecho de transferencia al exterior a favor de su titular, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

4. Cualquier otro destino de los saldos de estas cuentas distinto de los mencionados en los párrafos anteriores requerirá autorización de la Dirección General de Transacciones Exteriores».

De este precepto resulta que los apuntes al abono liberalizados en estas cuentas son los resultantes de las disposiciones que su titular efectúe por:

a) Gastos de estancias.

- b) Traspasos a otras cuentas de pesetas ordinarias.
- c) De la realización de inversiones extranjeras en España.

Veamos esta trilogía de epígrafes liberalizados en cuanto a su posible práctica en las cuentas cuyo estudio estamos abordando.

Por lo tocante a los gastos de estancia, este concepto aparece reiterado por la instrucción 2.^a de la Resolución cuando señala en su apartado 1 que:

«1. Los saldos de estas cuentas podrán utilizarse dentro del territorio nacional:

- Bien para realizar gastos de estancia en España.
- ...»

Este concepto liberalizado es el heredero directo de aquel que con el mismo contenido parecería como tributario de las antiguas cuentas extranjeras de pesetas interiores, que si bien en un principio resultaba coercido por determinados límites cuantitativos (sistema de la Resolución del IEME de 19 de julio de 1961), fue totalmente desconectado de trabas, en cuanto a su *quantum* concreto, por la Circular 283, de 8 de marzo de 1972, tal como ha quedado dicho en las páginas anteriores; sistema que ha perdurado en la actualidad respecto a las cuentas que estamos contemplando, y que coincide plenamente con lo impuesto por el artículo 7.º del Real Decreto 2402, en su primer apartado, según el cual: «Se autorizan con carácter general los pagos en pesetas o moneda extranjera de no residente a residentes, siempre que los mismos correspondan a gastos efectuados por no residentes como consecuencia de su estancia en España».

Por otra parte, aunque ni la Circular (ni tampoco el resto de la reciente normativa que estamos analizando) señala quiénes pueden ser los beneficiarios de tal concepto liberalizado, parece evidente que puedan incluirse dentro de los mismos, tanto a su titular como a sus familiares más próximos.

En último término, desde el punto de vista objetivo de a qué gastos, en concreto, se refiere el concepto liberalizado que estamos tratando, creo que deben incluirse dentro del membrete genérico de «gastos de estancia» todos aquellos que puedan ser ocasionados por las personas aludidas por alguna de las previsiones enumeradas por el artículo 142 del Código Civil («Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras

sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto en cuanto no estén cubiertos de otro modo»).

Considero, del propio modo, que los gastos funerarios —a los que alude el artículo 1.894 del mismo Código Civil— ocasionados por el fallecimiento del extranjero no residente en España, pueden ser costeados a costa del saldo de las cuentas que nos ocupan, como incluidos en la rúbrica genérica liberalizada que estamos viendo.

Por lo que atañe al segundo de los conceptos específicamente permitidos, y de posible cargo en las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias, es decir, a los atinentes a «los traspasos a otras cuentas de pesetas ordinarias», tal como resulta del artículo 4.º, 1, *in fine*, de la Resolución, tengo que decir, en primer lugar, que tal posibilidad no aparecía taxativamente liberalizada (como la anterior) por el artículo 5.º, 2, del Real Decreto, por lo que su estabilidad normativa, al aparecer autorizada en una resolución, es menor que la ostentada por la que acabamos de ver, relativa a los gastos de estancia, que aparece estipulada por un Real Decreto.

Por otro lado, la locución denotativa utilizada por dicho artículo 4.º, 1, de la Resolución («traspasos a otras cuentas de pesetas ordinarias») era asaz imprecisa, por cuanto que la misma igual podía referirse a otra cuenta extranjera en pesetas ordinarias, como a la propiamente abierta con pesetas ordinarias para residentes.

En la actualidad tal genérica expresión legal ha resultado interpretada normativamente como comprensiva de ambas posibilidades, ya que la instrucción 2.ª de la Circular, en su párrafo 3, y por lo tocante a la primera alternativa dicha, dice que: «Los traspasos entre 'cuentas extranjeras de pesetas ordinarias' podrán efectuarse libremente. Si los traspasos se efectúan entre cuentas abiertas en Entidades delegadas distintas, deberán llevarse a efecto mediante transferencia interbancaria, haciendo constar en el impreso de transferencia que se trata de una cuenta extranjera de esta naturaleza, de la que es titular el mandante»; no cabiendo duda, en virtud de tal clara y directa taxatividad, de que se hallan liberalizados los adeudos por transferencias de una cuenta extranjera en pesetas ordinarias a otra de idénticas características.

Por otra parte, la otra disyuntiva que indicamos, también es factible, tal como se desprende de la instrucción 3.ª de la Resolución, cuyo párrafo 1 señala que: «Los titulares de 'cuentas extranjeras de pesetas ordinarias' podrán ordenar traspasos de saldos de estas cuentas a las de pe-

setas ordinarias abiertas a nombre de residentes, si se trata del pago de los conceptos enumerados en la instrucción 2.^a, 1 (gastos de estancia e inversiones)». En virtud de lo dicho, la liberalización propugnada en términos generales por el artículo 4.^o, 1, del Real Decreto para los adeudos derivados de «traspasos a otras cuentas de pesetas ordinarias» engloba las dos posibilidades antes aludidas, que se deducen de las sendas instrucciones que hemos literalizado, divergiendo, no obstante, ambas hipótesis por la amplitud de la concesión, mucho más lata en la primera que en la segunda.

Por lo tocante el último de los capítulos al cargo que estamos comentando, o sea, el relativo a la instrumentación contable de aquellas disposiciones que tengan como referencia objetiva de imputación una inversión extranjera, el artículo 4.^o de la Resolución —ya transcrito— viene a aportar un criterio concesivo en este particular sector financiero que se inscribe en la órbita de la liberalización, llenando así de contenido lo previsto en términos muy generales por el artículo 4.^o del Real Decreto, cuyo contenido también quedó ya expuesto.

De este concepto genéricamente autorizado se ocupa, con particular incisividad, tanto el esquema pautador de la Resolución —artículos 4.^o a 7.^o— como aquél contenido en la Circular —instrucciones 4.^a a la 6.^a—, haciendo especial hincapié tales textos normativos en el posible derecho de transferencia al exterior que de la inversión vertebrada con los fondos de los saldos de las cuentas que estamos tratando pueda surgir, siendo así que el mismo no nace en todo caso.

Así, si la inversión con pesetas procedentes de dichos saldos de cuentas extranjeras de pesetas ordinarias se instrumenta a base de la autorización genérica preordenada por el contenido regulativo del párrafo 2 del artículo 4.^o del Real Decreto, ya visto, el derecho de transferencia queda yugulado de origen al respecto, tal como propugna, en términos de literalización concluyente, el apartado 3 del artículo últimamente citado, contéplado también con anterioridad.

Por el contrario, tal característico derecho de transferencia al exterior, que viene a constituirse en el tuétano esencial de la problemática de la inversión extranjera prototípica, si existe respecto a las inversiones estructuradas a base de los fondos integrantes de las referidas cuentas, siempre que se den las condiciones que prescribe en términos generales el artículo 5.^o de la Resolución, a cuyo tenor:

«1. Las inversiones extranjeras realizadas con fondos procedentes de las cuentas extranjeras en pesetas ordinarias gozarán de derecho de transferencia al exterior cuando concurren las siguientes circunstancias:

Primera.—Que el proyecto de inversión sea verificado positivamente por la Dirección General de Transacciones Exteriores. A tal efecto, el interesado presentará una solicitud a la que acompañará:

- O bien declaración formulada ante la Aduana de entrada acreditativa de la introducción en España de los billetes de banco utilizados para la inversión (cuyo modelo se aprobó por Circular de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, número 925, de 19 de junio de 1985 —BOE del 29—).
- O bien los justificantes correspondientes al origen de los fondos con los cuales se pretende hacer la inversión.

La Dirección General de Transacciones Exteriores podrá verificar negativamente el proyecto de inversión cuando los fondos hubieran sido obtenidos con infracción de las normas de control de cambios.

Segunda.—El interesado deberá aportar ante el fedatario público interviniente la verificación positiva de la Dirección General de Transacciones Exteriores, que sustituye a la certificación bancaria acreditativa de la aportación dineraria exterior.

Tercera.—La inversión deberá ser declarada al Registro de Inversiones de acuerdo con el procedimiento contenido en las normas sobre inversiones extranjeras.

Cuarta.—La inversión deberá mantenerse ininterrumpidamente durante un periodo mínimo de tres años.

2. El derecho de transferencia abarcará tanto los rendimientos de la inversión como el producto de la liquidación de la misma. No obstante, los rendimientos podrán ser transferidos desde el momento en que la inversión hubiera sido declarada ante el Registro de Inversiones, o desde que la inversión hubiera sido intervenida por fedatario público en los supuestos en que no estuviera sujeta a declaración, de conformidad con lo establecido en el artículo 28, número 2, del Reglamento de Inversiones Extranjeras».

Queda claro, pues, que el nacimiento del fundamental derecho de transferencia al exterior, en el caso que nos ocupa, queda condicionado al cumplimiento del sistema requisital previsto en el artículo que acabamos de transcribir, y cuya procura debe ser cohonestada con la propuesta por la normativa contenida en la Circular, en los términos que a continuación vamos a contemplar.

Como justificante documental a aportar por el interesado, extranjero o nacional no residente, presunto inversor con fondos procedentes de

las cuentas que estamos viendo, y que deberá acompañar a la solicitud deducida al efecto ante la DGTE, el referido artículo 5.º, en su apartado 1, primer párrafo, relaciona aquellos justificantes escriturarios indicativos de la procedencia foránea o, en su caso, nacional de los fondos que pretenda consumir en la inversión proyectada, y que deberán ser tenidos debidamente en cuenta en la pertinente resultancia administrativa que proceda, traducida en la congruente verificación dimanante de la DGTE, que podrá ser positiva o negativa (alternativa de rechazo que se impondrá cuando los fondos hubieran sido obtenidos con infracción de las normas de Control de Cambios), no autorizándose, en virtud de lo que estamos diciendo, la verificación positiva por silencio administrativo, que sí existe, por el contrario, en otros entornos conectados con la inversión extranjera (RIE, art. 25).

En el resto de la propuesta normativa del artículo 5.º del Real Decreto que estamos escrutando se contienen aspectos operativos parciales que atañen a requisitos cuya presencia es inexorablemente para que tal derecho de transferencia al exterior pueda resultar efectivo, estableciéndose una trilogía de obligaciones legales al respecto (aportación ante el fedatario de la verificación positiva, de declaración de la inversión en el Registro de Inversiones y mantenimiento de la inversión, en su prístina forma, durante un período mínimo de tres años ininterrumpidos).

Concluye su labor preceptuadora el artículo 5.º del Real Decreto fijando, en su antes transcrito párrafo 2, el *quantum* del aludido derecho de transferencia (rendimientos corrientes y producto de la liquidación) y el momento a partir del cual el mismo pueda desplegar su intrínseca eficacia (distinguiendo al respecto según la inversión de que se trate deba ser declarada en el antes mencionado Registro de Inversiones o resulte exceptuada de tal trance administrativo).

Por otro lado, es del propio modo reseñable que el fundamental derecho de transferencia que nos está ocupando en estas líneas resulta también tomado en consideración por el artículo 7.º de la Resolución, según el cual:

«El régimen aplicable a los tipos de interés abonables a las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias será el establecido para las cuentas de pesetas ordinarias abiertas a residentes. No obstante, los importes abonados por las Entidades bancarias a los titulares de las cuentas en concepto de intereses podrán ser transferidos al exterior».

Decíamos que el esencial derecho de transferencia al que nos estamos refiriendo aparece especialmente barajado por la labor prescriptiva desarrollada por la Circular, que se ocupa del mismo en las instrucciones

antes mencionadas y, de entre ellas, la cuarta aparece conectada singularmente con el artículo de la Resolución que acabamos de relacionar, al decir, en sus tres primeros párrafos, que:

«Transferencia al exterior de los intereses de las 'cuentas extranjeras de pesetas ordinarias':

1. Los intereses abonados por las Entidades delegadas a los titulares de cuentas extranjeras de pesetas ordinarias podrán ser transferidos al exterior en las condiciones que se establecen a continuación.

2. La transferencia tendrá lugar mediante adeudo en la 'cuenta extranjera de pesetas ordinarias' del importe de los intereses previamente abonados, y abono en 'cuentas extranjeras de pesetas convertibles'.

3. Las Entidades delegadas podrán transferir libremente los intereses devengados por las cuentas de ahorro y cuentas corrientes a la vista. Los intereses devengados por las 'imposiciones a plazo' podrán ser transferidos libremente asimismo cuando su importe no exceda de 100.000 pesetas por período liquidado. Si fuese superior a este límite, la operación se someterá a la previa verificación de la Dirección General de Transacciones Exteriores».

Por su parte, la instrucción 5.^a de la Resolución se ocupa de normar, a nivel reglamentario, la transferibilidad al exterior, derivada de una inversión verificada positivamente, efectuada con pesetas procedentes de los saldos de las cuentas que nos ocupan, cuando la misma englobe los rendimientos y producto de la liquidación de la misma, sentando literalmente en sus dos primeros apartados que:

«Transferencia al exterior de los rendimientos y del producto de la liquidación de las inversiones extranjeras en España realizadas con fondos procedentes de cuentas extranjeras de pesetas ordinarias, cuyo proyecto hubiera sido verificado positivamente por la Dirección General de Transacciones Exteriores.

1. Los importes abonados por las Entidades delegadas en esta clase de cuentas por los conceptos citados, podrán ser transferidos al exterior de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.º de la Resolución, y según el procedimiento que se establece a continuación.

2. La transferencia tendrá lugar mediante adeudo en la 'cuenta extranjera de pesetas ordinarias' del importe de los rendimientos previamente abonados, y abono en 'cuentas extranjeras de pesetas convertibles'».

En todo caso, es de tener en cuenta la preceptividad que se desprende de la instrucción 6.^a, que prevé un abono en la cuenta extranjera de pesetas ordinarias, de tipología provisional y enlazada con la viabilidad del derecho de transferencia que estamos viendo, imponiendo literalmente al respecto que:

«El producto de la liquidación de una inversión extranjera realizada con capitales exteriores podrá ser abonado en una cuenta extranjera de pesetas ordinarias, con carácter meramente transitorio, hasta que la Dirección General de Transacciones Exteriores verifique el derecho de transferencia del inversor extranjero. En caso de que la inversión reuniera los requisitos para la transferibilidad establecidos en la Ley de Inversiones Extranjeras y Reglamento de Inversiones Extranjeras, se abonará en cuenta extranjera de pesetas convertibles. En caso contrario, quedará definitivamente abonado en cuenta extranjera de pesetas ordinarias».

b) *Partidas de cargo no liberalizadas*.—Estas son todo el resto de posibilidades de disposición motivadas por la existencia de tal clase de cuentas, que requieren ineludiblemente la oportuna y singularizada autorización administrativa, refiriéndose a este posible paquete de cargos de apuntes no genéricamente autorizados, el apartado 4 del artículo 4.º de la Resolución, ya aludido («Cualquier otro destino de los saldos de estas cuentas distinto de los mencionados en los párrafos anteriores requerirá autorización de la Dirección General de Transacciones Exteriores»), apareciendo concebida, en similares términos, la instrucción 2.^a, apartado 4, *in fine*, que ya hemos tenido ocasión de exponer.

A fin de concluir adecuadamente el espiguelo de los matices de juridificación más descollantes del régimen normativo regulador de las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias, sólo me resta poner de manifiesto que el artículo 5.º del Real Decreto prescribe, en su párrafo 1, que: «Las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias no pueden presentar en ningún momento saldo deudor», habiendo sido corroborado tal imperativo por el artículo 6.º de la Resolución, que aparece redactado en idénticos términos.

También resulta destacable la indubitada constatación de que sea cual fuere la operatividad concreta de tales cuentas al cargo (autorizadas genéricamente o no), deberá observarse siempre lo estipulado por la instrucción 2.^a, que sienta, en su apartado 2.º, que:

«Los cheques que entreguen las Entidades delegadas para disponer de estos saldos deberán llevar impresas en su anverso, de forma visible, las expresiones:

- 'Cuentas extranjeras de pesetas ordinarias'.
- 'Utilizables solamente en el territorio español'».

Por otra parte, no podemos preterir la literalización del artículo 8.º de la Resolución, según el cual:

«Las Entidades delegadas facilitarán a la Dirección General de Transacciones Exteriores y al Banco de España la información que les sea requerida sobre las cuentas extranjeras de pesetas ordinarias».

El precepto transcrito, que se inscribe en la línea de colaboración que a dichas Entidades impone la normativa bancaria y la del Control de Cambios, ha tenido adecuada respuesta regulativa de detalle en la Circular, cuya instrucción 3.ª, en sus dos últimos apartados («Que se comunicarán por las Entidades delegadas, mediante comunicación de cobro, modelo RO6, a facturar en los estado D-1 y C-1, respectivamente, con aplicación al código estadístico 11.02.99 —transferencias diversas de capital—).

5. Las comunicaciones de cobro efectuadas por las Entidades delegadas al Banco de España, a que se refiere el número anterior, y la declaración por el no residente, ante la Aduana de entrada de la introducción en España de billetes de Banco extranjeros (Circular número 925, de 19 de junio de 1985, de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, *BOE* del 29), servirán para acreditar el origen de los fondos a efectos de lo establecido en el artículo 5.º, 1, 1.ª, de la Resolución».

Para concluir con este rápido deambular hermenéutico que he emprendido por el sendero de la prescripción contenida en la normativa que nos ocupa, tengo que poner de relieve que el pedimento contenido en el artículo 9.º de la Resolución («En la fecha de entrada en vigor de la presente disposición las Entidades delegadas traspasarán automáticamente a cuentas extranjeras de pesetas ordinarias los saldos de las siguientes cuentas extranjeras en pesetas:

- Cuentas extranjeras en pesetas interiores.
- Cuentas en pesetas ordinarias a turistas.
- Cuentas ordinarias de pesetas de contrato de obra»)

careció de fuerza prescriptiva, habida cuenta de que tal Resolución, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 14 de enero de 1986, y entrada en vigor al día siguiente, *ex*, disposición final segunda de la misma, no pudo sino corroborar algo ya plenamente operativo en virtud de la regla contenida en la disposición final tercera del Real Decreto («El presente Real Decreto entrará en vigor el día 1 de enero de 1986»).

En este seguimiento expositivo que estamos efectuando de la preceptiva que nos ocupa es de indeclinable mención la disposición transitoria de la Resolución, según la cual:

«Las inversiones efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente disposición con cargo a las suprimidas 'cuentas extranjeras de pesetas interiores', debidamente declaradas al Registro de Inversiones, conservarán el derecho de transferencia al exterior que tuvieran en la fecha de la entrada en vigor de esta Resolución».

En último término sólo me resta poner de relieve el contenido literal de las sendas disposiciones finales, así del Real Decreto como de la Resolución, que contienen, aparte de las cláusulas indicativas de la entrada en vigor de los respectivos textos, y de la reserva reglamentaria a la que aludimos anteriormente, concedida a favor del Ministerio de Economía y Hacienda, la consabida cláusula derogatoria, expresa y tácita, diciendo, a tales efectos, la disposición final del Real Decreto, en su párrafo 2, único que ahora nos interesa, que: «Quedan derogados: Los puntos 2 y 3 del artículo 9.º de la Orden del Ministerio de la Gobernación de 1 de marzo de 1973, sobre cuentas corriente postales; el Real Decreto 1222/1977, de 13 de mayo, por el que se da nueva regulación a la cuenta de ahorro del emigrante, y la Orden del Ministerio de Hacienda de 21 de diciembre de 1970, por la que se desarrolla el Decreto 3259/1970, de 29 de octubre, que creó las cuentas de ahorro del emigrante, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente norma».

Concluyo poniendo de relieve el contenido literal de la disposición final primera de la Resolución (la segunda quedó ya aducida), que:

«Quedan derogadas la Circular número 283 del Instituto Español de Moneda Extranjera, de 8 de marzo de 1972, sobre modificación de normas e instrucciones aclaratorias sobre las cuentas extranjeras de pesetas interiores, y establecimiento de cuentas bancarias de pesetas con Andorra; la Carta-Circular del Instituto Español de Moneda Extranjera, de 14 de julio de 1972, aclarando la Circular 283; la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores, de 23 de enero de 1975, por la que se dictan normas sobre utilización de saldos de cuentas extranjeras de pesetas interiores para la realización de inversiones extranjeras; la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 20 de junio de 1975, por la que se autoriza la utilización de saldos de las cuentas de ahorro del emigrante en inversiones en España, y cuantas dispo-

siones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente norma».

III. OTROS MEDIOS DE PAGO INVERSORES

En las páginas precedentes nos hemos ocupado —con evidente extensión— de la hipotética utilización de instrumentos de pago inversores extranjeros, consistente en dinero, considerando como tal aquel bien esencialmente líquido y fungible, que sirve como medida de mensuración del valor de todas las cosas susceptibles de transferibilidad a través de los canales jurídico-económicos preordenados en los distintos países.

En las páginas siguientes, y continuando con la paráfrasis del artículo 2.º del RIE, cuyo intrínseco acento preceptuador estamos poniendo de manifiesto, nos vamos a preocupar de la vertebración de un bloque de vertencias interpretativas que atañen directamente al empleo que pueda hacerse, en concepto de medio articulativo de la denominada «inversión extranjera», de otra clase de aportaciones —distintas de las dinerarias— y que son las previstas en sus apartados 1, b), c) y d). Tales preceptos, indicativo el primero de que es factible el uso, como instrumento inversor extranjero, del «equipo capital de origen extranjero»; el segundo, de la «asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación extranjeras», y el último, de «cualquier otro medio, previa autorización administrativa», han sido, a su vez, desarrollados por el mismo artículo 2.º del RIE, que estamos comentando, cuando dice en su párrafo 1, 2, que: «La valoración del equipo capital de origen extranjero, que habrá de ser empleado por la propia empresa, será, como máximo, igual a la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido correspondiente a su importación. Esta deberá realizarse con cumplimiento de las formalidades exigidas reglamentariamente»; y por el apartado 1, 3, del mismo precepto, a cuyo tenor: «La aportación de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación extranjera habrá de hacerse previo el control que corresponda de sus contratos y su valoración por los organismos competentes».

Transcritas literalmente todas las normas que han antecedido, y que vienen a constituirse en el imprescindible preludeo epistemológico de nuestra labor de análisis al respecto, paso a considerar cada uno de los medios operativos inversores que resultan de la trilogía aludida.

A) APORTACIÓN DE CAPITALES NO DINERARIOS

Tal medio, al que se refiere, como ha quedado dicho, el apartado 1, b), del artículo 2.º del RIE, consiste en la integración en el ámbito patrimonializado de una «empresa» de determinado «equipo capital» de origen extranjero.

En virtud de tal pedimento, es obvia la flexibilidad de la fórmula locucionaria utilizada, tanto en cuanto a la designación del destinatario de la inversión proyectada —una «empresa»— como de lo que efectivamente se pretende aportar —«equipo capital»—. Protagonistas subjetivos y objetivos del fenómeno inversor que nos ocupa, de inmanente metajuricidad, y de difícil aprehensión conceptual, que deben ser interpretados en sentido amplio, permitiendo la integración en tales locuciones tanto de los empresarios individuales como de los societarios (en la que afecta al sujeto pasivo de la aportación), así como de cualquier elemento objetivo patrimonial —bien, en términos jurídicos—, con la sola exclusión de las mercaderías o materias primas.

En todo caso el acto de incorporación al activo del «empresario» del «equipo capital» de origen extranjero de que se trate presupone más o menos complejidad técnico-jurídica, según que el mismo exista ya en la realidad o se constituya precisamente integrando en su patrimonio el bien que se trate de importar.

En el primer caso acaecerá lo previsto en el artículo 2.º que estamos viendo, y que impone la valoración del referido bien atendiendo a los parámetros de mensura previstos para el actual IVA (cambiándose en tal sentido lo que al efecto exigía el artículo 2.º, 1, 2, del antiguo RIE) y la previa autorización administrativa de la importación proyectada.

En el segundo supuesto se plantea un agudo problema que delinea muy bien NÚÑEZ LAGOS en su libro *Inversiones extranjeras*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1984, quien en su página 30 dice al respecto:

«El problema de la autorización administrativa para importar el equipo capital está en que la Administración española no puede actuar a instancia de quien no existe, ni conceder la licencia a personas aún no existentes legalmente, y ese es el caso de la sociedad mercantil en constitución que no tiene personalidad jurídica».

Por su parte, D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en su obra ya citada, página 920, coincidiendo con lo argüido por el autor últimamente mencionado, dicen que:

«Las soluciones que la doctrina ha dado a este problema han sido:

1. Constitución de la sociedad bajo condición suspensiva de que se aporte realmente el equipo capital. Esta resolución tiene el inconveniente de que los Registros Mercantiles no admiten la inscripción de escrituras sociales con condición suspensiva.

2. Constitución de la sociedad bajo condición resolutoria. Esta solución sí supone la posibilidad de inscripción registral, pero conlleva los consiguientes gastos de liquidación de derechos reales, sin tener garantizada la obtención de la licencia de importación del equipo capital de origen extranjero.

3. Constitución de una sociedad piloto. Es decir, se constituye una sociedad con muy poco capital, con un doble compromiso formal. Por una parte, los socios españoles renuncian al derecho de suscripción preferente en favor de los extranjeros en una próxima ampliación y aceptan, como desembolso de las acciones que correspondan en dicha ampliación a los socios extranjeros, el equipo capital que se importe con la correspondiente licencia. Por otra parte, los socios extranjeros se comprometen a efectuar la aportación real y efectiva del equipo capital como pago de las acciones que les correspondan».

Por lo que a mí atañe, y recuperado el hilo argumental de este discurso jurídico, tengo que añadir que la primera de las presuntas soluciones aportadas no es de recibo. La condición suspensiva impide en realidad no el nacimiento del contrato social —causa impulsiva negocial que inicia el *itinere* constitutivo de la sociedad mercantil de que se trate— que aparece en el mundo jurídico como tal, es decir, sujeto a condición suspensiva pendiente de su purificación o desaparición retroactiva, sino de la relación de que se trate —en este caso de la societaria, que, por no haber nacido, no puede tener acceso a la Institución registral sin desvirtuar de forma acerba principios fundamentales de la publicidad mercantil y de la misma teoría general de la persona jurídica, cuya generación, a través de una inscripción claudicante, provisional y de enjuta eficacia, provocaría notables perturbaciones en el tráfico mercantil.

Por lo concerniente a la segunda de las hipotéticas soluciones apuntadas, su viabilidad legal, aparte de las consideraciones fiscales mencionadas, es factible en virtud de la presencia en tal situación del dato dogmático de que la condición resolutoria concierne, no al contrato generador de la relación, sino a la vinculación jurídica que del mismo surge, y que existe efectivamente, si bien sometida a la espada de Damocles de su irremediable desaparición retroactiva en el caso del cumplimiento del hecho condicionante. Así pues, la relación jurídica societaria existe de

presente, pero condicionada resolutoriamente, y dada su actual vigencia óntica la misma es perfectamente inscribible en el Registro Mercantil.

De todos modos no conviene preterir el tema de que el evento condicionante —suceso futuro e incierto desconocido por los contratantes— en la hipótesis que nos ocupa asume una fisonomía particular, ya que el mismo muchas veces consistirá en un auténtico incumplimiento de la obligación de aportar el equipo capital de origen extranjero comprometido, sea cual fuere la causa engendrante de tal incumplimiento —con lo que se produce una notable interferencia del régimen jurídico regulador de las condiciones— y aquel que disciplina la situación provocada por la insatisfacción de las prestaciones inicialmente estipuladas, temática, por lo demás, de inusitado interés que me ha inducido a tratarla monográficamente —desde vertientes conectadas con el Registro de la Propiedad— en un trabajo publicado en esta Revista, en su número 571, titulado *Consideraciones sobre el impago del precio en la compraventa*.

Por último, la tercera posibilidad apuntada presupone adentrarse en el complejo mundo de los negocios atípicos, con todo lo que ello conlleva, posibilidades contractuales permitidas, en términos generales, por la vigencia indiscutible en nuestro Derecho del principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito negocial, y que constituye una concreta manifestación de la libertad en general, que como paradigma de comportamientos humanos, se halla recogido, al más alto nivel normativo, por el artículo 1.º de la Constitución (y otros).

Los autores últimamente citados, en su mencionada obra, página 921, apuntan la solución que puede darse a esta situación que técnicamente considerada conduce a la aporía jurídica y perplejidad más profunda. Dicen al respecto que:

«En la actualidad este problema se viene resolviendo al exigirse por la Administración únicamente la escritura de constitución, sin necesidad de estar inscrita en el Registro. Consiguientemente puede hacerse la constitución bajo condición suspensiva. Si bien la Administración exigirá con posterioridad la prueba del cumplimiento de la condición suspensiva, para poder reconocer el derecho de transferibilidad a los rendimientos y productos de acciones desembolsadas con cargo a equipo capital importado».

En aquellas hipótesis en que se pretenda incorporar el bien capital importado a una empresa individual evidentemente el problema no es el mismo. En tales casos, si al propio tiempo se pretende insertar tal componente patrimonial en el activo de un establecimiento (tanto de personas físicas no residentes como de jurídicas extranjeras) en trance de constitu-

ción, deberá observarse la vertiente operativa que impone la Resolución de la DGTE de 20 de diciembre de 1975, que contempla a las sucursales y establecimientos de las personas mencionadas como objeto de su actividad inversora, imponiendo en su primer apartado, relativo a la «creación» de los mismos, la necesidad de que se obtenga una autorización administrativa individualizada, previa la presentación de una solicitud deducida al efecto, acompañada de un bloque documental entre el que se incluye un «proyecto de escritura en la que consten los siguientes datos de la sucursal: ..cifra parcial del capital asignado...», dato en el cual puede incluirse la aportación proyectada.

En todo caso, tanto si se trata de una incorporación fundacional como adhesional (a una sociedad o establecimiento ya existentes), deberá procederse administrativamente a la valoración (cuestión que tiene suma importancia contemplada a la luz del derecho de transferencia que pudiere nacer de la inversión consustancializada con la aportación extranjera pretendida). Pues bien, al respecto tengo que apuntar la existencia de distintas opiniones doctrinales en torno al juicio interpretativo que merece la articulación del cauce valorativo propuesto por el artículo 2.º del RIE (y de la trascendencia de su resultado) en su hipotética conexión —para algunos antinómica— con el artículo 32 de la Ley de Sociedades Anónimas, que prevé un cauce para la apreciación estimativa de los bienes no dinerarios aportados a la sociedad de reciente constitución (situación a la que puede reconducirse el fenomenismo de aumento de capital de una sociedad ya existente mediante aportaciones no dinerarias).

No es el momento oportuno para profundizar en la propedéutica gnoseológica de esta problemática. A mi juicio, ambas procuras normativas, la del artículo 2.º del RIE y 32 de la Ley de Sociedades Anónimas, responden a distintos criterios teleológicos, resultando ríspida su su disfunción. En suma, suscribo en plenitud la autorizada opinión de LUCAS FERNÁNDEZ que en su obra *Inversiones extranjeras y Control de Cambios* (Edersa, Madrid) dice sobre el particular que:

«Es dudoso que se trate de una contradicción que obligue al intérprete a solucionar un dilema entre una y otra norma. Ambas, la del artículo 32 de la Ley de Sociedades Anónimas y la del Decreto de 24 de diciembre de 1959 (antecedente normativo inmediato del artículo 2.º del antiguo RIE y del 2.º del moderno, en el plano que nos ocupa), son perfectamente compatibles. Y lo son porque el ámbito de actuación de ambas normas es distinto aún en el terreno de las valoraciones: el artículo 32 de la Ley de Sociedades Anónimas contempla unas valoraciones

que se mueven en el campo de la autonomía de la voluntad, a la que hay que señalar unas limitaciones a fin de no perjudicar el interés de los demás socios; por el contrario, el artículo 1.º, apartado *b*), del Decreto de 24 de diciembre de 1959 se mueve en el ámbito del *ius cogens*; el interés que contempla esta norma no es ya el de los demás socios, sino el de la economía nacional, el de protección de nuestra industria y de nuestra moneda; si se entregara a la voluntad de las partes la fijación de la valoración podría quedar defraudado todo un grupo de normas de naturaleza imperativa que contemplan la protección de ese interés económico nacional».

Por su parte, ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, de quien he tomado la cita literal supraescrita, mantienen, en su dicha obra, página 922, que:

«Abundando en la solución dada por al autor citado (LUCAS FERNÁNDEZ), debemos señalar que en todas las legislaciones de Control de Cambios la Administración tiene la facultad de verificar la realidad de las transacciones, aunque éstas se encuentren liberalizadas, facultad esta que abarca no solamente la calificación de la operación, sino también el valor real de la misma al objeto de no generar derechos de transferencias aparentes mediante la supervaloración de las aportaciones no dinerarias».

Creando suficientemente desarrollado por todo el conjunto de enunciaciones vertidas el capítulo referente a la presunta utilización como medios de pago de inversión extranjera de «capital de origen extranjero», pasamos a estudiar ahora lo más destellante del régimen en virtud del cual se instrumenta la incorporación a los cauces mercantiles y productores españoles del medio de pago previsto en el apartado 1, *c*), del artículo 2.º del RIE.

B) APORTACIÓN DE ASISTENCIA TÉCNICA, PATENTES Y LICENCIAS DE FABRICACIÓN EXTRANJERA

c) *Introducción*

Paramento sustancial de la obra de arquitectura jurídica que es nuestro régimen jurídico del Control de Cambios, cuyo impulso normativo al máximo nivel se contiene en la Ley 40/1979, es la distinción —permitiente de una enorme envergadura consecencial— entre el derecho de transferir al exterior lo previamente cobrado por un legítimo acreedor no residente en concepto de «inversor extranjero» (cuya inmanente carac-

terización no procede reseñar aquí) y aquel que puede tener por objeto lo previamente recibido como contraprestación de una transferencia efectiva de mercancías procedentes del exterior o de servicios satisfechos por un no residente a uno que lo es, incluyéndose dentro de este epígrafe genérico los llamados contratos de asistencia técnica y de transferencia de tecnología, tomados en consideración normativa, a tales efectos, por la preceptiva atinente a la regulación de las llamadas «transacciones invisibles corrientes».

La diferencia esencial entre el derecho de transferencia primeramente descrito y el considerado en segundo lugar radica en que el primer caso lo cobrado (ganado o liquidado) resulta catenularmente ligado a una previa entrada del exterior de determinados medios de pago generadores del beneficio en función de la inversión prístinamente articulada con ellos. Por el contrario, en la segunda hipótesis lo que procede del exterior son mercancías concretas (no capitales) o bien determinadas prestaciones de dar o hacer, episodios sustraídos básicamente de la temática genérica de la «inversión extranjera» y englobados dentro del marco regulativo del artículo 1.º de la Ley 40/1979 («Quedan sometidos a los preceptos de la presente Ley los actos, negocios jurídicos, 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»).

De todos modos, la franja fronteriza entre la duplicidad fáctica anteriormente aludida no presenta en ocasiones unos perfiles absolutamente nítidos, y esto ocurre precisamente, con agudizada intensidad, en el ámbito del concepto que da título a este epígrafe que igualmente —y según las circunstancias volitivas de los intervinientes— puede encajar bien en el diseño de las transacciones invisibles corrientes, sometidas a la tutela jurídica de la importante Orden de 14 de septiembre de 1979, o bien en el de la arquetípica «inversión extranjera» cuyo esquema preceptuador aparece conformado por la LIE y el Reglamento de ejecución de la misma, texto normativo cuyo artículo 2.º ocupa el papel estelar en estas páginas.

De todos modos, en todo caso de prestación de asistencia técnica, bien como consecuencia de un contrato de tal tipología o bien como aportación en calidad de medio de pago de una inversión extranjera, existen inconcitas perspectivas de preceptividad común, lo que exige que desde nuestra peculiar visión interpretativa nos refiramos a las mismas a fin de trenzar un esbozo lo más aproximado posible de la dimensión jurídica de tal asistencia técnica.

b) *Concepto*

El anexo A, apartado A-3, del Código de Liberalización de las Operaciones Invisibles Corrientes define la asistencia técnica como: «la asistencia relativa a la producción y distribución de bienes y servicios en todos sus grados, suministrada por un período de tiempo fijado en función del objeto particular de esta asistencia y en la que se incluyen, por ejemplo, consultas o visitas de expertos, preparación de planos y diseños, supervisión de la fabricación, estudios de mercado y formación de personal».

D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en su obra dicha, página 740, al glosar la definición dada, precisan que:

«Es interesante destacar en esta definición las notas distintivas de la asistencia técnica, que pueden concretarse en las dos siguientes:

1. Consiste en una ayuda prestada para la ejecución de un proceso de producción o distribución de bienes o de servicios.

2. Se desarrolla de forma continuada. Esta dimensión temporal no debe entenderse, sin embargo, en un sentido estricto. Existen contratos de asistencia técnica que establecen estas prestaciones de forma continuada a lo largo de una serie de años, abarcando las actividades productivas o distributivas del receptor durante tal período; pero en otros, en cambio, la asistencia se presta para la ejecución de un proyecto concreto, terminado el cual cesa también la asistencia. En este segundo supuesto, aunque la dimensión temporal de la prestación es mucho más reducida, sin embargo, debe considerarse incluida en el concepto de asistencia técnica, puesto que exige también un cierto período (el de ejecución del proyecto). Lo que se pretende con la condición de desarrollo continuado es excluir de la definición aquellas prestaciones que se efectúan de forma inmediata y única, y que, por tanto, deben catalogarse como una prestación de un servicio, más que como asistencia técnica en sentido estricto».

Siguiendo con nuestro reto doctrinal de aportar luz en esta temática, tengo que poner de relieve que la dicha asistencia técnica debe a su vez diferenciarse de la llamada «transferencia de tecnología», definida como la «concreta transmisión de conocimientos técnicos secretos o patentados» y cuyas notas caracteriales más sobresalientes han sido puestas de relieve por los autores últimamente mencionados, quienes en su susodicha obra, página 740, dicen literalmente que:

«Las notas distintivas de esta categoría (transferencia de tecnología) son dos:

1. Se trata de una transmisión de conocimientos, que puede hacerse por cualquier medio material (entrega de planos, cartas, documentos, etc.) o directo (transmisión oral por técnicos extranjeros, formación de personal, etc.). Esta transmisión se efectúa normalmente mediante contrato, estipulándose un precio fijo o un canon proporcional a la actividad a desarrollar por el receptor de la tecnología, como consecuencia de la utilización de la misma.

2. Debe tratarse de conocimientos que estén protegidos por una patente o que sean secretos. Cuando los conocimientos son públicos, y la ventaja industrial o comercial de la empresa transmisora consista únicamente en su mayor habilidad o experiencia, no nos encontramos ante un caso de transferencia de tecnología, sino ante un simple servicio de adiestramiento (que podemos incluir en el epígrafe de asistencia técnica).

Persistiendo en nuestro propósito de contornear especulativamente la figura que nos ocupa, tengo que puntualizar que en multitud de ocasiones la distinción que nos ha ocupado, y que los autores dichos han tratado con incisivo magisterio, no resulta en su consideración normativa perfectamente delimitada, precisamente porque sus perfiles acusan eminentes dosis de porosidad conceptual técnico-jurídica.

Por otra parte, es de notar también que la noción «asistencia técnica» es de difícil integración en el entorno dialéctico de la «inversión extranjera», a pesar de ser calificada como medio de vertebración de la misma por el artículo 2.º del RIE que estamos comentando, porque, como muy bien ponen de relieve los autores especialistas en la materia, el artículo 33 de la Ley de Sociedades Anónimas («Las acciones representan partes alícuotas de capital. Será nula la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad») es de difícil aplicación a una figura como la que nos ocupa, que no es sino la concreta prestación de una obligación de hacer; prestación no admisible en el ámbito societario cubierto por la Ley antes dicha. De todos modos, no es menos cierto que las aportaciones industriales hállese previstas para las sociedades civiles, colectivas y comanditarias según sus respectivos esquemas normativos (cuya reseña no procede efectuar ahora) y que por la vía del artículo 10 («En la escritura fundacional podrán establecerse, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su modalidad y, en su caso, la compensación que con cargo a los beneficios hayan de recibir los socios que las realicen. Estas prestaciones no podrán integrar el capital de la sociedad») de la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada, podría encuadrarse la asistencia técnica como una concreta modalidad de «aportación» permitida en este ámbito.

Algo más fácil parece la toma en consideración como elementos plausiblemente integrables en el patrimonio de las sociedades de los restantes componentes presuntamente conformadores de una inversión extranjera que menciona el artículo 2.º del RIE, en su apartado 1, c) («... patentes y licencias de fabricación extranjeras»), aunque tampoco el régimen de la misma se acomode con facilidad a la utilización, en tal concepto, de tales activos patrimoniales.

Al efecto, suscribo plenamente la autorizada opinión de FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS, quien en su obra dicha deja escrito en su página 32 que:

«Resulta, pues, que la asistencia técnica y la licencia de fabricación o de explotación de una patente no parece posible que se utilicen como aportación o inversión en sociedades, que den lugar a participación en su capital social, ni en el momento de constitución ni posteriormente en caso de ampliación. Nada se opone a que, una vez constituida, la sociedad celebre un contrato de adquisición de tecnología extranjera, con los requisitos que han quedado expuestos.

Las patentes, en sí mismas, ofrecen también dificultades. La patente es una modalidad de la Propiedad Industrial (Estatuto de Propiedad Industrial, Texto refundido de 30 de abril de 1930, art. 2.º) que puede ser cedida por todos los medios que el Derecho reconoce (art. 31), y que da derecho a valerse de una invención para fabricar, vender o utilizar el objeto de la patente en exclusiva, si es patente de invención, o en concurrencia con otros objetos similares del extranjero si es patente de introducción (art. 45)».

Estas palabras, escritas con respecto al anterior RIE, son perfectamente colacionables en el tratamiento analítico de la nueva situación patrocinada por el moderno, y nos ofrecen las perspectivas de dificultad que impregnan la posibilidad de utilizar los elementos patrimoniales dichos (asistencia técnica, licencias de fabricación extranjera y patentes foráneas) como auténticos destinatarios objetivos de una verdadera «aportación» a una sociedad, dando a este vocablo —utilizado taxativamente por el artículo 2.º del RIE— el significado técnico que resulta de la oportuna preceptiva societaria.

Por ello es evidente que la disponibilidad de tales elementos económicos como hipotéticos medios inversores sólo puede articularse a base del pertinente contrato que al efecto pueda convenirse entre el «asistente» no residente y el empresario social o individual residente en España.

c) *Régimen jurídico de la asistencia técnica y transferencia tecnológica*

Vamos a obviar por completo, dado el carácter limitado de este trabajo, de un estudio en profundidad del zigzagueante diseño preceptivo de la asistencia técnica prestada por no residentes en cuanto fundamentador del congruente derecho de transferencia al exterior que puede efectivizar el presente del servicio como precio, merced o retribución de su labor.

Omitimos, pues, la reseña histórica sobre esta temática que tendría como objeto prioritario de elucidación una concreta evolución normativa que tuvo su adecuado inicio en una Resolución altamente progresista dimanante del extinto IEME, de 17 de marzo de 1961, dictada en cumplimiento del Código liberalizador de la OCDE (y que resultó desarrollada operativamente por la Circular 249, procedente del mismo Organismo, de 10 de agosto de 1968, cuya atención preceptual se centraba en la regulación de los pagos transferibles al exterior no relativos a mercancías) y que continuó a través del hito normativo de gran envergadura que fue (y es todavía) el Decreto 2343/1973, de 21 de septiembre (que veremos luego), teniendo sus últimas muestras preceptivas en la Orden antes aludida de 14 de septiembre de 1979 del Ministerio de Comercio y Turismo, sobre liberalización exterior en materia de operaciones invisibles corrientes y en el artículo del RIE en los términos que estamos viendo.

Teniendo en cuenta que este último cuerpo normativo condiciona la viabilidad inversora de la asistencia técnica prestada desde el extranjero a la oportuna intervención habilitante funcional, tal como resulta del artículo 2.º del RIE que estamos tratando, apartado 1, 3 («La aportación de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación extranjera habrá de hacerse previo el control que corresponda de sus contratos y su valoración por los Organismos competentes»), creemos imprescindible una referencia, aunque sea sumamente compendiosa, al Decreto últimamente citado, cuya repercusión en la materia es eminente.

d) *Análisis (apresurado) del Decreto 2343/1973, de 21 de septiembre*

Ideas generales.—D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en su antes dicho libro, página 745, dicen al respecto que:

«En el año 1973 se dictó el Decreto 2343/1973, de 21 de septiembre, que después analizaremos con más detenimiento, que vino a introducir

un cambio fundamental en la contratación de asistencia técnica por parte de residentes en España. En líneas generales podemos decir que el referido Decreto supuso una desliberalización de la contratación de asistencia técnica, estableciendo dos tipos de intervención administrativa claramente diferenciados. Por una parte, la inscripción de los contratos de transferencia de tecnología en un Registro especial en el Ministerio de Industria; por otra, la necesidad de una doble autorización administrativa del Ministerio de Comercio, una referente a la aprobación del contrato y otra para permitir la transferencia al exterior de cada uno de los pagos que el contrato generase».

Con precisión sintética aciertan los autores citados, singulares maestros en el tema del Control de Cambios, en la propedéutica operativa esencial del Decreto que nos va a ocupar en las páginas siguientes, que queda incardinada en el entorno de una rigurosa y «desliberalizadora» —en relación a la Resolución de 17 de marzo de 1961— intervención administrativa, constituyendo las fuentes normativas de tal acento controlador no sólo el Decreto que nos ocupa, sino la preceptiva de desarrollo del mismo constituida por la Orden procedente del entonces Ministerio de Industria de 5 de diciembre de 1973 y por otra dimanante del moderno Departamento ministerial de Industria y Energía de 20 de julio de 1981, que modificó el artículo 3.º de la anterior.

e) *Ambito del Decreto*

a') *Introducción.*—Tal bloque reglamentario, cuya misión principal estriba en la inserción de la asistencia técnica y transferencia de tecnología en la órbita jurídica constelante en torno al Control de Cambios —respecto del cual la problemática de la inversión extranjera no es sino un epifenómeno— contiene un auténtico hacinamiento de morfemas jurídicos y metajurídicos de difícil aprehensión especulativa, y que sujetan la posible intervención administrativa que proyectan en el ámbito de lo puramente discrecional.

b') *Ambito subjetivo.*—Quedan sometidos al peculiar esquema jurídico propugnado por el referido texto reglamentario, y tal como resulta de los artículos 2.º («... suscritos por personas físicas o jurídicas, a excepción de la Administración del Estado, domiciliadas, residentes o legalmente establecidas en España...») y 3.º («... suscritos por una persona física o jurídica, con la excepción establecida en el artículo anterior, que resida, esté domiciliada o legalmente establecida en España») de dicho cuerpo normativo así la personas físicas como las jurídicas priva-

das, residentes en España, tanto intervengan como primigenios contratantes importadores como subadquirentes de los mismos.

c') *Ambito objetivo*.—Programáticamente aparece consignado en su artículo 2.º, cuando habla, entre otras cosas, de que la intervención administrativa propiciada por el conjunto preceptual que nos ocupa, se articula para que la «adquisición de tecnología extranjera se produzca en las condiciones más beneficiosas para la economía nacional».

Teniendo como norte referencial la axiología teleológica que late en el pedimento vertido, el artículo 1.º del Decreto en cuestión señala que:

«La transferencia de tecnología desde el extranjero, formalizada mediante contratos, convenios y acuerdos documentados, cuya regulación es objeto del presente Decreto, podrá adoptar la forma de una o varias de las siguientes prestaciones:

a) Cesión de derechos de utilización de patentes y demás modalidades de la propiedad industrial.

b) Transmisión de conocimientos no patentados, planos, cintas magnéticas registradas con información digital, diagramas, especificaciones e instrucciones, y, en general, cesiones de conocimientos aplicables a la actividad productiva, acumulados y conservados bajo secreto y propiedad por las empresas que los controlan.

c) Servicios de ingeniería, elaboración de estudios previos o anteproyectos, así como de proyectos ejecutivos de tipo técnico, servicios de montaje, construcción y operación de plantas, entretenimiento y reparación de las mismas.

d) Servicios de estudios, análisis, programación, consulta y asesoramiento en gestión y administración, en cualquiera de sus aspectos.

e) Servicios de formación y capacitación de personal relacionado o no con las prestaciones anteriores.

f) Servicios de documentación e información técnica o económica.

g) Otras modalidades de asistencia técnica».

Vemos, pues, lo variopinto de la enumeración expuesta, que impide la reconducción a esquemas de apreciación y globalización unitaria, y que, además, debe ser conectada con lo preordenado por el artículo 8.º del Decreto que estamos viendo, según el cual:

«Las personas físicas o jurídicas residentes o legalmente establecidas en España que tengan contratos inscritos en el Registro deberán comunicar en el plazo de dos meses las modificaciones de los mismos, así como las sustituciones, prórrogas, variaciones y modificaciones en las

circunstancias y condiciones pactadas en el documento inicialmente inscrito, en cuyo caso se pasará al informe que preceptúa el artículo 4.º

Si de la misma se derivase baja en el Registro se aplicará, por analogía, lo dispuesto en el artículo 5.º»

d) *Ambito funcional.*—El quehacer servicial público en este terreno se bifurca en la efectividad derivada de una doble atribución competencial, que tiene como máximos protagonistas a sendos Departamentos ministeriales. Tal resulta del artículo 2.º del Decreto en cuestión, según el cual:

«Respecto de los contratos de transferencia de tecnología, cualquiera que sea su modalidad, suscritos por personas físicas o jurídicas, a excepción de la Administración del Estado, domiciliadas, residentes o legalmente establecidas en España, corresponderá a los Ministerios de Industria y de Comercio las siguientes funciones y competencias:

a) Al Ministerio de Industria, llevar a cabo las actuaciones administrativas pertinentes para que la adquisición de tecnología extranjera se produzca en las condiciones más beneficiosas para la economía nacional en coordinación con las de los restantes Departamentos interesados en cada caso.

b) Al Ministerio de Comercio, la resolución definitiva sobre la autorización de pago en divisas, en los casos procedentes, correspondiente a cada contrato».

Del artículo que acabamos de transcribir se colige, con evidente facilidad, que el sistema liberalizador instaurado por la Resolución de 17 de marzo de 1961 y la Circular procedente del mismo Organismo de 10 de agosto de 1968 (textos normativos a los que antes aludimos) han quedado hechos añicos en cuanto a su vigencia, debido a su radical incompatibilidad con la nueva ordenación propuesta por la preceptiva inferida del Decreto al que estamos aludiendo, que mantiene al respecto una postura reguladora bastante más mezquina y cicatera que la ahora decaída en su vigencia; normativa, por otra parte, que debe ser completada por la contenida en la Orden de 14 de septiembre de 1979, a la que con anterioridad aludimos.

Dos son, pues, las actuaciones administrativas impuestas por la taxatividad curre del artículo que estamos viendo: las procedentes del Ministerio de Industria (y Energía) y las surgentes del Ministerio de Comercio, y a tales efectos tenemos que referirnos al régimen de instrumentalización tabular que erige el artículo 3.º del Decreto de 1973, precepto que predictibiliza de contenido intervencionista la anunciada conformación fun-

cionarial que se contiene en términos de gran evanescencia ordenativa en el artículo 2.º que ya expusimos. Tal artículo 3.º dice al respecto que:

«A los efectos de lo establecido en el artículo anterior, se crea en la Dirección General de Promoción Industrial y Tecnología del Ministerio de Industria el Registro de Contratos de Transferencia de Tecnología, en el que deberá solicitarse la inscripción de todos los contratos y documentos consiguientes de esta naturaleza suscritos por una persona física o jurídica, con la excepción establecida en el artículo anterior, que resida, esté domiciliada o legalmente establecida en España cuando tengan por objeto adquirir tecnología de una persona física o jurídica residente, domiciliada o legalmente establecida en el extranjero.

También deberá solicitarse la inscripción de los contratos entre personas físicas o jurídicas domiciliadas, residentes o legalmente establecidas en España, cuando la tecnología objeto del contrato haya sido adquirida en el extranjero.

La presentación de las solicitudes de inscripción de los contratos a que se refieren los párrafos anteriores podrá realizarse por cualquiera de los procedimientos regulados en el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

A efectos de lo indicado en el párrafo anterior, cuando la transferencia de tecnología esté relacionada con las defensa nacional u órganos de investigación allegados a la misma, las normas a seguir se coordinarán con el Departamento militar correspondiente».

En virtud del pedimento imperativo de textura requisital pura que se desprende del artículo que acabamos de transcribir, resulta evidente que el sistema de control administrativo que se arbola en el mismo viene a pivotar básicamente sobre la Institución Registral que al efecto se crea, y que va a ocupar nuestra atención en las líneas siguientes.

e') *Localización*.—El Registro al que venimos aludiendo —el de Contratos de Transferencia de Tecnología— se instrumentó en el seno de la antigua Dirección General de Promoción Industrial y de Tecnología, perteneciente al Ministerio de Industria, radicando en la actualidad, tras diversos avatares administrativos en la denominada Dirección General de Innovación Industrial y Tecnología del actual Departamento Ministerial de Industria y Energía.

f') *Presupuestos subjetivos*.—En tal Registro deberán ser inscritos, previa su adveración, los contratos registrables a los que alude el artículo 3.º del Decreto que estamos analizando, y que ha sido ya debidamente literalizado en estas páginas, siempre que los intervinientes en los mis-

mos sean las personas jurídicas o naturales en tal precepto (y en otros) relacionadas. En tal sentido debemos recalcar que el destinatario de la normativa ordenancista de fisonomía tabular que impone el texto normativo que estamos glosando no era sólo el importador de la tecnología tomada en consideración, es decir, el contratante prístino o inicial, sino todos los transmitentes (y adquirentes) ulteriores de tal tecnología, lo cual ha hecho decir a los autores D. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, en su obra dicha —que nos sirve de fundamental punto de referencia expositiva—, en su página 751, que:

«Dado el concepto de transferencia de tecnología que antes hemos ofrecido, nos encontramos con que cualquier transmisión de conocimientos a un residente por parte de otro residente que a su vez los haya recibido del extranjero está sujeto a inscripción en el Registro. El residente que adquiera del extranjero una patente o *know-how* en propiedad (con el correspondiente pago, e inscripción en el Registro) no podrá transferir a ningún otro residente sin inscribir previamente dicha transferencia, y lo mismo le sucederá al nuevo adquirente y a los sucesivos adquirentes hasta el infinito. Más aún, ateniéndonos estrictamente al Decreto, todos los contratos de prestación de servicios de aquellas personas que han recibido su formación técnica en el extranjero (o de un no residente) quedarían igualmente sujetos a inscripción.

Cabe suponer que no era esta la intención del Decreto. Probablemente su objetivo era impedir que el Decreto fuese burlado mediante la transferencia de patentes de la matriz extranjera a su filial española, para su venta por ésta a otras empresas españolas. Pero tal y como está redactado el artículo 32, no cabe duda que desborda esta supuesta intención».

g') *Presupuestos formales*.—De entrada tenemos que decir que de conformidad con lo estipulado por el artículo 1.º del Decreto que estamos analizando es imprescindible la formalización documental del contrato que se trate de inscribir. Ello supuesto, se impone, de conformidad con lo preestablecido en el artículo 1.º de la Orden antes aludida, de 5 de diciembre de 1973, la presentación de todo el acervo documental que tal precepto prevé, y en cuyo análisis no vamos a entrar. Una vez ello acaecido, procederá la instrucción del correspondiente procedimiento administrativo a base de lo propuesto por el artículo 4.º del Decreto que estamos viendo, que sienta que:

«El Ministerio de Industria, antes de resolver acerca de la inscripción de los contratos a que se refiere el presente Decreto, solicitará informe

preceptivo, que será viculante, al Departamento o Departamentos competentes por razón de la materia objeto del contrato o del tipo de tecnología de que se trate.

Tanto los plazos para resolver acerca de las solicitudes de la inscripción de los contratos, como los relativos a la emisión de su informe por los Ministerios interesados, se ajustarán a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo».

Del propio modo, resulta colacionable aquí el contenido preceptual inserto en el artículo siguiente, según el cual:

«Cuando a juicio del Ministerio de Industria o, en su caso, del Ministerio competente por razón de la materia, los contratos incluyan cláusulas restrictivas que impidan, perjudiquen o dificulten el desarrollo tecnológico del receptor, limiten la libertad empresarial del mismo o representen un abuso por parte del cedente de la tecnología, ello dará lugar a la no inscripción de los mismos en el Registro o, en su caso, a una inscripción con anotación de tales circunstancias, que producirán los efectos a que se refiere el artículo 7.º de este Decreto. No serán inscribibles aquellos contratos respecto de los cuales el informe de alguno de los Departamentos a que se refiere el artículo 4.º sea desfavorable.

En particular no se inscribirá ningún contrato que implique limitación a las posibilidades de exportación del 'residente' o de sus fuentes de suministro, sin informe previo del Ministerio de Comercio.

Los mencionados motivos de no inscripción o de inscripción con anotación en el Registro se establecen en general para todos los contratos con excepción de aquellos referentes a la transferencia de tecnología para la producción o utilización de equipos para la defensa, para los que determinadas cláusulas restrictivas pueden quedar justificadas en virtud del interés nacional.

Cuando en convenios de cooperación técnica internacional se establezcan con suficiente detalle las condiciones específicas de los contratos privados de transferencia de tecnología en que estas colaboraciones se deban concretar, se procederá, en cualquier caso, a la inscripción sin inclusión de anotaciones por motivo de las mencionadas condiciones específicas en relación con lo establecido en el primer párrafo de este capítulo.

La denegación de la inscripción será comunicada al interesado exponiendo los motivos de la misma y concediéndole el plazo de un mes para subsanar los defectos señalados. Para optar de nuevo a la inscripción, en su caso, se estará en cuanto a procedimientos y plazos a lo dispuesto en los artículos anteriores».

Por otro lado, el largo precepto transcrito, cuyo énfasis preceptuador acabamos de literalizar, aparece minuciosamente desarrollado por el artículo 3.º de la Orden de 5 de diciembre, que fue redactado nuevamente, como ya quedó apuntado, por otra de 30 de julio de 1981, precepto que en ocho densos párrafos establece una gama de cláusulas cuya concurrencia en un determinado contrato de transferencia de tecnología provocan su pertinente rechazo registral.

En todo caso, y a través del correspondiente camino funcional, cuya descripción resultaría inatente en estas páginas, se llega a la culminación del procedimiento administrativo tabular antes aludido desembocando en una de las alternativas siguientes:

- Inscripción en el Registro.
- No inscripción.
- Inscripción con anotaciones.

En el primer caso tendrá lugar lo prescrito en el artículo 4.º de la Orden de 1973, antes mencionada, según el cual, y en función del primer párrafo del mismo, cuya pertinencia al caso es absoluta: «La resolución que determine la inscripción de contratos de transferencia de tecnología en el Registro será comunicada al solicitante y a la Dirección General de Transacciones Exteriores del Ministerio de Comercio en el plazo de diez días a partir de la firma. Asimismo, será comunicada a la Dirección General competente del Ministerio de Industria.

La comunicación a la Dirección General de Transacciones Exteriores irá acompañada de un ejemplar de los siguientes documentos: instancia, contrato, Memoria, justificación documental aportada e informe, si procede, de otros Departamentos ministeriales competentes».

En la segunda hipótesis el mismo artículo últimamente mencionado señala en su apartado 3 que:

«La resolución sobre la no inscripción recogerá las cláusulas restrictivas que por impedir, perjudicar o dificultar el desarrollo tecnológico del receptor, limitar la libertad empresarial del mismo o representar un abuso por parte del cedente de la tecnología, han motivado tal resolución. Será comunicada en el plazo previsto anteriormente al solicitante y a la Dirección General competente del Ministerio de Industria a los mismos efectos aludidos en el párrafo 4, 2».

En el último supuesto fáctico de la tríada de posibilidades antes argüida resultará de aplicación lo previsto en el apartado 2 del artículo 4.º que nos ocupa, a cuyo tenor:

«La resolución que determina la inscripción con anotaciones recogerá la existencia en el contrato de las circunstancias y cláusulas restrictivas que han motivado tal clasificación y será comunicada al solicitante y a la Dirección General de Transacciones Exteriores del Ministerio de Comercio en el plazo y forma previsto en el párrafo 4, 1, así como a la Dirección General competente del Ministerio de Industria a los efectos que determina el artículo 7.º del Decreto».

Es evidente que en este supuesto como en el anterior el demandante de la registración, frustrado total o parcialmente en sus pretensiones, puede demandar la revisión de la resolución que le atañe, bien acudiendo a los cauces de recurribilidad administrativa o bien utilizando la pertinente vía jurisdiccional.

En todo caso, no puede preterirse el fundamental artículo 6.º del Decreto, que merece nuestra atención, y que sirve para precisar el carácter de *conditio iuris* que tiene la toma de razón de los contratos que estamos viendo, al señalar que:

«La inscripción de un convenio de transferencia de tecnología en el Registro del Ministerio de Industria será condición necesaria para la autorización que compete al Ministerio de Comercio en cuanto a la transferencia de divisas al exterior, a que aquéllos pudieran dar lugar.

A estos efectos, el citado Registro trasladará al Ministerio de Comercio los expedientes completos de los contratos que haya inscrito, así como los informes de los Ministerios competentes sobre el particular.

La Dirección General de Transacciones Exteriores del Ministerio de Comercio resolverá, en el plazo de veinte días, sobre la procedencia, en principio, de las transferencias, comunicándolo a los interesados y a los Ministerios que hayan intervenido en el expediente.

Ningún contrato de transferencia de tecnología surtirá efectos en cuanto a la transferibilidad al extranjero de las divisas que pudieran generar, en tanto no haya recaído sobre él resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores.

La autorización efectiva de cada transferencia al exterior queda sujeta a la verificación por el Ministerio de Comercio de la autenticidad y regularidad de las transacciones y del cumplimiento de las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico».

Este artículo, cuyo comentario no procede considerar aquí, viene a señalar el valor de la inscripción a los efectos de la posibilidad de transferir al exterior lo obtenido por la transferencia de la tecnología operada;

transferencia cuya atendibilidad administrativa concreta requiere, como previo presupuesto habilitante, la práctica de la registración a la que venimos aludiendo.

IV. APORTACION DE CUALQUIER OTRO MEDIO DE PAGO

Tal posibilidad, preordenada en el apartado 1, *d*) («La utilización de cualquier otro medio, previa autorización administrativa»), nos introduce en el terreno de la atipia más absoluta en la materia, pudiendo incluirse dentro de este epígrafe aquellos que señala FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS en su obra dicha, cuando en su página 33 dice al respecto que:

«En los medios de pago atípicos se incluye la aportación de inmuebles sitos en España propiedad del inversor extranjero, el canje de acciones de otras sociedades, maquinaria y utillaje sita en España, empresas en marcha».

En todo caso, y con ello concluimos este trabajo, tales medios de pago requieren, en cuanto a su concreta utilización, la pertinente autorización administrativa singularizada determinante de su posibilidad, y preordenadora, en su caso, del derecho de transferencia que de la inversión extranjera articulada con los mismos surja.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD
Registrador de la Propiedad

Los elementos personales y reales del pago

SUMARIO: 1. La persona del «solvens». Capacidad.—2. La libre disposición de la cosa debida. El artículo 1.160 del Código Civil.—3. El pago del tercero Consideraciones básicas.—4. El pago del tercero y la voluntad del deudor: A) Pago del tercero con conocimiento y aprobación del deudor. B) Pago del tercero ignorándolo el deudor. C) Pago del tercero contra la expresa voluntad del deudor.—5. La persona del «accipiens».—6. Pago al tercero.—7. Pago al acreedor aparente.—8. El pago a través del ingreso en cuenta corriente.—9. El objeto del pago. La exactitud de la prestación cumplida: A) Identidad de la prestación. B) Integridad de la prestación. C) Indivisibilidad de la prestación.

1. LA PERSONA DEL «SOLVENS». CAPACIDAD

De ordinario, en el cumplimiento de la obligación intervienen dos personas: la que paga o cumple (*solvens*) y aquella a la que se paga o recibe el cumplimiento (*accipiens*). A tal efecto, es indiferente el hecho de que en la titularidad activa o pasiva de la relación obligatoria existan varios sujetos y cuál sea el carácter (mancomunado o solidario) de su vinculación, así como que el deudor principal sea sustituido en el acto solutorio por su fiador, ya que lo que debe resaltarse es la circunstancia de que en el pago, en cuanto satisface el interés del acreedor y libera al deudor de su débito, siempre tendrá lugar un comportamiento tendente a realizar la prestación y otro orientado a su recepción, el primero imputable al deudor y el segundo asignable al acreedor.

Ahora bien, aunque el cuadro de las personas que pueden cumplir eficazmente una obligación no se circunscribe al supuesto del deudor (igual que ocurre en relación a los sujetos que pueden recibir el pago), lo cierto es que la noción estricta del cumplimiento gira en torno a la persona del *debitor*. El deudor es quien primaria y determinadamente está afectado por el vínculo obligatorio, del que constituye el sujeto

pasivo, y, en consecuencia, es a él al que corresponde realizar la conducta o comportamiento en que el pago se materializa. El programa de prestación contemplado a la hora de generar la relación obligatoria coloca en primer plano al deudor como agente que debe actuar el contenido de aquél. Que la ley luego, dadas precisas circunstancias y en función de conveniencias objetivas, permita ciertas desviaciones del originario proyecto es algo que no cambia las consideraciones anteriores.

El deudor es el que está sujeto a cumplir la obligación y su actuación al respecto no cabe estimarla como simple facultad o posibilidad, sino que es el resultado normal y mecánico del deber que le afecta. Ni siquiera es exacto el señalar, tal como hace DÍEZ-PICAZO, que «la legitimación del deudor para pagar no puede ser discutida» (1), sino que resulta dogmáticamente más correcto aseverar, en palabras de HERNÁNDEZ-GIL, que «el deudor no está meramente legitimado a tal fin, sino que, en virtud de la obligación, tiene el deber jurídicamente exigible por el acreedor de llevar a cabo el cumplimiento» (2). Lo que resulta indiferente es que el deudor realice personalmente la prestación adeudada o que el evento tenga lugar a través de representante, ya que, a menos que la actuación personal del deudor haya sido objeto de singular contemplación (artículo 1.161 CC), es principio del Derecho moderno la libre y plena sustitución de los sujetos a la hora de la realización de los actos jurídicos.

Con todo, y en cuanto la regulación moderna del cumplimiento aparece presidida por consideraciones objetivas que miran de manera primaria a la satisfacción del interés del acreedor, nuestro Código Civil se abre ampliamente a la posibilidad de que cualquier persona no deudora pueda realizar el pago, con lo que el cuadro de los sujetos simplemente legitimados al respecto se amplía de manera sensible, incluso hasta prescindir de la idea del interés, ya que según el artículo 1.158 del mismo «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». Queda de esta manera ampliamente facilitada la actuación de terceras personas no deudoras en cuanto al cumplimiento de las obligaciones se refiere, permisión práctica, justificada y operativa, habida cuenta de que, según atinadamente advierte HERNÁNDEZ-GIL, cuando un tercero paga en lugar del deudor, éste no experimente perjuicio alguno, sino más bien beneficio, aparte de alcanzarse el objetivo determinante de que el acreedor consiga lo que se le debe.

El Código Civil español no contiene precisión general alguna en

(1) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I. Madrid, 1985. página 624.

(2) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*. Madrid, 1960, pág. 288.

orden a la capacidad que debe ostentar el *solvens* para que el pago que realiza sea plenamente eficaz. Tan sólo el inciso primero del artículo 1.160 se limita a establecer que «en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla», lo que significa que en las mismas hará falta que el deudor, si quiere cumplirlas válidamente, tenga plena capacidad de obrar y libertad para disponer de la cosa. El precepto en cuestión, antes que aclarar la materia, ha constituido y constituye un factor de discusión en la doctrina española cuando la misma se aboca a considerar el punto de la capacidad del que paga.

Así, se comienza cuestionando de entrada si el artículo 1.160 se aplica tan sólo a aquellas obligaciones que entrañan la transmisión de la propiedad o la transferencia o constitución de un derecho real limitado, o, por el contrario, atañe también a todas las obligaciones de simple entrega de la cosa debida sin matiz traslativo alguno. Aunque se haya afirmado que la expresión «libre disposición» debe entenderse en el sentido de legitimación y que, por tanto, parece lógico que se exija a todo el que está obligado a entregar una cosa algún tipo de aptitud dispositiva respecto a la misma, y aunque se aduzca, asimismo, que tanto en el artículo 1.098 de nuestro Proyecto de Código Civil de 1851 como en los artículos 1.238 y 1.240 de los Códigos Civiles italiano de 1865 y francés, respectivamente, requieren para la validez del pago que sea realizado por el propietario de la cosa pagada, parece obligado concluir que el actual artículo 1.160 se refiere a las obligaciones de dar *stricto sensu*, no sólo por el rigor terminológico de su expresión, sino también porque la legitimación precisa en orden a la simple entrega de la cosa debida es algo genérico que no precisa de señalamiento especial. Por lo que hace a los antecedentes, tiene razón BERCOVITZ cuando señala que el cambio terminológico operado respecto al Proyecto de 1851 «puede justificarse perfectamente, atribuyéndolo a una mayor precisión para abarcar no sólo los casos de transmisión de la propiedad, sino también los de transmisión de cualquier derecho real» (3).

Igualmente, la misma dicción del artículo 1.160, cuando habla de manera específica de «obligaciones de dar», parece propiciar la conclusión, por simple argumento *a contrario*, de que en relación a las demás variedades obligatorias no contempladas no hará falta la capacidad del *solvens*, aunque Díez-PICAZO incurra en el error de estimar que del artículo 1.160 se sigue, *a contrario sensu*, que en las obligaciones de dar es inválida la entrega cuando es realizada por persona que carece de

(3) BERCOVITZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales dirigidos por Manuel Albaladejo*, XVI-1, Madrid, 1980, pág. 52.

capacidad de obrar o de poder de disposición (algo que tiene lugar no por aplicación del principio *inclusio unius exclusio alterius*, sino por mandato directo y claro del propio precepto).

La explicación es otra. Como el artículo 1.160 se refiere estrictamente a las *obligaciones dare*, resulta del todo natural que reclame para su exacto cumplimiento la capacidad de enajenar o disponer en quien verifica la prestación debida, precisamente porque ésta consiste en transferir la propiedad de una cosa al acreedor o en transmitirle o constituir a su favor otro derecho real sobre la misma. Ahora bien, capacidad de obrar y capacidad de enajenar no son lo mismo, sino que ésta es tan sólo una simple variedad o especie de aquélla, por lo que del hecho de que cuando nos encontremos frente a una obligación que no sea de dar no quepa exigir la capacidad dispositiva del *solvens*, no cabe derivar sin más que en la misma no haga falta para su válido cumplimiento ningún tipo de capacidad; conclusión que se refuerza en base a la consideración de que si la ley, habida cuenta de la necesidad genérica de la capacidad de ejercicio para la actuación jurídica, reclama para una categoría muy singular de actos una capacidad también muy específica, cual es la de enajenar, ello no supone, sino más bien lo contrario, interferencia alguna respecto al caso general. «Se explica —escribe en tal sentido HERNÁNDEZ-GIL— que si en la prestación, por ser de hacer o por consistir en una omisión, no figura una cosa, no se precise la capacidad de enajenarla; realmente no hace falta; pero es una deducción que desborda los términos de la corrección lógica decir que tampoco la capacidad de obrar es requerida» (4).

Tratándose, pues, de obligaciones de hacer y de no hacer, hará falta también para su válido cumplimiento la capacidad de obrar del *solvens*, porque en ellas, asimismo, el que ejecuta la prestación debida realiza un acto jurídico y éste, en cuanto por definición requiere la presencia del elemento volitivo de su autor, al entrañar el *animus solvendi*, exige también la capacidad de ejercicio por parte del que actúa. Cosa distinta es que, a tenor del artículo 1.302 del Código Civil, la persona capaz que recibió el pago del incapaz no pueda alegar tal circunstancia, pues aquí de lo que se trata es de evitar que sea posible aducir en propio provecho la incapacidad ajena en cuanto podría vulnerarse el principio *nemo auditur suam turpitudinem alegans*.

De todas maneras, parte de la doctrina, sobre la base de la especial naturaleza de las obligaciones de hacer y de no hacer, considera que debe estimarse válido el pago de las mismas realizado por un incapaz en razón de que sus prestaciones son irrestituibles *in natura*. Este es el

(4) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 318.

parecer, por ejemplo, de Díez-PICAZO, y supone una notoria confusión, tanto porque la validez de un acto no cabe derivarla de la imposibilidad de reponer *in natura* las cosas al mismo estado en que se hallaban antes de su realización, como porque de la misma manera que hoy se admite que es posible la ejecución forzosa en forma específica de las obligaciones de hacer y de no hacer (arts. 1.098 y 1.099 CC), debe admitirse también que, cumplidas inválidamente dichas variedades obligatorias, quepa la restitución forzosa *in natura* de lo ejecutado.

Claro que puede suceder, como ocurre con el artículo 1.191 del *Codice civile*, que la ley disponga que «el deudor que ha realizado la prestación debida no puede impugnar el pago a causa de la propia incapacidad» (algo que no está expresamente establecido en el Derecho español), tanto por respeto al principio *nemo auditur* cuanto en base, fundamentalmente, a la idea de que en el juego de intereses contrapuestos la norma se incline por la tutela del *statuto quo* que tiene lugar tras el acto de cumplimiento. Aquí, ciertamente, excluida la posibilidad de impugnar el pago efectuado por el incapaz, debe concluirse que es válido el pago realizado por el mismo.

Pero donde no exista una norma semejante no cabe derivar una solución de ese tipo y la incapacidad del *solvens*, determinando la invalidez del acto de pago, deberá permitir la impugnación de éste. Afirmar, como hace BERCOVITZ, que una vez realizado el pago ha desaparecido la única razón de ser a la que corresponden los efectos de la incapacidad (la protección del incapacitado) y que éste sólo puede ser protegido a través de la inexigibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer, es una forma inexacta de ver las cosas porque parece obvio que de la misma manera que el incapaz puede impugnar el negocio que concluyó, pueda también, salvo expresa prohibición legal, seguir atacando al mismo cuando sus efectos se han producido mediante el cumplimiento de las obligaciones en él constituidas, y esto último se desconoce al aceptar la inimpugnabilidad del pago. Entender, por otra parte, que el cumplimiento por el incapaz pueda significar algún tipo de renuncia de las acciones de nulidad que le correspondan respecto al negocio es algo que difícilmente cabría sostener, y, sin embargo, a esta conclusión es a la que debe arribarse cuando se afirma la validez del pago. a menos que se defienda. lo que tendría escasa coherencia, que el incapaz que no puede anular el pago, puede, de todas maneras, demandar la declaración de invlidez del negocio que generó la obligación por él cumplida.

Lo curioso es que los mismos autores que admiten la irrepitibilidad de lo pagado por el incapaz, acogen con toda naturalidad la tesis de que tratándose de obligaciones de hacer y de no hacer las mismas no son

exigibles a aquél, sin percatarse de la contradicción que entraña semejante planteamiento. En efecto, si se sostiene que el acreedor no puede exigir el cumplimiento frente al incapaz (habrá que reclamarlo a su representante legal o a quien supla el defecto de capacidad), no es coherente considerar que realizado el pago no debe tomarse en cuenta la incapacidad del *solvens*, porque una de dos, o la incapacidad es irrelevante y entonces lo será antes y después de la *solutio*, o no lo es, en cuyo caso sus efectos deberán producirse tanto antes de la ejecución de la prestación debida como después de consumada la misma.

Sucede, por tanto, que los autores que defienden que no es necesaria la capacidad de obrar del deudor para la plena validez del pago separan artificialmente las fases de cumplimiento consumado y cumplimiento pendiente, sin advertir que, desde el estricto ángulo jurídico, ambas tienen la misma naturaleza y su tratamiento debe ser similar. Si fueran lógicos, al pretender la inocuidad del defecto de capacidad una vez cumplida la obligación deberían concluir, tal como advierte HERNÁNDEZ-GIL, que si «la capacidad de obrar no cuenta, podrá exigirse el cumplimiento frente al incapaz» (5), y, sin embargo, a semejante consecuencia no se atreven a llegar.

Excluir el juego de la capacidad de obrar del *solvens* a la hora de contemplar el cumplimiento de las obligaciones de hacer transformaría a éste en un mero acto material, en una simple modificación exterior que podría ser realizada por todo aquel, como bien dice LACRUZ, que «tenga capacidad física para ello». Ahora bien, una actuación física no es pago sin la voluntad, al menos implícita, de que el hacer se realiza en calidad de cumplimiento (*animus solvendi*): no la voluntad de una persona incapaz de querer. Con toda razón concluye, pues, el referido profesor que si «al incapaz no puede exigírsele directamente el cumplimiento de la obligación de hacer, luego la ley civil no puede tener en cuenta su voluntad (o no) de cumplir» (6).

Parece, pues, que debe aceptarse la posibilidad de restitución de lo pagado en caso de *solutio* realizada por un incapaz (art. 1.303 CC), aun tratándose de obligaciones de hacer y de no hacer. Otra cosa es que ante un pago en esas condiciones lo normal, lo corriente será que el representante del incapaz (o este mismo, en su caso) no proceda a impugnar el cumplimiento, porque, en definitiva, la obligación existe y siempre habrá de proceder a su ejecución; esto es, que en la práctica totalidad de los casos se tendrá por bien hecho el pago y nadie actuará

(5) *Ibid.*, pág. 319.

(6) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, página 84.

judicialmente contra él por tratarse de una actuación estéril y onerosa, en cuanto tendría que devolver con una mano lo que recibiera en la otra. Recobrar para volver a pagar no parece que tenga mucho sentido práctico; por ello, según apunta GIORGI, el pago no será verdaderamente impugnado por el incapaz cuando no tenga interés en ello, «y no tendrá interés precisamente si el pago no es lesivo, pues para repetir la cosa pagada debería simultáneamente ofrecer otra de igual valor» (7).

Lo que, de todas maneras, no quiere decir que se excluya de la esfera jurídica del incapaz la acción para pedir la invalidez del pago por él efectuado, pues una cosa es la posibilidad jurídica que no debe negarse, y otra que en la práctica, por razones fácilmente comprensibles, no se recurra a ella. Que no se plantee la repetición no quiere decir que no pueda plantearse, sin que quepa aducir, tal como pretende LACRUZ BERDEJO, que «obedeciendo el cumplimiento a un acto creador de la obligación en el cual se ha manifestado ya la voluntad con eficacia vinculante, sería irrepitable cualquier prestación que en la apreciación de la gente ha sido regularmente hecha, aun sin intención de cumplir» (8). Si así fuera, el acto de pago quedaría irremediabilmente fuera del campo de los actos jurídicos.

2. LA LIBRE DISPOSICIÓN DE LA COSA DEBIDA. EL ARTÍCULO 1.160 DEL CÓDIGO CIVIL

Dispone el artículo 1.160 de nuestro Código Civil que «en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarlas». No vamos a volver aquí de nuevo al punto de la capacidad de obra del *solvens* y de su simple variante o modalidad de la capacidad de disposición o enajenación que se exige en relación al cumplimiento de las obligaciones de dar, así como tampoco hace falta advertir que la *datio* traslativa realizada por un incapaz no es un acto nulo *in radice*, sino tan sólo un acto impugnable en base a las pautas que declaran anulables las actuaciones de menores e incapacitados, precisamente para la protección de los mismos. En tal sentido señala Díez-PICAZO que «la regla de la invalidez del pago de los incapacitados ha de entenderse como una consecuencia de la invalidez del negocio jurídico de constitución de la obligación (artículo 1.305)» (9). Pero el transcrito artículo 1.160, además de la capacidad para enajenar, exige «la libre disposición de la cosa debida»

(7) GIORGI: *Teoría de las obligaciones*, VII, Madrid, 1912, pág. 133.

(8) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1. *op. cit.*, pág. 84.

(9) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pág. 624.

en la persona del *solvens*, y esta segunda exigencia reclama mayor consideración y estudio.

Sobre la base del viejo e inexacto apotegma *solvere est alienare* y de la recepción del pensamiento de POTHIER, el artículo 1.238 del *Code Napoléon* estableció que «para pagar válidamente se debe ser propietario de la cosa dada en pago y capaz para enajenarla», ya que según aducía BIGOT DE PRÉAMENEU, *le paiement est un transport de propriété*. Nuestro Proyecto de Código Civil de 1851, en su artículo 1.098, repite fielmente la fórmula francesa al disponer «no es válido el pago hecho por quien no sea propietario de la cosa dada en pago y tenga capacidad de enajenarla», advirtiendo al respecto GARCÍA GOYENA que «por el pago se transfiriere la propiedad, y no puede transferirla el que no la tiene, o teniéndola, no puede enajenarla» (10). El Código Civil italiano de 1865, en su artículo 1.240, conserva idéntico criterio, pero restringe adecuadamente la exigencia de la propiedad para el caso específico de las obligaciones que impliquen la transmisión de la misma cuando estatuye que «el pago que tiene por objeto transferir la propiedad de la cosa pagada al acreedor, no es válido si no ha sido hecho por quien sea propietario de la cosa y capaz de enajenarla».

Nuestro artículo 1.160 supone un perfeccionamiento frente a tales antecedentes no sólo porque no incurre en el error de exigir la condición de propietario para que sea válido el pago en que medie la entrega de una cosa, sino también porque trasciende el ámbito estricto de las obligaciones orientadas a la transmisión del dominio y se adentra en el más amplio y propio de las obligaciones que entrañan la transferencia o constitución a favor del acreedor de la propiedad o de cualquier otro derecho real (*obligaciones dare*). Lo que ya no parece aceptable es que esta ampliación, que sin ninguna duda realiza el legislador español, se lleve hasta el extremo de considerar que la «libre disposición» de que nos habla el artículo 1.160 no aparece necesariamente ligada a los derechos reales, sino que se exige, como pretende HERNÁNDEZ-GIL, «respecto de todas las obligaciones en cuya prestación figuren las cosas, bien para transmitir su propiedad, bien para conferir su uso, su conservación, su entrega y restitución en general» (11), pues así entendida aquella expresión nos conduciría fuera del estricto campo de las obligaciones de dar,

(10) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 589.

(11) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 324. En sentido contrario, dice bien Díez-PICAZO que cuando nuestro Código contempla la obligación de restitución de una persona incapaz (por ejemplo, art. 1.765) no niega validez a la restitución del incapaz, sino que únicamente limita la acción del acreedor para exigirla.

al que se circunscribe textual y conceptualmente el artículo 1.160 del Código Civil, e, incluso, desaparecería la razón de ser de este precepto en cuanto su pauta normativa resultaría exigible también en todas aquellas obligaciones de hacer en que la conducta del obligado se relacione con cosas, algo cercano a una *contradictio in adiecto*.

Sin duda, «libre disposición de la cosa debida» constituye una categoría jurídica mucho más amplia y abierta que la de «ser propietario», pero no tanto que quepa homologarla con legitimación para prestar con arreglo al tenor de la deuda concreta, para comunicar el derecho o influencia sobre la cosa que constituye el contenido de la obligación (LACRUZ BERDEJO), ni con un poder sobre la cosa, una atribución o, simplemente, ocupar una posición jurídica que permita realizar la prestación en que la obligación consista (HERNÁNDEZ-GIL), sino con algo mucho más restringido y circunscrito que hace referencia a la titularidad del derecho real transmitido o gravado y a la posibilidad de que el *solvens* pueda proceder a su enajenación. Ni siquiera es correcta la apreciación de BERCOVITZ de que mediante la necesidad de la libre disposición se trata de «exigir que el pagador esté legitimado para transmitir la propiedad o el derecho real en su caso» (12), pues aquí nos hallamos no en el campo de la legitimación, sino en el del *ius disponendi* (algo exclusivo del titular del derecho en cuanto forma parte del contenido de éste), por más que en función de garantizar la seguridad del tráfico jurídico, tal como hemos resaltado en otro lugar, se admita en ciertos casos y mediante el juego de las apariencias legitimadoras la posibilidad de disponer eficazmente del derecho ajeno (13).

Sobre la base de estos presupuestos, creemos que cuando el artículo 1.160 habla de «libre disposición de la cosa debida», semejante expresión debe entenderse en el sentido de que el dueño de la cosa o titular del derecho real enajenado pueda disponer libremente de su posición jurídica, lo cual implica no sólo que ostente la titularidad pertinente, sino también que no existan obstáculos legales o convencionales para que la misma sea objeto de modificación subjetiva bien a través de una adquisición derivativa traslativa o mediante una adquisición derivativa constitutiva. Esto es, circunscribiéndonos al «caso típico del traspaso de propiedad, hará falta que el *solvens* sea propietario de la cosa que entrega y que no tenga excluido o limitado el poder de disposición sobre la misma.

(12) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op cit.*, pág. 52.

(13) CRISTÓBAL MONTES: *El tercero registral en el Derecho venezolano*. Caracas, 1967, págs. 39 y ss., y 102 y ss.; *Estudios de Derecho civil*, Caracas, 1970, páginas 29 y ss.

En efecto, el dueño de una cosa puede soportar la existencia de derechos reales limitados sobre ella que le impidan su libre y plena disposición, o existir reservas hereditarias (arts. 811 y 968 CC) o sustituciones (artículo 781) que priven al reservista o al heredero fiduciario de la libre disposición de los bienes reservados o fideicomitados, o, en general y en la medida en que sean válidas, prohibiciones de enajenar que sustraigan al propietario la posibilidad de disponer libremente de sus bienes. De la misma manera, cuando se trate de la transmisión de un derecho real restringido habrá que atender a todo lo que por razón de su naturaleza o de los límites que soporte coarte la libre enajenabilidad del mismo (artículos 480, 525, 534, 1.617, 1.633, etc., CC). Lo que no cabe, empero, es estimar que la libre disponibilidad puede ostentarse por personas a quienes competan tan sólo facultades para llevar a cabo actos de administración, ya que si la prestación de dar no se dirige a transmitir la propiedad tampoco la libre disponibilidad ha de consistir en la facultad de transmitir o enajenar (HERNÁNDEZ-GIL), pues con semejante postura se confunden actos de disposición y actos de administración, no se advierte que implica un contrasentido hablar de libertad dispositiva respecto a estos últimos y se margina gratuitamente la circunstancia de que el artículo 1.160 hable de libre disposición y capacidad para enajenar como piezas de un todo y categorías complementarias, algo que carecería de sentido si estuviésemos también en el ámbito de los actos de administración, ya que en tal caso habría bastado con que la ley exigiese la genérica capacidad de obrar o la específica capacidad para actos de mera administración conservativos.

En realidad, las distintas partes del artículo 1.160 encajan perfectamente y no cabe desconocer la armonía dogmática que el mismo entraña: estamos en la órbita estricta de las obligaciones de dar (transmisión o constitución de derechos reales), que tienen su realización mediante la práctica de auténticos negocios de disposición, es decir, de actos jurídicos que producen una disminución del patrimonio (14), y, en consecuencia, ¿qué de extraño tiene que al disponente se le exija la libre disponibilidad y la capacidad para enajenar el derecho dispuesto? Lo insólito e injustificado sería que todos estos requisitos, que sólo juegan en el campo de las titularidades reales, se exigiesen también en aquellos casos, propios del área del Derecho de obligaciones, en los que el *solvens* se limita a entregar o restituir la cosa debida al acreedor o a realizar simples actos de administración o conservativos respecto a ella.

La circunstancia de que el artículo 1.160 del Código Civil declare inválido (*rectius*, ineficaz) «el pago hecho por quien no tenga la libre

(14) BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1949, pág. 213.

disposición de la cosa debida», no obsta, empero, a que sus efectos resulten inatacables cuando nos encontramos dentro del ámbito de una adquisición *a non domino* legalmente establecida por haber confiado el acreedor en la apariencia legitimadora que presentaba el pagador, ya que, como certeramente escribió don JERÓNIMO GONZÁLEZ, «si legitimación no equivale a facultad de disponer, la suple, empero, en el comercio, produciendo la validez del acto dispositivo del *no titular* con cargo al verdadero titular y a favor del adquirente de buena fe» (15).

Es decir, que si trata de bienes muebles deberán tenerse en cuenta en relación a la posibilidad de reclamar o no al *accipiens* la restitución de lo pagado las previsiones que respecto a la *adquisitio a non domino* en materia mobiliaria establece el artículo 464 del Código Civil, siempre que se den todos los presupuestos exigidos por el mismo; y si se trata de bienes inmuebles habrá de considerarse el régimen que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria sanciona en relación a las adquisiciones *a non domino* en el ámbito inmobiliario, ya que, como escribe ROCA SASTRE, «hay que sentar de una vez que la facultad de disponer es privativa del *verus dominus*, pero la legitimación registral sitúa al titular según el Registro en la posibilidad de producirse como si fuera dueño o titular verdadero del derecho registrado» (16). Posesión y Registro, en cuanto apariencias legitimadoras, incidirán efectivamente a la hora de mantener los efectos del pago efectuado con deficiencias en la facultad dispositiva.

Con todo, debe tenerse en cuenta que cuando se habla, tal como hace HERNÁNDEZ-GIL, de que en las hipótesis reseñadas nos hallamos en presencia de adquisiciones derivadas del no titular se incurre en una cierta imprecisión dogmática, pues es evidente que en puridad conceptual la adquisición *a non domino* no se produce como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones de dar nacidas de un contrato obligacional de finalidad traslativa (arts. 609 y 1.095 CC), sino en virtud de un mecanismo complejo del que el negocio de disposición es tan sólo uno de los elementos componentes.

Como tampoco es correcta la distinción que DÍEZ-PICAZO hace entre el caso de que «el deudor no sea propietario de la cosa y utilice cosas ajenas» y el de que «siendo propietario de las cosas, tenga sobre ellas un poder de disposición limitado ó se encuentre privado del poder dispositivo», estimando que en el primero «el pago es eficaz si el *accipiens* o adquirente queda protegido aunque realice una adquisición *a non*

(15) GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ: *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, I, Madrid, 1948, pág. 26.

(16) ROCA SASTRE: «El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1965, pág. 809, núm. 36.

domino», mientras que en el segundo «para juzgar la eficacia del pago será necesario determinar previamente el alcance de la protección que deba dispensarse al adquirente» (17). Aparte de que no es de fácil admisión dogmática la hipótesis de un propietario privado del poder de disposición, parece evidente que uno y otro caso son simples manifestaciones de un mismo supuesto genérico (ausencia de la libre disposición de la cosa debida), que, por ende, deben tener idéntico tratamiento jurídico, que no es otro que el de las adquisiciones *a non domino* cuando se cumplan las condiciones legalmente establecidas para las mismas, y que, incluso, este régimen es de más fácil aplicación en el segundo de los supuestos señalados por simple argumento *a fortiori*, pues si procede la adquisición del no titular cuando el disponente no es propietario, con mayor razón procederá cuando el mismo tan sólo soporte alguna limitación o restricción en su *ius disponendi*.

Finalmente, en el inciso segundo del artículo 1.160 del Código Civil se dispone que «sin embargo, si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe». Advertido, como ya se sabe, que cuando el precepto habla de cosas fungibles se está refiriendo a las consumibles, resulta lógico y comprensible que a pesar de que el referido artículo exija para la validez del pago en las obligaciones de dar «libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla», tratándose de tal clase de bienes, la restitución o repetición de los mismos quede excluida aunque falten aquellas condiciones, siempre que el acreedor las haya gastado o consumido de buena fe.

La buena fe consistirá aquí en la creencia «de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio» (artículo 1.950 CC), y, en principio, debe existir en el momento del gasto o consumo (Sentencia de 28 de marzo de 1978), sin perjuicio de que deba darse también cuando tenga lugar la recepción de las cosas. Por gasto o consumo deberá entenderse, tal como hace notar HERNÁNDEZ-GIL, no sólo el uso material de las cosas, que a veces supone la desaparición de las mismas, sino también todo acto de utilización o disposición que implique una salida del patrimonio del que las recibió (18).

La repetición procede en cambio, aunque la recepción se haya hecho de buena fe, mientras las cosas no se hayan gastado o consumido (Sentencia de 14 de noviembre de 1950), y, asimismo, frente a lo que piensa el mismo HERNÁNDEZ-GIL, es pertinente la restitución parcial en el supuesto de gasto o consumo limitado con independencia de la buena

(17) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...* I, *op. cit.*, pág. 624.

(18) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones. op. cit.*, pág. 321.

o mala fe del receptor (19), porque la excepción que consagra la norma en estudio, en aras, como dice BERCOVITZ, de atender a las necesidades mínimas de un tráfico fluido y seguro, dada la naturaleza de los bienes afectados por ella y el papel que suelen desempeñar en la economía, especialmente el dinero (20), se circunscribe exclusivamente al supuesto de que cuando el interesado insiste la devolución de lo pagado pueda el receptor oponerse a la misma siempre que, con buena fe, haya procedido a gastar o consumir la totalidad de las cosas entregadas. Ello, claro está, sin perjuicio de que dicho interesado (tercero, representante legal del que pagó o éste mismo en su caso) esté legitimado para ejercer las acciones pertinentes.

5. EL PAGO DEL TERCERO. CONSIDERACIONES BÁSICAS

Aunque según se ha señalado el riguroso y estricto cumplimiento de las obligaciones supone la actuación por el deudor de la prestación adeudada, hasta el punto de que algún autor como BARASSI hable de cumplimiento incompleto para referirse a otras hipótesis, lo cierto es que en cuanto la moderna contemplación del pago se orienta de manera determinante hacia la satisfacción del interés de acreedor, dejando a un lado la excepción que suponen las obligaciones *intuitu personae* (art. 1.161 del Código Civil), normativamente se admite sin problemas que el pago en la plenitud de sus efectos (cumplimiento, satisfacción y liberación) puede realizarlo una tercera persona distinta del deudor o del representante voluntario o legal de éste.

La regla general es, pues, que salvo que «la calidad y circunstancias de la persona del deudor» se hayan contemplado de manera específica en el momento de generar la obligación, en cuyo caso no pueda obviarse el actuar personalísimo del obligado, lo que la ley coloca en primer plano es la conveniencia de que el programa prestacional tenga verificación

(19) Al efecto puede leerse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1950: «De acuerdo con el Derecho positivo, en particular con el artículo 1.160 del Código Civil que, a contrario sensu de lo dispuesto en su enunciado final, declara repetible el pago de lo hecho con una cantidad de dinero que no perteneciese a quien pagó si el acreedor no lo hubiese gastado o consumido de buena fe, lo que equivale a proclamar, en razón al fin perseguido por dicho precepto, la preferencia del derecho de quien con el pago ha sido indebidamente despojado de lo suyo, y no es dudoso afirmar que las características de este supuesto legal se dan en el caso debatido (el habilitado para pagar a unos maestros utilizó el dinero de éstos en sufragar deudas propias), con la concurrencia inclusive del requisito de no haber sido gastada o consumida por los acreedores. al serles intervenida, la cantidad de dinero que el mismo día les había sido entregada».

(20) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 59.

con indiferencia de quiénes sean los concretos sujetos implicados en el mismo, ya que, como puede leerse en el *Digesto* romano, *solvere pro invito cuiquet licet, cum sit iure civile constitutum licere etiam invito meliorem conditionem facere* (21).

Desde luego que para que el pago realizado por un tercero resulte plenamente eficaz hará falta que la prestación ofrecida por el mismo sea idéntica a la que debía ejecutar el deudor, y aquí es donde descansa precisamente la justificación de la figura, pues parece natural admitir que si el derecho del acreedor obtiene plena y exacta verificación devenga intrascendente a efectos solutorio la especificidad de la persona que efectuó el pago. La consecuencia lógica de ello es que el sujeto activo de la obligación no puede rechazar el cumplimiento que el tercero le ofrezca en regla sin que tal acto repercuta negativamente en su posición jurídica (dejando ahora a un lado la consignación), ya que la negativa injustificada puede determinar su constitución en *mora creditoris*.

Semejante conclusión se deriva sin esfuerzo por argumento *a contrario* sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1.161 del Código Civil, pues si en las obligaciones *intuitu personae debitoris* el acreedor «no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero», quiere ello decir que en las demás sí podrá ser compelido, y si se resiste a tal compulsión incurrirá en la pertinente sanción jurídica. Hay en todo esto un propósito práctico evidente, un deseo de facilitar al máximo la verificación de los intereses que ponen en juego los vínculos obligatorios, sin importar demasiado la concreta identidad de los sujetos intervinientes, siempre que se sometan al cuadro objetivo trazado en la génesis de aquéllos, ya que, según advierte LACRUZ BERDEJO, «el acreedor no puede pedir sino la satisfacción de su interés, y, siendo la prestación fungible, el interés del acreedor puede quedar satisfecho por obra de persona distinta del deudor» (22).

Por lo demás, este ha sido el punto de vista de nuestro Tribunal Supremo al sostener reiteradamente que el acreedor no puede impedir el pago exacto ofrecido por un tercero, porque los artículos 1.158 y 1.161 no exigen su consentimiento para la plena eficacia de aquél, ya que «su derecho que no va más allá del cumplimiento de las obligaciones se acaba o extingue con el pago» (Sentencia de 4 de noviembre de 1897), y en razón de que «siendo el pago de una deuda el medio más directo de extinguir la obligación, acto que mejora la situación del propietario, puede realizarlo cualquiera, aun contradiciéndolo o ignorándolo aquél» (Sentencia de 5 de abril de 1913).

(21) D. 46. 3 . 52. Inst. 3, 29 pr.

(22) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 84.

La posibilidad de la intervención solutoria del tercero obliga a considerar si será o no preciso que el mismo esté animado del propósito de extinguir la obligación que cumple o *animus solvendi* o si, por el contrario, bastará con la mera plasmación objetiva de la prestación que adeuda. A simple vista se aprecia que la circunstancia de que una persona ajena a la obligación pueda intervenir en la vida de la misma y provocar su desaparición, algo que HERNÁNDEZ MORENO denomina «legitimación *solvendi causa*» es lo suficientemente trascendente como para que no quepa considerarla de una manera mecánica, al margen de la voluntad que al respecto ostente aquélla, porque una cosa es que a la ley le preocupe la efectiva ejecución del vínculo y otra, singularmente diferente e injustificada, que se desinterese del ánimo que mueve al tercero interviniente. Si no hay intención de cumplir, no puede hablarse de pago por tercero, porque, tal como advierte el autor recién citado, la legitimación *solvendi causa* (toda persona puede pagar y extinguir la deuda de otro) «ha de ser ejercitada en condiciones tales que supongan la inequívoca y manifiesta intención de extinguir la relación obligatoria en la que se interviene» (23). La explicación es muy sencilla: el tercero, a diferencia de lo que ocurre con el deudor, no está vinculado en la relación obligatoria, y, por tanto, si se prescinde de su *animus solvendi*, se pierde también todo punto de referencia y aun de justificación respecto a su incidencia en el débito ajeno.

En nuestro Código Civil hay suficientes indicios en apoyo de lo dicho. Así, cuando el artículo 1.158 establece que «el que pagare *por cuenta de otro* podrá reclamar del deudor lo que hubiere pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad», o cuando el artículo 1.159 dispone de «el que pague *en nombre del deudor*, ignorándolo éste, no podrá compeler al deudor a subrogarle en sus derechos», están contemplando algo más, frente a lo que piensa Díez-Picazo que la simple circunstancia de negar el derecho al reembolso si se contrarió al deudor o la posibilidad de la subrogación en el crédito si el mismo desconocía el pago. Están señalando de manera clara que el acto del tercero no puede reputarse cumplimiento de la obligación si no se ha realizado «por cuenta o en nombre del deudor»; y ello con indiferencia de lo que resulte en relación al reintegro o la subrogación, pues en teoría, aunque los mismos no procedan por no mediar los requisitos de ley, es evidente que en todo caso el pago podría haber tenido lugar y producir su peculiar efecto extintivo de la obligación.

Por el contrario, si el tercero no pagó «por cuenta o en nombre del deudor», no es que ante la voluntad adversa o la ignorancia de éste pierda

(23) HERNÁNDEZ MORENO: *El pago del tercero*, Barcelona, 1983, pág. 107.

el derecho al reembolso o a la subrogación, sino que sucede algo mucho más general y trascendente: no surgirá en ningún caso la posibilidad del reintegro o la sustitución en el crédito, como efectos normales del pago realizado por tercero, sencillamente porque no ha tenido lugar cumplimiento obligacional alguno en cuanto falta uno de los elementos estructurales de dicha modalidad de pago. Al negar los efectos principales y naturales de la realización del débito por persona extraña al deudor, nuestro Código Civil nos está diciendo, de esa manera indirecta e implícita tan típica en él, que no existe pago, ya que difícilmente cabría el mismo si se excluyen sus consecuencias obligadas. En tal sentido, tiene razón DÍEZ-PICAZO al resaltar que tanto el pago en nombre como el pago por cuenta del deudor presuponen en el que lleva a cabo el pago la consciencia de que el acto cumple una función solutoria y, por tanto (mejor sería decir, además), el *animus solvendi* (24).

Si el tercero que paga la deuda ajena no tuviera la voluntad de pagar por el deudor necesariamente (salvo un eventual *animus solvendi*) estaría realizando un acto solutorio en nombre propio, es decir, considerándose deudor, y semejante circunstancia nos traslada de manera forzosa fuera del verdadero campo del pago de tercero y nos ubica en el del pago de lo indebido. En efecto, aunque según el artículo 1.158 del Código Civil «puede hacer el pago cualquier persona», ello sólo es posible sobre la base de que la deuda exista y como, en la hipótesis que estamos contemplando, el que paga no es el deudor, difícilmente cabría sostener la existencia de la relación obligatoria fuera del supuesto en que el pagador actúe por cuenta del verdadero obligado. El *animus solvendi*, presente en todo acto de cumplimiento, aquí tiene necesariamente que manifestarse como intención de pagar la deuda de otro, pues, caso contrario, el acreedor no tendría derecho a cobrar y surgiría la obligación de restituir la prestación percibida (art. 1.895 CC). La peculiar conformación del pago de lo indebido coadyuva también en consecuencia en pro de la necesidad de que el que paga en lugar de otro esté animado del propósito de satisfacer la deuda ajena. Sin tal voluntad, como bien dice BERCOVITZ, no se puede aplicar, ni siquiera por analogía, el artículo 1.158, ya que no cabe hablar de pago de un tercero (25).

Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo en su conocida Sentencia de 26 de noviembre de 1926. El actor, que estaba obligado a transportar la correspondencia postal de Barcelona, no tenía en cambio la obligación de recoger y conducir la correspondencia procedente de los barcos de las compañías demandadas, algo que, sin embargo, él mismo

(24) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pág. 626.

(25) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 21.

había venido realizando por error durante cuatro años. Se pretendió la aplicación del artículo 1.158 del Código Civil alegando que había tenido lugar el pago por tercero de la obligación ajena; el Tribunal Supremo rechaza la operatividad del referido precepto en cuanto el actor no pagó ni en nombre ni por cuenta de otro, requisito esencial para que quepa ejercitar las acciones procedentes del pago de tercero: «Para pagar por otro —aduce en tal sentido nuestro Tribunal de Casación— precisa la voluntad de hacerlo así, según se desprende de la misma naturaleza del acto y de la jurisprudencia consignada, entre otras, en las Sentencias de 3 de julio de 1906, 1 de julio de 1904 y de 7 de enero de 1901, y tal voluntariedad resulta evidente que no existió». El actor, que seguramente habría triunfado de alegar pago de lo indebido, fracasó al pretender pago hecho por tercero, movido, sin duda, por la circunstancia de que le resultaba más atractivo económicamente demandar a las compañías navieras que a los que indebidamente habían percibido su servicio; aunque quizá también habría prosperado caso de alegar frente a tales compañías el enriquecimiento injusto de las mismas y no la pertinencia del artículo 1.158 del Código Civil y de los recursos (el reembolso) previstos en el mismo.

4. EL PAGO DEL TERCERO Y LA VOLUNTAD DEL DEUDOR

En el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, frente a lo que se había previsto en el Proyecto de 1851, se produce el viraje en nuestro sistema en el sentido de reconocer el principio general de que cualquiera puede pagar la deuda ajena. La idea acabaría normativamente plasmada en el artículo 1.158 del Código Civil a través de una fórmula poco rigurosa que pone a jugar la actuación del tercero con la especial situación que frente a ella adopte o se encuentre el deudor, ya que según el párrafo primero del mismo «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». Hipótesis que todavía se amplía más cuando el párrafo segundo del citado precepto dispone que «el que pague por cuenta de otro podrá reclamar al deudor lo que hubiere pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad».

Dos ideas presiden el artículo en cuestión; una, que todo el mundo, los *poenitus extranei*, puede proceder válidamente a cumplir la obligación ajena, y la otra, mera consecuencia de la anterior, que es indiferente que el tercero tenga o no interés en dicho cumplimiento. Pues bien, aunque ambas ideas parecen perfectamente entrelazadas en cuanto las dos inciden en la misma dirección de resaltar la apertura que legal-

mente se establece de cara al pago, hasta el punto de que la primera engloba a la segunda y ésta hace innecesaria a aquélla, lo cierto es que la referencia al interés del *solvens* ha movido a la doctrina a tratar de encontrar secretos designios y a intentar desvelar ocultos significados, sin querer advertir que el único juego que cabe atribuir a aquella expresión es el de permitir la entrada del mecanismo contemplado en el número tercero del artículo 1.210 del Código Civil, esto es, presumir la subrogación del tercero en los derechos del acreedor.

Además, cuando la ley habla de que el tercero «tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación», es obvio que se está refiriendo a un interés jurídicamente cualificado, es decir, a la existencia o no de un interés que desde el estricto ángulo jurídico justificaría la actuación solutoria de dicho tercero, pues de lo que no cabe dudar es de que siempre que una persona distinta del deudor procede a liquidar el débito de éste lo hace movido por algún tipo de interés (que puede no ser jurídico). Es más, como con justeza resalta HERNÁNDEZ-GIL, «el hecho de efectuar el pago por otra persona presupone la real existencia de un interés» (26).

Aparentemente, la cosa se complica todavía más a la vista de que si bien en el número tercero del artículo 1.210 del Código Civil se habla, igual que en el artículo 1.158 *eiusdem*, de «interés en el cumplimiento de la obligación», el número segundo de aquel precepto se refiere, en cambio, al tercero «no interesado en la obligación», circunstancia que parecería propiciar la idea favorable a que el *solvens* unas veces estará interesado en la obligación misma y otras tan sólo en su cumplimiento, circunstancia que daría lugar a la existencia de dos categorías jurídicas diferentes.

Así, por ejemplo, aunque sin mayor insistencia, Díez-PICAZO ha señalado que interés en la obligación, en cuanto literalmente no es lo mismo que interés en el cumplimiento, parece indicar un cierto grado de participación en la obligación misma y, más concretamente, en la deuda, respecto a la cual se tiene alguna responsabilidad (codeudor, fiador, etc.) (27). También HERNÁNDEZ MORENO distingue entre el interés en la relación obligatoria, como primer escalón de una hipotética graduación de interés, que haría referencia a aquellas personas, como el deudor solidario y el fiador, que manifiestamente están interesadas en la obligación, y, por tanto, no sólo pueden pagar, sino que también pueden no extinguir o adquirir el crédito del pagado (decía LOYSEAU, en tal sentido, que se presume que tanto el fiador como el deudor solidario

(26) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 290.

(27) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pág. 627.

pagan la deuda no para liberar al deudor y extinguirla, sino para liberarse ellos mismos y apropiársela), y el interés en el pago o cumplimiento de la deuda ajena, que es tan sólo un interés orientado a obtener la subrogación en el crédito (28).

En realidad, rectamente miradas las cosas, se observa sin esfuerzo la artificiosidad de semejante construcción. Querer distinguir entre «interés en la obligación» e «interés en el cumplimiento», aunque pudiera encontrar alguna base dogmática, algo que, por lo demás, tampoco resultaría nada fácil, parece tarea imposible (e innecesaria) desde el punto de vista normativo sobre la base de la forma en que ambas expresiones están contempladas en el artículo 1.210 del Código Civil. En efecto, este artículo establece que se presumirá que existe subrogación «cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor», y «cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación». Sin dificultad se observa que ambos ordinales se refieren a las dos partes de una sola y misma hipótesis, esto es, que son complementarios y cierran, a efectos de la subrogación en el crédito, el supuesto legalmente contemplado de pago por el tercero de la deuda ajena: si el tercero tiene interés, hay subrogación, mientras que si carece de interés, sólo procede la misma caso de que pague con aprobación del obligado.

Se hable, pues, de interés en la obligación o de interés en el cumplimiento, lo que resulta evidente es que los numerales segundo y tercero del artículo 1.210 se están refiriendo a lo mismo, y, en consecuencia, mal cabe configurar estructuralmente al tercero pagador de dos distintas maneras cuando resultará que el que tenga interés en la obligación lo tendrá en el cumplimiento y el que lo tenga en éste lo tendrá también en aquélla. Es más, puestos a utilizar una y otra expresión, aunque jurídicamente equivalentes, parece más adecuado el empleo de «interés en el cumplimiento», no sólo por acomodarse mejor al campo en el que entra en juego, el del pago de las obligaciones, sino también porque dichos términos son los que maneja el artículo 1.158 del Código Civil, que es el precepto principista y básico en la caracterización del pago del tercero, mientras que el 1.210, en los dos números que nos conciernen, tan sólo se refiere a uno de los efectos de dicha figura (el de la subrogación). Parece, por tanto, que debe aceptarse la conclusión de BERCOVITZ en el sentido de que la distinción carece de suficiente consistencia, ya que quien tiene interés en una obligación lo tiene en igual grado respecto a su cumplimiento, y viceversa, por lo que le parece

(28) HERNÁNDEZ MORENO: *El pago...*, *op. cit.*, págs. 164 y ss.

difícil argumentar de otra forma si no se quiere caer en disquisiciones fundamentalmente subjetivas (29).

¿Cuál será el hipotético interés que lleve al tercero a cumplir la ajena obligación? Es claro que no cabe hacer un señalamiento taxativo de todos los casos posibles porque el *solvens* actuará movido por interés jurídicamente relevante siempre que su conducta solutoria provoque algún reflejo, de uno u otro signo, en su patrimonio, y ello nos traslada a un campo sumamente amplio y variado. Habrá interés cuando el tercero participe principal o accesoriamente en la relación obligatoria, resulte incorporado a una delegación u obtenga mediante el pago la garantía de subsistencia de su derecho, caso, por ejemplo, del tercero poseedor de la finca hipotecada, e, incluso, cuando aquél busque tan sólo facilitar o agilizar la operatividad de su derecho, aunque esto último tenga muy poco o nada que ver con la obligación y su cumplimiento. Habrá también interés, aunque no jurídicamente trascendente, siempre que el tercero persiga evitar al deudor situaciones penosas, molestas o afflictivas, en el plano personal. Pero, por más que no exista motivo relevante desde el ángulo jurídico y ni siquiera justificación desde el simple plano afectivo deberá entenderse consumado el pago siempre que un tercero realice la prestación debida, porque la ley a tal efecto no considera el interés, la conveniencia o la motivación de éste, sino tan sólo el hecho de que, con el propósito de cumplir la deuda ajena, realice la prestación que constituya su objeto.

A) *Pago del tercero con conocimiento y aprobación del deudor*

La primera consecuencia de un pago hecho por tercero con la aprobación expresa o tácita del deudor consiste en que el *solvens* se subroga en la posición jurídica del acreedor satisfecho, adquiriendo su derecho de crédito en el estado actual con todas sus garantías y accesorios. Esto es, el pago realizado por el tercero, si bien provoca la satisfacción del derecho del acreedor y libera al deudor de su vinculación con éste no produce la extinción de la relación obligatoria, sino tan sólo un cambio subjetivo en la posición activa de la misma. El viejo acreedor es sustituido por el nuevo sin que tenga lugar, frente a lo que piensa DÍEZ-PICAZO, la extinción de la primigenia obligación y su reemplazo por una nueva relación entre deudor y *solvens*, ya que aquí no estamos en el campo de la novación, sino en el de la sucesión *inter vivos* en el crédito legalmente establecida. El crédito no se extingue, pasa tan sólo al nuevo

(29) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 54.

titular, y por eso el deudor continúa obligado (el pago por tercero satisface el crédito, pero no libera al deudor, dice LACRUZ), algo que tendría difícil justificación si el derecho de *crédito* hubiera desaparecido. Sólo así puede hablarse correctamente de subrogación, ya que esta figura presupone el mantenimiento de la relación obligatoria inicial.

Semejante juego subrogatorio desatado por la actuación del tercero no aparece establecido de manera expresa en el artículo 1.158 del Código, pero puede extraerse sin dificultad por mero argumento *a contrario* del artículo 1.159. En efecto, si en este último precepto se dispone que «el que pague en nombre del deudor, ignorándolo éste, no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos», resultará que la negativa de subrogación se produce en virtud de que el *solvens* ha actuado sin previo conocimiento del deudor, por lo que si este conocimiento existe la conclusión debe ser que en tal caso el pagador sí podrá compeler al acreedor a que le subrogue en sus derechos. Es obvio que basta con hablar de conocimiento por parte del deudor, pues, tal como escribe PUIG BRUTAU, «si el deudor tiene conocimiento del pago que va a realizar y no se opone o nada expresa, sin duda ha de entenderse que media la aprobación tácita» (30).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de manera genérica ha venido reconociendo que aunque el pago extingue siempre todas las obligaciones respecto al acreedor, no sucede lo propio en cuanto al deudor, si, en vez de hacerlo al mismo obligado, lo realiza una tercera persona con conocimiento y aprobación expresa o tácita de éste, pues entonces el tercero queda legalmente subrogado en el lugar del acreedor, novándose en este extremo el contrato y transfiriéndose al tercero, con el crédito, todos los derechos inherentes al mismo, y entre ellos el de hacerlo efectivo según el estado del pleito y momento en que tuvo lugar la subrogación (Sentencias de 9 de marzo de 1908, 11 de octubre de 1922, 27 de junio de 1925, 27 de diciembre de 1945, 18 de mayo de 1946, etc.). Adecuadamente expurgada de algunas incorrecciones (extinción de la obligación respecto al acreedor, novación, novación del contrato), la doctrina jurisprudencial resulta aceptable en cuanto a la configuración normativa del mecanismo en estudio. Asimismo, acierta el Tribunal Supremo cuando en la Sentencia de 30 de diciembre de 1951 declara que «entendido *a sensu contrario* el artículo 1.159, ha de conceptuarse que el pago hecho con conocimiento del deudor faculta al que lo realizó para compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos».

El tercero que paga puede, pues, compeler al acreedor a subrogarle

(30) PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*. II-2, Barcelona, 1976. página 277.

en sus derechos, algo que significa en puridad jurídica que el *solvens* se subroga *ministerio legis* en la posición del acreedor satisfecho, por lo que nos encontraremos ante un supuesto de subrogación *ex lege*. Ahora bien, ¿cómo compaginar el mismo con lo dispuesto en el artículo 1.210, a cuyo tenor se presume que hay subrogación cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor y cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación? ¿Estando aquí, según la misma Sentencia de 30 de diciembre de 1931, ante uno de esos casos en que, tal como previene el artículo 1.209 del Código Civil, la subrogación simplemente se presume, igual que ocurre con los contemplados en el artículo 1.210?

No es cuestión sencilla el adecuado engarce entre los artículos 1.158-1.159 y 1.209-1.210 del Código Civil, entre otras razones porque el legislador no tuvo visión de conjunto al plasmarlos ni se planteó cuál debería ser la correcta conexión entre los mismos. HERNÁNDEZ-GIL, que es quien ha estudiado la materia más a fondo, se pregunta si la subrogación queda limitada a lo que resulta de los artículos 1.209 y 1.210, o si, por el contrario, habrá que dar entrada a una nueva hipótesis. El se inclina por la afirmativa, ya que si el artículo 1.209, al excluir la presunción de subrogación, deja a salvo «los casos expresamente mencionados en este Código», deberá concluirse que si expresamente mencionados están los del artículo 1.210 también hay una mención expresa en los artículos 1.158 y 1.159. «Lo que acontece —escribe— es que el Código Civil opera en uno y otro lugar con criterios no exactamente coincidentes. Mientras en los artículos 1.158 y 1.159 prescinde por completo de la influencia del interés en el cumplimiento de la obligación, y se sirve para regular las consecuencias de la intervención del tercero en el cumplimiento de datos meramente cognoscitivos o volitivos (conocimiento, aprobación o consentimiento, ignorancia y voluntad expresa en sentido contrario), en cambio en el artículo 1.210 da entrada a la falta de interés al interés en el cumplimiento de la obligación, para sostener en este último caso que el interés es de suyo suficiente a efectos de la subrogación expresa o tácita, sin que baste el conocimiento» (31).

No nos parece que ese sea el planteamiento adecuado ni la interpretación sistemática que debe hacerse del juego de artículos mencionados. El artículo 1.209 del Código Civil se refiere estrictamente a la presunción legal de subrogación y establece la regla de que la misma sólo opera en los casos expresamente mencionados en el Código; el siguiente artículo 1.210 señala algunos de esos supuestos. ¿Serán, a su vez, un nuevo y distinto caso de presunción de subrogación el que resulte

(31) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, págs. 293-294.

de los artículos 1.158 y 1.159, a tenor de la previsión general del 1.209? HERNÁNDEZ-GIL piensa que sí, sin advertir la contradicción que entraña el sostener a un tiempo que el artículo 1.159 confiere al tercero que pague por el deudor un derecho a subrogarse en el lugar del acreedor y que en tal caso nos movemos en la esfera del artículo 1.209, pues en la primera hipótesis nos encontramos ante una subrogación *ope legis*, mientras en la segunda estamos tan sólo ante una simple presunción subrogatoria (32).

Nos parece que la explicación debe ser la siguiente: Cuando el tercero pague la deuda ajena con conocimiento y aprobación del deudor se subroga en línea de principio en la posición del acreedor (puede compeler precisamente porque se ha producido ya la subrogación), pero en este campo, pese a que es eficaz el pago de todo tercero tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, debe distinguirse, a la vista de lo dispuesto en los artículos 1.209 y 1.210 del Código Civil, según que el *solvens* ostente o no tal interés. Si no tiene interés, habrá tan sólo una presunción *iuris tantum* (art. 1.251 CC) de subrogación, aunque medie la aprobación del deudor (art. 1.210, 2.º); si lo tiene, tendrá lugar la subrogación automática, caso de aprobación del obligado (artículo 1.159 *a contrario sensu*); finalmente, siempre que el que pague esté interesado gozará a su favor de la presunción de subrogación aunque actúe sin conocimiento del deudor (art. 1.210, 3.º). Esto es, el artículo 1.210, con su particular normativa, introduce una corrección a la hora de interpretar el artículo 1.159, pues la subrogación que se produce cuando un tercero paga la deuda ajena con conocimiento del obligado sólo tendrá lugar caso de que dicho tercero esté interesado en el cumplimiento del débito, ya que si no lo está únicamente será beneficiario de una mera presunción al respecto.

Esta es la única forma de dar una interpretación coherente y lógica al cuadro diseñado por los artículos 1.158, 1.159, 1.209 y 1.210 del Código Civil español, ya que si se admite que el artículo 1.159 contempla la subrogación aun sin interés del tercero, tendríamos que concedería más (la subrogación *ex lege*) con los mismos requisitos que el artículo 1.210, 2.º, reclama para otorgar una mera presunción *iuris tantum* de subrogación (*reductio ab absurdum*), y si se entiende que en el caso del artículo 1.159, tal como pretende HERNÁNDEZ-GIL, estamos tan sólo ante una manifestación más de la presunción subrogatoria del artículo 1.209, sin distinguir en él entre el interés o no del tercero, su conte-

(32) BERCOVITZ dice, con acierto, que en los artículos 1.158 y 1.159 se trata de establecer el nacimiento de una subrogación *ex lege* y no una mera presunción: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 41.

nido vendría a ser simplemente reiterativo de lo dispuesto en el artículo 1.210. Tampoco tiene mucho sentido hacer hincapié en una presunta distinción entre conocimiento y aprobación del pago, pues sabido es que el primero de esos términos engloba al segundo, ya que el que conoce y no se opone aprueba o autoriza tácitamente.

Producida la subrogación legal, el crédito se adquiere por su valor nominal, aunque el tercero haya pagado menos, según resalta la generalidad de la doctrina (33). Ahora bien, si el pago del tercero ha sido parcial, la subrogación en el crédito también lo será (art. 1.213 CC). El nuevo titular adquiere el crédito «con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas» (*rectius*, cosas hipotecadas, art. 1.212 CC); sin embargo, la subrogación no transmite al pagador los derechos que el deudor pudiese tener frente al acreedor, ya que, como dice la Sentencia de 16 de junio de 1969, «tratándose de obligaciones recíprocas y, aún menos, si éstas son de tracto sucesivo o de tracto único, pero de cumplimiento parcial, pues en estos casos se produciría una novación subjetiva pasiva respecto a la parte de deuda aún no satisfecha, qué entraría de lleno en lo previsto en el artículo 1.205 del Código Civil, conforme al cual la novación que consista en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin conocimiento de éste, pero no sin consentimiento del acreedor». Aunque la afirmación de fondo es correcta, no lo es, en cambio, con toda evidencia, el argumento utilizado para justificarla.

La aprobación del deudor al pago del tercero no puede tener lugar con posterioridad a la realización del mismo por la sencilla razón de que si se ha producido la extinción de la obligación mal cabe la subrogación en el crédito. Deberá producirse, pues, dicha aprobación en el momento mismo o con anterioridad a la verificación del cumplimiento, si se quiere que se produzca la *subrogatio ex lege*, tal como, en tal sentido, declara la Sentencia de 28 de marzo de 1967 al afirmar que «la aprobación del deudor, sea expresa o tácita, debe preceder o acompañar al pago».

La segunda consecuencia del pago realizado por tercero con conocimiento y aprobación del deudor consiste en que adquiere un derecho o acción de reembolso que le faculta, según reza el artículo 1.158 del Código Civil, «para reclamar lo que hubiese pagado». Aquí no estamos en presencia de una transmisión de crédito, sino ante la aparición de un derecho *ex novo* que permite al *solvens* reintegrarse de la prestación efec-

(33) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1970, págs. 246-247; DíEZ-PICAZO: *Fundamentos* .. I, *op. cit.*, pág. 629; BERCOVITZ: *Comentarios* . XVI-1, *op. cit.*, pág. 43. etc.

tuada y que, en consecuencia, se configura y queda dentro de los límites de la extorsión patrimonial que haya experimentado.

La diferencia frente al supuesto anterior es la que existe entre la acción de subrogación y el derecho de reembolso, ya que, como advierte la Sentencia de 23 de junio de 1969, en éste, el crédito del tercero es nuevo e independiente del que tenía el acreedor originario, mientras que cuando se trata de subrogación, como quiera que el tercero pasa a ocupar la posición del acreedor originario frente al deudor, ello determina el derecho del tercero a exigir el pago efectuado, y a que pasen a él las garantías y se le puedan oponer las mismas excepciones. En suma, toda la distancia que media entre la transmisión y el nacimiento de un derecho de crédito.

En cambio, no es exacta la aseveración de HERNÁNDEZ-GIL en el sentido de que en cuanto las garantías y privilegios que pudieran acompañar al crédito originario no se comunican al nuevo crédito, síguese de ello que «la relación obligatoria inicial en la que se produce el cumplimiento por un tercero, queda extinguida» (34), pues el razonamiento no es que los derechos conexos al crédito no pasan al tercero porque se ha extinguido la obligación (algo que, por lo demás, no sucede siempre que tenga lugar la subrogación), sino porque en el derecho al reembolso estamos ante un crédito de nueva factura, surgido precisamente en virtud del pago efectuado por el tercero, y, en consecuencia, mal puede recibir complementos que corresponden a un derecho diferente.

Excluido por definición el *animus donandi*, parece natural preguntarse cuál será el fundamento del nuevo crédito y no tanto la fuente del mismo, según pretende HERNÁNDEZ-GIL, ya que resulta claro que ésta es la ley. Aquél podrá hallarse bien en la proscripción principista del enriquecimiento injusto, que aunque en nuestro Derecho civil no está establecida de manera expresa, a diferencia de lo que ocurre en otros (Códigos Civiles italiano, venezolano, etc.), no hay problema alguno para inducirla como principio general de Derecho y así lo hace de manera reiterada y constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o bien en la figura de la *negotiorum gestio*.

A la vista de que en el enriquecimiento sin causa quien lo ha percibido en daño de otra persona «está obligado, dentro de los límites del enriquecimiento, a indemnizar a esta última de la correlativa disminución patrimonial (art. 2.041 *Codice civile*)», no parece que esta hipótesis sea la contemplada en el párrafo segundo del artículo 1.158 del Código Civil, pues en la misma el *solvens* tiene derecho a reclamar del deudor todo lo que hubiere pagado. Quizá es por ello que nuestro Tribunal

(34) HERNÁNDEZ-GIL: *Derechos de obligaciones, op. cit.*, pág. 291.

Supremo se ha mostrado proclive a encontrar el fundamento de la acción de reembolso en la gestión de negocios ajenos, ya que, como dice en su Sentencia de 27 de junio de 1925, «el tercero que paga se constituye voluntariamente en gestor oficioso de los negocios del deudor, al cual, por tanto, ha de aprovechar lo por él conseguido».

Sin embargo, si se tiene en cuenta que, a tenor del artículo 1.893 del Código Civil, el *dominus rei gestae* está obligado «a indemnizar al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiere hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño del cargo», no parece que semejante situación sea homologada a la del tercero que pagó por cuenta de otro, ya que éste, como es sabido, tiene derecho al reintegro de todo lo pagado, algo que, sin duda, supera las posibilidades del *gestor rei alienae*.

Quizá, por tanto, el fundamento del derecho al reembolso del tercero que paga la deuda de otro se encuentre más cerca del contrato de mandato que de cualquier otra figura, habida cuenta que, según dispone el párrafo segundo del artículo 1.728 del Código Civil, si el mandante no hubiera anticipado las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, «debe reembolsarlas» al mandatario. Aquí sí que estamos ante una genuina manifestación de la acción de reembolso o reintegro (devolución de todo lo que se ha pagado correctamente por cuenta de otro), y no resulta forzada la aproximación si se tiene en cuenta que estamos considerando la hipótesis del tercero que cumple la obligación ajena con conocimiento y aprobación del deudor, y que expresamente el artículo 1.158 excluye el derecho al reintegro cuando el pago se haya hecho contra la manifiesta voluntad del deudor.

Por tanto, no es exacta la afirmación de BERCOVITZ de que «el titular de la acción de reembolso puede, pues, reclamar lo que podría un gestor de negocios en base a la utilizada objetiva producida por una gestión diligente» (35), ya que en esta sede la cuantía de la devolución no se establece en razón del beneficio experimentado por el *dominus negotii*, sino en función de lo que realmente pago el *solvens*, aunque, claro está, la reclamación de éste no pueda entenderse más allá del real importe de la deuda» (Sentencia de 18 de mayo de 1946). Es por ello que tiene razón MANRESA cuando señala que el tercero sólo podrá reclamar del deudor lo que efectivamente haya entregado, no la totalidad del crédito, si no lo pagó íntegramente (36).

Es obvio que en la hipótesis que estamos contemplando (pago del tercero con conocimiento y aprobación del deudor), la dualidad de re-

(35) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 45.

(36) MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, VIII-1 (quinta edición revisada por MORENO Mocholí), Madrid, 1950, pág. 526.

cursos, subrogación y derecho al reembolso, que a su favor surge, tiene que resolverse en la práctica por el efectivo ejercicio de tan sólo uno de ellos, ya que es natural que la figura no se orienta en provecho patrimonial del tercero, sino que trata tan sólo de que el mismo no experimente quebranto económico. En consecuencia, deberá el *solvens* optar por uno u otro. ¿En qué momento deberá producirse semejante opción?

BERCOVITZ sostiene que el tercero deberá decidirse por la subrogación o el reembolso en el mismo instante en que proceda a cumplir la obligación ajena, ya que si no es así, la subrogación se produce y el tercero se convierte en el nuevo acreedor del crédito preexistente, pudiendo ejercer únicamente las acciones propias del mismo, pues según resulta de la Sentencia de 23 de junio de 1969, producida la subrogación, ésta excluye de manera automática la acción de reembolso. Aduce que en el terreno dogmático parece claro que si el pago del tercero produce la extinción ha de serlo en el momento en que tiene lugar el mismo y no después, salvo se existe subrogación en ese momento. En el terreno de los intereses, no encuentra tampoco justificación para que el tercero pueda jugar todo el tiempo que quiera con unas u otras acciones, según le convenga (37). En cambio, para HERNÁNDEZ-GIL la titularidad de ambos es acumulativa, pero no así su ejercicio; son dos modos de reclamar frente al deudor lo que por él se ha satisfecho, y por eso mismo se excluye recíprocamente: si se opta por el reembolso no procede instar la subrogación, y a la inversa (38).

Lo primero que cabe aducir en este punto es que, pese a la Sentencia del Tribunal Supremo alegada por BERCOVITZ, la jurisprudencia del mismo ha venido admitiendo el ejercicio de la acción de reembolso sin la previa renuncia expresa o tácita a la subrogación legal (Sentencias de 3 de julio de 1941, 14 de marzo de 1967, etc.). En segundo lugar, no parece que exista obstáculo dogmático para que, producido el pago por el tercero, éste se subrogue legalmente en la posición jurídica del acreedor satisfecho y al mismo tiempo devenga titular de un derecho para reclamar del deudor el reintegro de lo pagado por su cuenta, pues esto es lo típico en todo supuesto de opción, ya que para decidirse por el ejercicio de una y otra de las titularidades primero es necesario ostentar ambas, sin que a ello obste el hecho de que la subrogación en el derecho del acreedor se produzca *ex lege*, porque no es este el único caso en que de un mismo acontecimiento jurídico se derive una dualidad de recursos que puedan perfectamente coexistir en la fase de mera tenencia estática. Finalmente, tampoco resulta aceptable el alegato de que no es

(37) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, págs. 41-42.

(38) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 294.

justo que el tercero pueda jugar y mantener en la incertidumbre al deudor respecto a la acción de que en definitiva se valdrá, pues lo cierto es que, haga uso de uno u otro recurso, aquél nunca podrá resultar obligado a pagar más de lo que originariamente adeudaba a su acreedor, y, en consecuencia, no se advierte cuál puede ser el perjuicio del obligado.

B) *Pago del tercero ignorándolo el deudor*

Si el tercero paga la deuda de otro sin conocimiento y aprobación del deudor, esto es, ignorándolo éste, ya sabemos que el artículo 1.159 del Código Civil español excluye de manera expresa su subrogación en el crédito, bajo la fórmula conceptualmente incorrecta de que «no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos», pues la sustitución en la acreencia tiene lugar *ministerio legis*.

BELTRÁN DE HEREDIA ha señalado que parece que el legislador ha supuesto que no existe interés del tercero cuando, con ignorancia del deudor, pague en su nombre y, en consecuencia, le niega el derecho a subrogarse en la situación del acreedor, tratamiento que le resulta injusto porque, tenga o no interés propio y siempre que no proceda *animo donandi*, es evidente que el tercero, en uno y otro caso, ha pagado al acreedor, y aunque entienda favorecer al deudor pagando en nombre de él, el fin objetivamente obtenido es el mismo y en ambos se pone en el puesto del acreedor (39).

No creo que exista ninguna relación entre las expresiones tener interés en el cumplimiento y pagar en nombre del deudor, de manera tal que ésta excluya aquélla y, por tanto, la ley niegue al pagador el beneficio de la subrogación. Pagar en nombre del deudor, de que habla el artículo 1.159 del Código Civil, y pagar por cuenta de otro, como se expresa el artículo 1.158, son expresiones sinónimas y, según antes se señaló, equivalen a la exigencia del *animus solvendi* en el pagador. Si el *solvens* no conoce la alienidad y quiere cumplir la obligación ajena, al faltar un elemento estructural de la figura nos situamos fuera del pago de un tercero y entramos en la esfera del cobro de lo indebido.

En consecuencia, el tener intención o voluntad de cumplir la deuda de otro siempre aparecerá en el supuesto de pago del tercero porque hace falta para su correcta configuración dogmática, sin que en modo alguno quepa ponerlo en relación con la existencia o no del interés del pagador en el cumplimiento de la obligación, ya que esta última circuns-

(39) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, página 139.

tancia resulta indiferente a los efectos indicados. Siempre que alguien con *animus solvendi* pague la deuda ajena habrá pago del tercero, con indiferencia de que el mismo tenga o no un interés jurídicamente relevante en el cumplimiento de la obligación.

La explicación es otra. La ley lo que ha querido es establecer una diferencia según que el tercero pague con conocimiento o sin conocimiento del deudor a los solos efectos de la subrogación, aceptándola en el primer caso y negándola en el segundo. ¿Es esto injusto? No lo parece, pues resulta comprensible que algo le corresponda participar al deudor respecto al pago de su débito y subsiguiente cambio de acreedor. Si se alegare que la cesión de créditos se produce sin la voluntad y conocimiento del deudor, siempre se podría responder que sin dicho conocimiento es ineficaz frente al obligado (art. 1.527 CC) y, sobre todo, que no es lo mismo cesión de crédito y subrogación en el crédito por pago de tercero, pues en la primera el acreedor se limita a disponer de su derecho, mientras que en la segunda alguien que no ostenta titularidad alguna se inmiscuye en la ajena relación obligatoria. ¿Resultará extraño que no conociendo el deudor esta actuación se niegue la subrogación del tercero en el crédito?

Por lo demás, hay que advertir que aunque en la hipótesis que estamos considerando no se produzca mecánicamente la subrogación, ésta no queda del todo excluida, ya que, con indiferencia del conocimiento o no por parte del deudor, siempre que el tercero tenga interés en el cumplimiento de la obligación la ley presume (art. 1.210, 3.º, CC) que a su favor ha tenido lugar la subrogación. Es decir, por más que no opere la subrogación *ex lege* del tercero en los derechos del acreedor, al menos se plasmará una presunción subrogatoria *iuris tantum*, tal como páginas arriba hemos tenido ocasión de exponer. Igualmente, todo tercero que haya pagado ignorándolo el deudor adquiere un derecho al reembolso de lo pagado en los mismos términos que antes expusimos respecto al caso de conocimiento y aprobación del deudor, ya que en esta materia no hay legalmente, ni tiene por qué haberla, diferencia alguna entre uno y otro supuesto.

C) Pago del tercero contra la expresa voluntad del deudor

La tercera y última hipótesis de pago del tercero contemplada por la ley es la que tiene lugar cuando éste cumple la obligación ajena frente a la prohibición manifestada por el deudor al respecto. Aquí, como es natural y por simple argumento *a fortiori*, también queda excluida la subrogación en el crédito, así como desaparece la acción de reembolso

en los términos que con anterioridad quedaron señalados, ya que el párrafo 2.º del artículo 1.158 del Código Civil niega al tercero la posibilidad de reclamar al deudor lo que hubiese pagado si lo ha «hecho contra su expresa voluntad». En cambio, el *solvens* que así actuó, a tenor del párrafo 3.º del mismo artículo «podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago», claro supuesto de *actio in rem verso*.

¿Gozará el tercero de la presunción de subrogación prevista en el número tres del artículo 1.210 del Código Civil? Si el tercero que pagó contra la clara prohibición del deudor tenía interés en el cumplimiento de la obligación, a la vista del aludido precepto parece debería concluirse que se operará la presunción porque la norma no distingue («cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento...»), y *ubi lex non distinguit...* Sin embargo, así como antes se señalaba que la falta de conocimiento del deudor, aunque excluía la *subrogatio ex lege*, no marginaba la presunción subrogatoria, aquí pensamos que la solución debe ser diferente, pues si la ley, precisamente por la ausencia de conocimiento, puede presumir la subrogación en el crédito, difícilmente podrá presumir algo similar cuando el deudor se ha opuesto al pago, ya que la mínima conclusión que cabe extraer de semejante negativa es la de que no desea que el tercero ocupe el lugar de su acreedor.

La prohibición o negativa al pago del tercero debe ser manifiesta, explícita, clara y definitiva. No cabe presumirla ni derivarla de *facta concludentia*, y presupone, como es obvio, el conocimiento por parte del deudor del propósito solutorio que anima al tercero. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante en el sentido de que no debe haber duda al respecto y de que corresponde probar la oposición al pago al deudor que la alegue (Sentencias de 19 de febrero de 1955, 15 de octubre de 1959, 21 de abril de 1964, etc.). La expresa prohibición del deudor tiene que producirse antes o en el momento mismo en que tiene lugar el pago, pero no, según pretende BERCOVITZ, porque en ese instante surge a favor del tercero la acción de reembolso o la de repetición del enriquecimiento producido (40), sino porque al no haberse manifestado la oposición del obligado cuando se realiza el cumplimiento de la obligación estamos en la esfera de alguna de las dos hipótesis anteriormente consideradas.

En Derecho romano, el pago hecho por tercero contra la voluntad del deudor era plenamente liberatorio, «porque está determinado por Derecho civil que se pueda hacer mejor la condición del que lo ignora y del que lo contradice» (41). También en las Partidas, el deudor se

(40) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1. *op. cit.*, págs. 47-48.

(41) Inst. 3, 29; D. 46, 3, 53.

libera de su obligación caso de pago del tercero «aunque lo supiese e lo contradixesse» (42). En ambos casos, al producirse la ausencia de obligación alguna del deudor respecto al tercero, se producía de hecho, aunque las fuentes no lo manifestaran expresamente, una donación tácita a favor de aquél, postura que aceptó el artículo 749 del Código Civil portugués de 1867.

Nuestro Código Civil no ha seguido esta pauta y ha estimado que, caso de que el pago del tercero haya revertido en utilidad del deudor, éste queda obligado respecto al pagador. Es decir, el *solvens* no se subroga en el derecho de crédito, ni tiene acción para el reembolso de todo lo que pagó, sino que tan sólo puede reclamar del deudor aquello en que se haya beneficiado por virtud de su acción solutoria. No estamos aquí, pues, en presencia de una genuina acción de reembolso, ni siquiera ante una estricta acción de repetición, por más que el artículo 1.158 hable de que el tercero «podrá repetir del deudor», ya que la repetición *stricto sensu* sólo opera en relación al que recibe el pago, sino tan sólo, como anteriormente indicábamos, ante una manifestación de *actio in rem verso* o acción por enriquecimiento injusto que permite al perjudicado reclamar su detrimento patrimonial dentro del límite del beneficio obtenido por el favorecido (43).

Otra cosa será que en numerosos supuestos el ejercicio de esta acción y el de la acción de reembolso no presenten mayores diferencias en la práctica porque el enriquecimiento experimentado por el deudor coincida exactamente con el monto de lo pagado por el tercero, cual ocurre en los supuestos de pago de impuestos por éste, ya que, como dice la Sentencia de 19 de febrero de 1955, en los mismos «todo lo pagado... redunda en beneficio o utilidad del deudor». Pero de todas maneras, en el caso en estudio siempre tendrá el tercero que probar la existencia y alcance del provecho recibido por el deudor, aparte de que, como dice BERCOVITZ, la utilidad de éste deberá valorarse en términos no sólo objetivos, sino también subjetivos, con el fin de salvaguardar el principio de que el pago del tercero no lesione los intereses del deudor, así, por ejemplo, valorando adecuadamente las circunstancias del caso, en las que el deudor puede tener interés en no pagar, a pesar de no contar con ninguna excepción frente a la hipotética exigencia del acreedor (44).

(42) P. 5, 14, 5.

(43) ALVAREZ CAPEROCHIPÍ: *El enriquecimiento sin causa*. Santiago de Compostela, 1979, págs. 137 y ss.

(44) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 49.

5. LA PERSONA DEL «ACCIPIENS». CAPACIDAD. DISPONIBILIDAD

De la misma manera que es al deudor a quien normalmente corresponde verificar el pago, destinatario natural de éste es también el acreedor. El respeto exacto e íntegro al programa prestacional implicado en la relación obligatoria exige, en principio, que el sujeto que ocupa la posición activa en la misma sea quien reciba la conducta debida, habida cuenta, además, que si al acreedor corresponde la facultad para reclamar al deudor el cumplimiento de la obligación, debe ser también el que directamente resulte receptor del objeto de la misma. Es precisamente en tal sentido que el artículo 1.162 del Código Civil español proclama que «el pago deberá hacerse a la persona a cuyo favor estuviese constituida la obligación».

A pesar de que el término «constituida» pudiera hacer pensar en una interpretación meramente textual, que debe tratarse, como sujeto legitimado para recibir el pago, de la persona que *ab origine* apareciera como titular activo del vínculo obligatorio, lo cierto es que hay que reputar destinatario del pago al acreedor actual, esto es, al que lo sea en el preciso instante en que tiene lugar la realización de la prestación debida. Es indiferente, por tanto, que se trate del primigenio acreedor o de cualquier otra persona que a través de un conducto jurídico idóneo (sucesión *mortis causa* universal o particular, pago con subrogación, cesión de crédito) haya devenido titular de la acreencia.

En cuanto el pago supone, en principio, la realización o efectividad del crédito, es obvio que semejante acontecer puede tener lugar bien mediante la presencia directa del acreedor o a través de otro sujeto que legítimamente le sustituya; aquí, incluso, con mucha mayor amplitud que respecto a la persona del deudor, porque no operará con la misma amplitud la previsión del hacer personalísimo del artículo 1.111 del Código Civil. Es por ello que el antes transcrito artículo 1.162 concluye afirmando que, aparte del acreedor, el pago deberá hacerse también a favor de cualquier otra persona «autorizada para recibirlo en su nombre».

Expresión muy generosa, que, aunque en el pensamiento del codificador, según dice BERCOVITZ, probablemente debería circunscribirse a la figura del representante («en su nombre»), sin duda, rebasa con mucho el ámbito de la representación y se adentra en el más amplio de la autorización, noción esta que supera largamente la esfera del estricto actuar en nombre ajeno al no implicar las exigencias formales, estructurales y de oportunidad que la *procuratio* supone, por más que, pese a lo que

diga en contrario el mismo BERCOVITZ (45), el artículo 1.259 del Código Civil no sirva para confirmar que autorización y representación no son lo mismo, ya que es evidente que cuando dicho precepto habla de «autorización o representación legal» se está refiriendo a la primera como equivalente a representación voluntaria.

En principio, el representante del acreedor, voluntario o legal, está habilitado para recibir el pago, con indiferencia, en el primer caso, de cuál sea el concreto negocio del que derive el apoderamiento o de la específica insuficiencia de capacidad que la ley atienda a cubrir mediante el juego del representante *ex lege*. Con todo, en relación a la representación voluntaria, parece lógico plantearse la pregunta de la amplitud que deberá tener el poder de representación para que pueda válidamente realizarse el cobro.

En el Derecho romano prevaleció la tesis de que el pago se puede hacer de manera válida al representante del acreedor, ya sea legal, ya voluntario, bien general o bien especial, ya que, como dice ULPIANO: «Al verdadero procurador se le puede pagar. Debemos entender que es verdadero el que tiene mandato especial, o al que se le encargó la administración general de todos los negocios» (46). ¿Ocurrirá hoy igual entre nosotros? ¿Hará falta poder especial dado exclusivamente para recibir el pago o bastará, por el contrario, poder general abierto a toda clase de negocios y actuaciones?

El punto no tiene clara y terminante solución en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, ya que éste, mientras en unos casos considera como suficiente «el poder amplio y tan bastante como en Derecho se requiera para reclamar y percibir el dinero o bienes que por cualquier concepto se le deban» (Sentencia de 10 de marzo de 1951), en otros, por el contrario, parece reclamar la existencia de poder especial para el cobro de cantidades de cierta entidad derivadas de un negocio de disposición (Sentencia de 21 de junio de 1958).

Sobre la base de que, según dispone el artículo 1.713 del Código Civil, «el mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración», la doctrina española mayoritaria estima que el poder general sólo faculta al apoderado para realizar aquellos cobros que en sí supongan simples actos de dicha naturaleza, precisándose de poder especial siempre que estemos en presencia de un negocio de disposición. Así, DÍEZ-PICAZO sostiene que, «si el negocio y la obligación constituyen actos de administración, el cobro lo será también», y

(45) *Ibid.*, pág. 66.

(46) D. 46, 3. 12. Cfr. nuestro *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, pág. 757.

«si, por el contrario, el negocio constitutivo de la obligación era un acto de disposición, se requerirá un poder especial» (47). Igual piensa HERNÁNDEZ-GIL (48), y para BERCOVITZ, en similar posición, «si se concibe el pago o el cobro como un momento más de la obligación, es lógico que lo más englobe lo menos» (49). En cambio, en posición minoritaria, BELTRÁN DE HEREDIA considera que basta con el poder general para exigir y cobrar créditos. «si se tiene en cuenta la naturaleza del cumplimiento, que no es en sí un acto de disposición, sino de ejecución de una disposición ya realizada» (50).

¿*Quid iuris?* Existe, en nuestra opinión, un notable error en la tesis mayoritaria, consistente en atribuir al acto de pago la misma naturaleza que al acto creador del vínculo, inconsciente reminiscencia de la vieja y superada concepción formalista de los romanos respecto al principio del *contrarius actus* que en otro lugar de esta obra hemos tenido ocasión de criticar, cuando lo cierto es que el pago en cuanto simple «ejecución efectiva de la obligación» (como dice PLANIOL) no tiene naturaleza negocial y, por ende, mal puede ser catalogado el acto de administración o de disposición. Se produzca el efecto dispositivo al comienzo o al final del *tractus* obligacional, el pago en sí no participa de semejante condición en cuanto su estricta sustancia nada tiene que ver con el efecto enajenativo y conservatorio perseguido por las partes.

Trasladar al pago la virtualidad de disposición o meramente administrativa que tiene el negocio generador de la obligación o el que es preciso realizar para la plena ejecución del mismo, es un defecto óptico que entraña la contemplación del efecto perseguido no en función de su causa, sino tan sólo en relación a los instrumentos utilizados para su materialización. Si bien es cierto que, como dice BERCOVITZ, el poder para vender comprende el *dé* cobrar, no lo será en cambio que sólo pueda cobrar, tratándose de negocios enajenativos, el que tenga poder para vender, porque si quien puede lo más puede lo menos, en cambio, para efectuar lo menos no hace falta estar facultado para lo más. Esta ha sido, en definitiva, la orientación dominante en la doctrina francesa, al estimar la misma que cualquier mandatario o apoderado general podía exigir y cobrar los derechos de crédito, criterio que en nuestro sistema cabría apoyar en el artículo 1.163 del Código Civil, el cual al no exigir al acreedor más que la capacidad para administrar permite defender la legitimación para el cobro del *procurator omnium bonorum*.

(47) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...* I, *op. cit.*, pág. 631.

(48) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 300.

(49) BERCOVITZ: *Comentarios...* XVI-1, *op. cit.*, págs. 72-73.

(50) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, *op. cit.*, pág. 145.

Ya se ha dicho que la expresión que utiliza el artículo 1.162 del Código Civil español («autorizada para recibirlo») trasciende el escueto campo de la representación en cuanto, evidentemente, el concepto de autorización es más amplio que el de representación, aunque sólo fuera por la circunstancia de que cabe una autorización *a posteriori*, algo que no es posible en la esfera de la genuina representación. Se encuentra autorizada para recibir el pago toda persona que sin ser representante legal o voluntario del acreedor haya sido contemplada a estos efectos por el acuerdo de las partes, la voluntad del acreedor, la ley (art. 1.171 del Código Civil) o el Juez. La autorización, como dice DÍEZ-PICAZO, constituye una forma especial de legitimación *ad solvendum*; podrá ser expresa o tácita, genérica o específica, esto es, con o sin determinación de la persona autorizada, pero lo que difícilmente cabrá admitir a la vista del texto del artículo 1.262 del Código Civil es que, según pretende HERNÁNDEZ-GIL, el meramente autorizado actuará en nombre propio, pero por cuenta y en interés del acreedor, ya que el referido precepto parece imponer como condición para que alguien pueda cobrar en lugar del acreedor que el mismo actúe en nombre de éste. Esto nos lleva al problema de la admisión o no en el Derecho español del *adiectus solutionis gratia*.

El Derecho romano, donde nació esta figura al objeto de facilitar los pagos, previó junto a la *ad stipulatio* (prometer *verbis* a otra persona lo mismo que ya se debe al acreedor) el mecanismo de la *adiectio solutionis causa* que consistía en una autorización que en el momento de constituirse la obligación el acreedor daba al deudor para que éste pudiese pagar a quien al efecto se designara. El *adiectus solutionis causa* no era un mandatario o apoderado para el cobro, cuyas facultades pudiesen ser revocadas en cualquier momento, ya que el derecho otorgado al deudor no podía desconocerse discrecionalmente *a posteriori* por el acreedor; en cambio, no podía reclamar el pago ni hacer remisión de la deuda (51).

No hay inconveniente, pese a la no contemplación genérica de la figura en la ley, para admitir la misma al amparo de la libertad contractual consagrada en el artículo 1.255 del Código Civil español. Y lo mismo cuando se la plasme en el negocio constitutivo de la obligación, en otro

(51) CRISTÓBAL MONTES: *Curso de Derecho romano, op. cit.*, págs. 758-759. Según advierte MESSINEO, el *adiectus solutionis causa* no es representante del acreedor en cuanto recibe en nombre propio la prestación; tampoco debe confundirse con el delegado activo, puesto que, mientras éste retiene para sí lo que le ha sido entregado por el deudor, el *adiectus* recibe por cuenta del acreedor y debe transmitirle lo que se le entregue, aunque ambos al recibir el cumplimiento liberan al deudor: *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, pág. 363.

posterior o como designación unilateral por parte del acreedor. En cualquier caso, el *adiectus* ni es acreedor ni tampoco representante suyo para el cobro, sino que tan sólo ostenta una legitimación que le permite recibir el pago ofrecido por el deudor, ya que de lo que, en definitiva, se trata es de facilitar las vías de cumplimiento a éste. En consecuencia, aunque no pueda reclamar el crédito ni mucho menos condonar la deuda, el *adiectus solutionis gratia*, que actúa en nombre propio y por cuenta ajena, recibe válida y liberatoriamente el pago, ya que ha sido autorizado a tal efecto.

Aunque, como se ha dicho, falta en nuestro ordenamiento civil la previsión genérica, alguna manifestación concreta sí se da de este mecanismo de cobro, como cuando en el artículo 1.766 del Código Civil se dispone que el depositario debe restituir la cosa al depositante, a sus causahabientes o «a la persona que hubiese sido designada en el contrato». Quizá esta expresión de nuestro primer Cuerpo legal ha llevado a algunos autores (DÍEZ-PICAZO, PUIG BRUTAU, HERNÁNDEZ-GIL, etc.) a considerar que la designación del *adiectus* debe producirse siempre por acuerdo entre acreedor y deudor, sin que quepa su nombramiento unilateral, cuando lo cierto es que, dadas su finalidad y características, no hay ningún obstáculo para su recta constitución en base a la sola voluntad del acreedor.

Sea fruto del convenio o decisión unilateral, no cabe su revocación por el acreedor y no tanto, según piensa HERNÁNDEZ-GIL, por hallarnos en presencia de un negocio bilateral (algo que, evidentemente, falla en el segundo de los supuestos), sino porque la aparición por una u otra vía del *adiectus solutionis causa* genera una facultad a favor del deudor de la que éste no puede verse despojado en forma arbitraria. Paralelamente, en el puro plano dogmático, la autorización para el cobro, salvo estipulación en contrario, deja en libertad al deudor para preferir al acreedor o al *adiectus* la hora de pagar, tal como resalta de manera expresa el artículo 771 del nuevo Código Civil portugués; aunque parece razonable la aseveración de BERCOVITZ en el sentido de que «habrá que aceptar el deber de pago a la persona autorizada por el acreedor cuando ello no produce ningún perjuicio al deudor y es acorde con la buena fe» (52).

Por lo que hace a la capacidad del *accipiens*, resulta natural que quienes ven en el pago un negocio bilateral exijan la plena capacidad de obrar siempre que el mismo requiera de la cooperación del acreedor, ya que, según piensa TUHR, «si el cumplimiento consiste en una asignación por parte del deudor, se tratará de un negocio jurídico celebrado

(52) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op cit.*, pág. 80.

por éste con el acreedor y por medio del cual se tiende a extinguir el crédito» (53). Incluso, aun sin atribuir al pago semejante naturaleza contractual, son muchos los autores que se inclinan por exigir la plena capacidad de obrar del *accipiens* en cuanto, con terminología alemana, ven en el cumplimiento de las obligaciones un «acto de disposición por parte del acreedor».

No es este, desde luego, el planteamiento de nuestro Código Civil que en el párrafo primero de su artículo 1.163 se limita a establecer que «el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad», algo que significa, prescindiendo por ahora del punto de la *utilitas creditoris*, que es válido el pago hecho a quien tenga capacidad para administrar sus bienes, aunque el mismo padezca alguna limitación en su capacidad de obrar (por ejemplo, el menor emancipado: art. 323 CC).

Lo primero que salta a la vista es la desigual manera en que el Código Civil se ocupa del tema de la capacidad de los sujetos involucrados en el acto solutorio, particularmente en la esfera de las obligaciones de dar, ya que el deudor precisaría de la capacidad de disposición mientras que al acreedor le bastará la mera capacidad de administración (arts. 1.160 y 1.163 CC, respectivamente). ¿Es lógico esto? Parece que sí, ya que si la pérdida de un derecho real o la constitución de un gravamen de la misma naturaleza exige la capacidad de enajenar, su simple recepción, el ingreso en el patrimonio del *accipiens* no debe entrañar algo superior a la capacidad de administrar, reducción de capacidad que se justifica, como dice ALBALADEJO, en atención a que, en principio, el pago en sí sólo puede beneficiar (54). Evidentemente no es lo mismo enajenar que adquirir, y por ello se explica semejante disminución de la capacidad del receptor de la prestación debida, siempre, eso sí, que ésta se satisfaga en sus estrictos términos, pues en la medida en que se cambie la prestación o no se realice de manera íntegra y exacta hará falta también la capacidad de enajenar en el *accipiens*, como con razón advierte LACRUZ (55).

HERNÁNDEZ-GIL, en posición compartida por Díez-PICAZO y PUIG BRUTAU, considera que esta diversidad de trato se justifica en el cumplimiento de las obligaciones unilaterales, pero no ocurre lo mismo en las

(53) TUHR: *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934, pág. 8.

(54) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, *op. cit.*, pág. 82.

(55) LACRUZ BERDEJO: *Elementos*, II-1, *op. cit.*, pág. 85. GIORGI, con evidente exageración, llegó a afirmar que el acreedor debe ostentar capacidad para enajenar, ya que si la aceptación del pago produce la enajenación del crédito (?) no podrá realizarse válidamente por quien no tenga la potestad de enajenar: *Teoría...*, VII, *op. cit.*, pág. 100.

obligaciones recíprocas, dado que en ellas las posiciones jurídicas de acreedor y de deudor aparecen intercambiadas y, por tanto, resultaría que, en relación a un mismo acto, la misma persona podría tener capacidad para recibir la prestación ajena y no la tendría para realizar la propia, y sería válido el cumplimiento respecto a lo primero y no en relación a lo segundo. Esto no le parece posible, ya que «si para realizar la prestación se requiere la capacidad para enajenar, aunque para recibirla baste la de administrar, la falta de aquéllas provocará por sí la invalidez del cumplimiento como un todo, con efecto restitutorio para todas las prestaciones» (56).

No compartimos esta opinión. En nuestro sentir, el error proviene de considerar que en las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas el cumplimiento supone un acto único, cuando lo cierto es que habrá tantos particulares cumplimientos o pagos cuantas sean las obligaciones a extinguir. La unidad del contrato generador de las obligaciones correspectivas se traslada también, indebidamente, al momento de la consumación del mismo, sin advertir que en éste la unidad se tornará en pluralidad, de manera tal que deberá contemplarse un concreto acto de cumplimiento en relación a cada uno de las obligaciones constituidas. Por ello, no es correcto hablar, tal como hace HERNÁNDEZ-GIL, de «un mismo acto» o de «cumplimiento como un todo», porque la hipótesis no es esa, sino exactamente la contraria; y por ello también, no constituye contradicción alguna el hecho de que una misma persona esté capacitada para recibir la prestación ajena, porque ostente la capacidad de administración y no lo esté para realizar la propia, porque carece de la oportuna capacidad de enajenar, ya que en uno u otro supuesto nos encontraremos ante dos distintos actos de cumplimiento, por más que jurídicamente interrelacionados (arts. 1.100 y 1.124 CC) (57), en razón de que existe dualidad o pluralidad de obligaciones y el pago como institución jurídica se predica respecto de cada uno de los particulares vínculos obligatorios y no respecto al negocio jurídico único que los generó.

El pago realizado a favor de una persona incapacitada para administrar sus bienes, según el párrafo primero del artículo 1.163 del Código Civil, es válido en la medida que le resulte útil. Ahora bien, a tenor del artículo 1.304 *eiusdem*, «cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera»; lo que parece propiciar la contradicción de que en un caso la utilidad del inca-

(56) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, págs. 331-332.

(57) Cfr. nuestra obra *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984, págs. 61 y ss.

paz impide la invalidez, mientras que en el otro no sólo no la detiene, sino que además aquél queda obligado precisamente a la restitución del provecho obtenido. ¿Existe tal contradicción?

Para DÍEZ-PICAZO no lo hay porque en el artículo 1.163 no se da un supuesto de anulabilidad, en razón de que ésta tiene que serlo o bien del negocio o bien del acto dispositivo o del pago del incapaz, pero no de lo obtenido por él. El artículo 1.163 lo que quiere decir es que el deudor que paga a un incapaz no queda liberado de su obligación más que probando que el pago por él hecho le ha sido útil al acreedor. Si hay impugnación del negocio, el *accipiens* restituirá de acuerdo con el artículo 1.304; en cambio, si no hay impugnación del negocio, el deudor continuará obligado y no podrá repetir (58).

No parece conceptualmente aceptable este criterio, pues el artículo 1.163 habla con toda claridad de validez del pago hecho al incapaz cuando exista utilidad, y, por otro, contempla un genuino supuesto de anulabilidad en caso contrario. Aparte de que tiene difícil explicación su argumento de que el deudor que paga al incapaz queda liberado si prueba que el pago le ha sido útil a éste, caso de que no se mantenga al mismo tiempo la validez del acto solutorio; y de que resulta francamente inaceptable su aseveración de que si el negocio no es impugnado el deudor continuará obligado, cuando se parte precisamente de la base de que en la hipótesis en consideración el pago de éste ha tenido lugar.

En realidad, a partir de la consideración de que, según advierte BERCOVITZ, aunque el pago no sea un negocio jurídico, es aplicable al mismo por analogía el remedio de la anulabilidad cuando el pago no responda a la exigencia de capacidad del artículo 1.163 (59), sólo cabe superar la aparente contradicción entre los preceptos señalados asignando a cada uno de ellos un campo de actuación distinto. Esto es, cuando el contrato generador de la obligación haya sido celebrado por un incapaz estaremos en la esfera de anulabilidad regulada en los artículos 1.300 y siguientes; por el contrario, en el caso del artículo 1.163 deberá contemplarse necesariamente la situación de que la incapacidad se haya producido con posterioridad a la conclusión del negocio. En el primer caso será impugnabile el contrato, y su anulación lo dejará sin efectos; por lo que «los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato» (art. 1.303 CC), si bien el incapaz sólo deberá restituir en la medida de su enriquecimiento (art. 1.304). En el segundo, en cuanto lo impugnado es el cumplimiento mismo por

(58) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pág. 631.

(59) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 83.

la incapacidad del acreedor, la ley alude a la anulabilidad si éste ha obtenido beneficio.

Algo que tiene sentido y resulta coherente, tanto porque el vicio estructural no puede ser obviado en base al mero criterio de beneficio de las partes, como porque producido el cumplimiento de una obligación rectamente nacida no debe anularse el mismo, siempre que haya resultado provechoso para el acreedor, en base a la simple circunstancia de que el acreedor sea incapaz en el momento de recibir el pago. Distinto enfoque de la impugnabilidad en uno y otro artículo y distinta incidencia jurídica, por tanto, del factor de la utilidad que haya podido percibir el *solvens*. Este es el punto de vista en nuestra doctrina de BELTRÁN DE HEREDIA, PUIG BRUTAU, HERNÁNDEZ-GIL y BERCOVITZ, ya que, según señala este último autor, la incapacidad en el momento de perfeccionarse el negocio se soluciona directamente de acuerdo con los artículos 1.300 y siguientes, y específicamente el 1.304, mientras que la incapacidad en el momento del pago se regula y sanciona de acuerdo con el artículo 1.163 (60). Y tiene que ser así, porque, como con toda justeza y precisión resume la cuestión el Profesor LACRUZ, ese último precepto «no convalida los contratos nulos, ni excluye, por tanto, la aplicabilidad del artículo 1.304» (61).

La validez del pago efectuado al incapaz para administrar queda subordinada a la utilidad percibida por el mismo. Razones de justicia práctica y de operatividad justifican este dispositivo, amén de las estrictamente jurídicas antes alegadas, ya que sería improcedente que el *accipiens* pudiese instar un segundo pago o reclamar indemnización, como también carece de sentido que, obtenido el resultado provechoso a que se enrumba el cumplimiento de la obligación, hubiera que repetir idéntico comportamiento en base al respeto de simples exigencias jurídico-formales. Como con toda graficidad resalta BELTRÁN DE HEREDIA, de la letra y del sentido del artículo 1.163 del Código Civil español «se deduce que lo que le interesa al legislador es que, objetivamente, se satisfaga el interés del acreedor, y cuando esto se ha logrado, le tiene sin cuidado el hecho de que el *accipiens* sea o no capaz» (62).

Son razones, pues, de índole fundamentalmente práctica las que operan en el supuesto en estudio que buscan conciliar la prestación del incapaz con el hecho evidente de que la finalidad última que toda obligación persigue es la de que el acreedor perciba el provecho contemplado en la misma. Obtenido éste, cede en su honor la circunstancia de que

(60) *Ibid.*

(61) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 85.

(62) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, *op. cit.*, pág. 180.

el receptor de la prestación estuviese incapacitado, como simple manifestación del criterio de que la conveniencia debe primar sobre el estricto rigor de los esquemas, máxime cuando aquí ese resultado se compadece también con el principio de la protección de los incapaces y con la idea, de la que existen diversas manifestaciones en el Código Civil (arts. 1.504 y 1.765), de que su responsabilidad queda circunscrita al enriquecimiento obtenido del acto en que participaron.

Esta visión de las cosas nos parece más ajustada a la realidad de las mismas que intentar una formulación apegada a la juridicidad formal, al modo que lo hace BERCOVITZ cuando tras resaltar que si, producida la utilidad, se diese curso a la exigencia de un segundo pago o de una indemnización, el acreedor habría obtenido un enriquecimiento injusto, en base al cual el deudor podría reclamar la devolución del primer pago. señala que en la ley se obvia semejante complicación compensando la acción de reclamación del segundo pago o de la indemnización con la acción de enriquecimiento injusto que dicho segundo pago o dicha indemnización provocaría (63). Salvo que se trate tan sólo, como pensamos, de una manera de hablar para reconocer por otras vías el mismo efecto práctico apuntado, no parece correcto el planteamiento, habida cuenta de que el juego estricto de la anulabilidad y sus consecuencias jurídicas harían improcedente el mecanismo apuntado por el autor citado.

La noción de utilidad del *accipiens* abarca todo tipo de provecho patrimonial percibido, algo que corresponderá probar al que lo alegue (el *solvens*) y que el Juez deberá indagar caso por caso. Basta con que haya existido en su momento, aunque con posterioridad haya dejado de tener realidad. Pudo ser total o parcial respecto a las circunstancias de la acreencia, procediendo el complementó correspondiente en el segundo de los supuestos. De lo que no hay duda es de que, según resalta LACRUZ, también la validez del pago útil hecho al incapaz, que pronuncia el artículo 1.163, presupone la exactitud e integridad de la prestación (64). ya que en otro caso nos situamos en la esfera de la capacidad de disposición (sin que quepa hablar, empero, tal como pretende BERCOVITZ, de renuncia del acreedor), cuya ausencia tiene un tratamiento y unas repercusiones jurídicas diferentes y más graves.

Puede suceder que, aun siendo el acreedor capaz, el pago realizado al mismo resulte inválido por hallarse desprovisto el mismo de legitimación al respecto, al disponer el artículo 1.165 del Código Civil que «no será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda». La hipó-

(63) BERCOVITZ: *Comentarios ... XVI-1, op. cit.*, pág. 85.

(64) LACRUZ BERDEJO: *Elementos*, II-1, *op. cit.*, pág. 85.

tesis responde a la idea de que estando afectado el crédito a algún tipo de responsabilidad patrimonial frente a terceros, se pueda eludir ésta mediante la recepción por el acreedor de la prestación que se le adeuda una vez que el deudor ha sido puesto judicialmente al tanto de aquella situación, ya que en este caso, al desaparecer la buena fe que exige el artículo 1.164 al que paga a quien «estuviere en posesión del crédito», desaparece también la validez que se predica del acto solutorio. Así la han contemplado las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1904 y 5 de julio de 1941.

Aunque el artículo 1.165 dice bien en el plano de los hechos que es al deudor a quien se ha ordenado retener la deuda (esto es, no efectuar su pago), es evidente que en el riguroso plano jurídico objeto de la retención debe ser el crédito en cuanto sólo éste entraña ventaja patrimonial. También, aunque el mismo precepto habla del acreedor, es obvio que la falta de legitimidad para el cobro en que se funda para sancionar la invalidez del pago operará asimismo en todo caso de persona distinta a aquél habilitada para recibir el pago (arts. 1.162, 1.163 y 1.164 CC).

La ley habla de orden judicial y parece, por tanto, que el mandato de la misma debe restringirse al ámbito jurisdiccional, no sólo por la expresa dicción legal, sino también porque resulta difícil encontrar fuera de aquél una autoridad con poder suficiente como para retener el crédito o negar su disponibilidad al titular. No obstante, autores clásicos españoles como MUCIUS SCAEVOLA (64^{bis}) y MANRESA (65), en posición compartida recientemente por BERCOVITZ (66), han entendido que el precepto hace referencia a la orden de cualquier autoridad legítima, aunque sea administrativa, competente para entender del asunto en que la retención surja como medida incidental.

Resolución judicial, pues, adoptada en el correspondiente procedimiento jurisdiccional, bien en trámite de ejecución de sentencia firme, bien como medida cautelar previa a ésta o bien a consecuencia del cambio de acreedor producido. HERNÁNDEZ-GIL señala como casos concretos en que la retención puede ordenarse el depósito judicial o secuestro (artículos 1.785 y 1.786 CC), el embargo obtenido en ejecución de sentencia (arts. 921 y 923 LEC), el embargo en juicio ejecutivo (art. 1.442 Ley de Enjuiciamiento Civil), el embargo preventivo (art. 1.399 LEC) y las medidas contempladas en los artículos 1.410 y 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil (67). En cualquier caso, empero, no bastará con que

(64 bis) MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, XIX, Madrid, 1957. pág. 1002.

(65) MANRESA: *Comentarios* .. VIII-1, *op. cit.*, pág. 547.

(66) BERCOVITZ: *Comentarios*..., XVI-1, *op. cit.*, pág. 98.

(67) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 313.

judicialmente haya sido dictada la oportuna resolución de retención del crédito, sino que hará falta además que la misma se comuniqué formalmente al deudor («habérsele ordenado», dice el artículo 1.163); por lo que si el deudor paga antes de tener conocimiento de aquélla, paga bien y queda liberado de su obligación, no porque no haya perdido todavía, según pretende BERCOVITZ, la legitimación que tenía, pues no es su legitimación la afectada, sino la del *accipiens*, ni tampoco porque el pago efectuado en tal caso produce sus efectos con arreglo al artículo 1.164, tal como dice HERNÁNDEZ-GIL, ya que la previsión del artículo 1.165 hace referencia a todos los supuestos de legitimación para el cobro contemplados en los artículos 1.162, 1.163 y 1.164 del Código Civil, sino tan sólo porque no ha ocurrido nada jurídicamente relevante que modifique la primigenia legitimación de *accipiens* y *solvens*.

La existencia de una orden de retención del crédito prohíbe al deudor efectuar el pago y priva al acreedor de la facultad de exigirlo. Si, pese a ella, tiene lugar el cumplimiento de la obligación, el mismo resulta inválido, el deudor podrá repetir lo pagado y no queda liberado de su vinculación. ¿Aprovechará la orden de retención a todos los que puedan beneficiarse de ella o tan sólo al concreto interesado que la solicitó y obtuvo? GARCÍA GOYENA, en relación al artículo 1.103 del Proyecto de 1851, que sirve de precedente al actual 1.163, asevera que la orden sólo favorece a los que obtuvieron e hicieron notificar la providencia judicial (*quia vigilantibus iura prospiciunt*) (68); y MANRESA, en el mismo sentido, estima que la retención únicamente aprovecha al que la pide, sin que puedan acogerse a ella aquellos otros acreedores que han permanecido inactivos y no se opusieron al pago (69). No parece que quepa pensar de otra manera, habida cuenta que el Juez dictará su providencia en vista al concreto interés alegado. En cambio, la referencia a la acción de enriquecimiento injusto a favor del deudor que pagó, a la que la doctrina suele referirse como recurso primario, no tiene tal carácter, pues el *solvens* gozará en primer término del derecho de restitución derivado de la invalidez del pago efectuado (art. 1.304 CC).

6. PAGO DE TERCERO

En cuanto la relación jurídica obligatoria se constituye entre un concreto acreedor y un concreto deudor, siempre que el pago efectuado a favor de sujeto distinto del primero tenga efectos liberatorios para

(68) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 591.

(69) MANRESA: *Comentarios...*, VIII-1, *op. cit.*, pág. 547.

el deudor deberá estimarse, *lato sensu*, que estamos ante una hipótesis de pago hecho a tercero. Ese es el planteamiento, por ejemplo, de SCHLESSINGER, para quien el pago al tercero se presenta como el medio idóneo para actuar contemporáneamente una doble función: una entre *solvens* y acreedor (relación de cobertura) y otra entre acreedor y tercero (relación de *valuta*). La explicación del pago al tercero descansaría, así, en el hecho de que mientras frecuentemente la *iusta causa* de un desplazamiento patrimonial tiene carácter unitario, en el sentido de que una misma relación justifica al mismo tiempo tanto el empobrecimiento de quien opera la atribución como el enriquecimiento de quien se beneficia, a veces el legislador admite una escisión entre *causa dandi* y *causa accipienda*, en el sentido de que las justificaciones de la pérdida y de la adquisición han de buscarse en dos distintas relaciones que ligan al acreedor del *tradens*, partes ambas ante las cuales se efectúa la atribución.

Partiendo, pues, del hecho de que de pago al tercero sólo puede hablarse cuando se trate del cumplimiento de una obligación *tradenti* que el deudor está obligado a ejecutar en manos de un sujeto distinto del acreedor, se explica que para dicho autor la aludida modalidad comprenda, por un lado, las distintas hipótesis contempladas en el párrafo primero del artículo 1.188 del *Codice civile* italiano (representante, persona autorizada por la ley o por el Juez para recibir el pago y persona indicada por el acreedor a los mismos efectos), y, por el otro, la figura que se conforma con ocasión de la *delegatio solvendi* cuando el delegado (promitente) asume hacia el delegante (estipulante) la obligación de ejecutar la prestación en manos del delegatario (el tercero), en cuyo caso la ejecución de la delegación aparece como el cumplimiento de una obligación que tiene a un tercero como destinatario del pago.

La consecuencia de semejante planteamiento, que SCHLESSINGER denomina «pago al tercero en sentido propio», es que el que realmente constituye genuino pago al tercero se conforme, en el sentir de dicho autor, residualmente como el pago liberatorio hecho a sujetos no legitimados para recibir, hipótesis en la que el deudor, efectuando la prestación en mano de un sujeto distinto del acreedor, se libera de la obligación, pero no realiza exactamente la prestación debida, en cuanto el *accipiens* no es el destinatario del pago. Se trataría de figuras particulares, en las que el legislador, por razones especiales, en vez de conceder al *solvens* la normalización de repetición contra el *accipiens*, dejando inalterado el derecho del acreedor, atribuye al pago hecho a un no legitimado para recibirlo eficacia extintiva en relación con la obligación, configurado de tal modo supuestos de hecho liberatorios muy distintos del pago en sentido técnico. Dichos supuestos serían los pagos efec-

tuados a favor del *negotiorum gestor* (cuando se dé el requisito del *utiliter coeptum*), del acreedor aparente, del legitimado cartular no titular del crédito, del acreedor que actúa por vía subrogatoria y del no acreedor seguido por la ratificación o por el provecho del verdadero acreedor (70).

No parece que tal sea el planteamiento correcto ni siquiera en el Derecho civil italiano, en el que si bien el artículo 1.188 del *Codice* no menciona específicamente al tercero distingue con toda nitidez entre quienes están legitimados para recibir el pago y quienes carecen de semejante habilitación, circunstancia que torna harto problemática la posibilidad de que los primeros puedan considerarse como terceros, pues, en tal caso, ¿cómo habrían de catalogarse los segundos? En nuestro Derecho no puede haber duda al respecto, ya que a la vista de los artículos 1.162 y 1.163 del Código Civil deberá entenderse por tercero tan sólo el que lo sea *stricto sensu*, es decir, toda aquella persona extraña a la relación obligatoria que reciba el pago y no sea representante del acreedor ni esté autorizada al efecto, no sea tampoco un *adiectus solutionis gratia*, ni aun siquiera acreedor aparente, pues en todos estos casos la regla es la de los artículos 1.162 y 1.164 y no la del artículo 1.163, único que se refiere al tercero como especie perfectamente diferenciada de todas las anteriores. Como dice HERNÁNDEZ-GIL, «el tercero que aquí se toma en cuenta lo es en sentido pleno» (71), o, como de manera todavía más contundente advierte LACRUZ, «tercero en este precepto (artículo 1.163), es todo aquel no autorizado para cobrar» (72).

Pues bien, a la vista de semejante posibilidad solutoria, parece lógica la pregunta de que si normalmente se excluye el pago hecho a persona no legitimada para recibirlo, ¿por qué, si se da determinada circunstancia, resulta válido el cumplimiento realizado a favor de un tercero? Como es sabido, tal circunstancia consiste en que el pago haya repercutido en provecho del acreedor, ya que, como dice el párrafo segundo del artículo 1.163 del Código Civil, «también será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiera convertido en utilidad del acreedor». El beneficio del sujeto activo de la relación obligatoria se erige, en consecuencia, en el mecanismo que permite la liberación del deudor, aunque quien reciba el pago carezca de título alguno que justifique semejante intervención. Mientras que en unos casos al tercero conformará un cobro de lo indebido que obligará a restituir (art. 1.895 CC), en otros, en cambio, se extinguirá el vínculo preexistente entre el *solvens* y el acreedor.

La doctrina española mayoritaria y la jurisprudencia (Sentencias de

(70) SCHLESSINGER: *El pago al tercero*. Madrid, 1971, págs. 39 y ss.

(71) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, pág. 311.

(72) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 85.

5 de diciembre de 1900, 20 de mayo de 1944, etc.) suelen hablar en la hipótesis que se considera de «sustitutivo del pago», de «legitimación del tercero por el resultado económico final», de que la utilidad del acreedor es «un equivalente de la ratificación» o de supuesto de «convalidación» de un pago inicialmente inválido. Para franceses e italianos, la aceptación del pago al tercero descansaría en la prescripción del enriquecimiento injusto y tendría como finalidad evitar la consecuencia de un pago duplicado, amén de que dogmáticamente cabe reputarlo válido en relación a la extinción de la obligación en cuanto de manera objetiva se haya realizado la satisfacción a que el acreedor tiene derecho (73).

ROCA JUAN considera que según el tenor del artículo 1.163 hasta la conversión en utilidad o hasta que tal utilidad del acreedor no aparezca probada, la estructura del hecho muestra el cobro por quien no tenía derecho a cobrar (cobro de lo indebido); un análisis más profundo nos permite apreciar la existencia de un *indebitum ex parte creditoris*, pero sin intervención de error, o con desaparición posterior de un error inicial no remediado con la restitución de lo cobrado. Ello determina la necesidad de que exista una vía de comunicación entre la actuación del deudor y la relación existente entre éste y el verdadero acreedor, y también que el pago al tercero nunca adquiere la eficacia del pago de una manera directa y automática, por simple aplicación de un principio abstracto de conversión en utilidad del acreedor, sino que ha de producirse una utilidad equivalente a lo que el crédito proporciona al acreedor, directamente atribuible a la actuación del deudor (74).

Ciertamente, una somera consideración de la figura en estudio permite apreciar que aunque se pague a una persona distinta del acreedor no autorizada al efecto nos hallamos fuera del campo del pago de lo indebido porque el deudor es plenamente consciente de lo que hace. El tercero, que jamás podría reclamar el cumplimiento de la obligación, cobra bien y libera al deudor a través de un mecanismo peculiar consistente en que el pago efectuado repercute en utilidad del genuino acreedor. Obsérvese que aquí no hay actuación previa o posterior (*ratihabitio*) del titular del crédito en el sentido de aceptar las resultas del acto solutorio, sino la mera existencia objetiva de una consecuencia (la utilidad que la ley estima adecuada para que aquél produzca su típico efecto extintivo).

No se trata, pues, de que la ley legitime al tercero para el cobro, ni de que estemos en presencia de un equivalente de la ratificación, por

(73) TOULLIER, DEMOLOMBE, HUC, RIPERT-BOULANGER, RICCI, PACIFIZI-MAZZONI, LOMONACO, GIORGI, PACCHIONI, CATALÀ, GIORGIANNI, BUTERA, BORSARI, NATOLI, etc.

(74) ROCA JUAN: «Validez del pago al tercero por conversión en utilidad del acreedor», en *Anuario de Derecho Civil*, 1968, págs. 301 y ss.

cuanto para nada se precisa la intervención del acreedor, ni mucho menos de un supuesto de convalidación, que encontraría muy difícil encaje dentro de esta categoría, sino de una hipótesis que se formula sobre la base de consideraciones estrictamente pragmáticas. La ley estima que si el acreedor, aunque sea por la vía indirecta de la actuación de un tercero no autorizado, ha visto satisfecho su interés en la obligación, el pago debe considerarse válido porque sería injustificable dejar sin efectos la entrega efectuada para, por otros medios, volver a producir las mismas consecuencias. Que semejante situación no encaje con comodidad en alguna de las categorías jurídicas al uso es algo que no debe preocupar en exceso, ya que se trata de una simple manifestación más de la idea que recorre todo el ordenamiento civil: un acto jurídico no debe repetirse cuando sus efectos básicos se han conseguido ya. La ley, tal como advierte BELTRÁN DE HEREDIA, únicamente toma en consideración la idea de la satisfacción del interés del acreedor, con independencia de quien pague o de quien cobre (75).

Igual que se señaló en el apartado anterior, la utilidad derivada del pago deberá probarse por quien la haga valer (Sentencia de 21 de junio de 1955) y habrá de constatarse caso por caso. Sus efectos liberatorios vendrán dados en función del grado de satisfacción experimentado por el acreedor, de manera tal que si mediante el pago al tercero el acreedor percibe la misma utilidad que habría obtenido caso de ser directamente el destinatario del cumplimiento, la obligación se extinguirá íntegramente y la liberación del deudor será total: mientras que si dicha satisfacción sólo es parcial, persistirá por la diferencia la obligación y la vinculación del deudor.

¿Por qué conducto jurídico se materializará la utilidad del acreedor? Lo primero que debe aclararse aquí es que la ratificación por parte de éste del pago efectuado al tercero, nos coloca fuera de la figura en estudio, ya que ésta descansa en consideraciones estrictamente objetivas, mientras que aquélla responde a motivaciones de índole subjetiva, por lo que el Código Civil italiano de 1942 distingue con nitidez ambas hipótesis cuando en el párrafo segundo de su artículo 1.188 establece que «el pago hecho a quien no estaba legitimado para recibirlo libera al deudor si el acreedor lo ratifica o se ha aprovechado de él». Y, en segundo lugar, que no hará falta la utilización del mecanismo que se está considerando cuando por virtud de la relación jurídica que medie entre el acreedor y el tercero, éste pueda reconducirse a alguna de las situaciones previstas en el artículo 1.162 del Código Civil.

Normalmente, la utilidad del acreedor resultará cuando el tercero

(75) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 148.

se limite a entregarle lo que percibió, a la manera de simple vehículo material del pago, o cuando aun habiendo recibido la prestación un tercero era él quien en definitiva debía beneficiarse de la misma, ya que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1900, «la prescripción del artículo 1.162 no se quebranta cuando la cantidad debida se entrega a quien en definitiva ha de percibirla, aunque no sea éste quien figure como acreedor directo, pues en tal supuesto hay que entender que redundará en utilidad de dicho acreedor, según el párrafo segundo del artículo 1.163, por liberársele así de la obligación de hacer, a su vez, la entrega». ¿Mas ocurrirá lo mismo en el caso de que el *solvens* pague al acreedor del acreedor?

Se trata de una vieja y polémica *quaestio iuris* que se ha movido siempre, *tanquam umbra*, en torno a la figura del pago al tercero. Así, ya en la discusión del Código Civil francés en el Consejo de Estado, SEGUR rechazada su admisión precisamente en base a la consideración de que si el deudor paga a aquel de los acreedores de su acreedor que éste hubiese pagado después de otros más urgentes, estará perjudicando a aquél por el cual paga. A lo que BIGOT-PREAMENEAU apostillaba que en tal supuesto el pago no revierte en provecho del acreedor y la persona que lo ha hecho no puede prevalerse del precepto (párrafo segundo del artículo 1.239 del *Code Napoléon*) (76).

Cuando el deudor paga al acreedor de su acreedor, aunque puede actuar movido por consideraciones favorables al tercero o de eludir todo contacto con su acreedor, es obvio que no pretenderá satisfacer de manera directa el interés de dicho tercero, sino el interés del acreedor, ya que sólo así logrará desligarse de la obligación que le vincula, objetivo al que enrumba su actuación. Sobre esta base de que lo que el deudor quiere cuando realiza la prestación al tercero es extinguir su crédito, utilizando como medio el pago por su acreedor, ROCA JUAN considera que ello supone convertir en destinatario del pago al tercero, pero como éste no está legitimado, no puede ser destinatario del pago por disposición unilateral del deudor. De esto debe deducirse que la validez del cobro del tercero de persona distinta de su deudor no equivale automáticamente a que sea válido frente al acreedor como pago hecho al tercero, esto es, que el pago hecho por el deudor al tercero, acreedor del acreedor, no significa que aquél queda de manera mecánica liberado de su propia deuda. Ni siquiera resulta rigurosamente cierto que haya quedado siempre satisfecho el interés del acreedor (pudo interesarle la extinción de otra deuda más urgente o más gravosa), ni que se haya logrado el resul-

(76) JOUANNEAU Y SOLON: *Discussions du Code civil dans le Conseil d'Etat*, II., París, 1805, págs. 296 y ss.

tado económico final de la obligación, aunque haya sido útil al acreedor al descargarle del peso patrimonial de una deuda (77).

El acreedor del acreedor resulta para el *solvens* tan tercero como cualquier otro y, por ende, parece natural que, no obstante ser ésta la hipótesis más comprensible y ordinaria, se apliquen a ella las mismas consideraciones que operan en el genérico pago al tercero. El deudor que paga al acreedor de su acreedor, lo primero que persigue es extinguir su propia deuda y quedar liberado de su obligación, lo que no obsta a que a semejante propósito superponga el de pagar por su acreedor y extinguir la deuda de éste. Ahora bien, puede ocurrir que, cubierto este segundo objetivo, el primero no se consiga porque de dicho pago el acreedor no haya derivado la exacta satisfacción esperada, algo que impedirá la total liberación del deudor.

Quiere todo ello decir que el supuesto de pago al acreedor del acreedor no reviste peculiaridad alguna dentro del campo del pago al tercero y que a él se aplican las mismas previsiones y exigencias que a los demás casos, sin que pueda sostenerse que de manera automática en aquél el *solvens* queda liberado tan sólo porque haya efectuado el pago a favor de quien era acreedor de su acreedor. Esta consideración no atribuye cualificación alguna al receptor del pago, que seguirá ostentando su común *status* de tercero, y, por tanto, la validez del pago efectuado a su favor se regirá por el criterio normal de «conversión en utilidad del acreedor», signado en el párrafo segundo del artículo 1.163 del Código Civil.

Parece ello del todo natural habida cuenta que sostener el carácter extintivo mecánico de tal modalidad de pago supondría colocar en manos del *solvens* unas facultades que no le corresponden e, incluso, posibilitar connivencias indeseables entre éste y el tercero. Piénsese que al acreedor puede interesarle no pagar en ese momento su débito porque quiere dar preferencia a otro o quiere retrasar su extinción, y la interferencia del deudor trastorna sus planes e, indudablemente, rebaja la utilidad que se derive del acto solutorio de éste. Aparte de que, según advierte BERCOVITZ, «permitir esa forma de pago, afirmando automáticamente la utilidad del acreedor por la cuantía de la deuda saldada, supone conceder injustificadamente al deudor poderes de gestión parcial del patrimonio del acreedor, por lo que a sus deudas se refiere» (78).

La regla será, pues, en todo caso, que habrá que estimar la utilidad del acreedor siempre que quepa afirmar que la prestación recibida por el tercero ha determinado para aquél igual tipo de provecho que si

(77) ROCA JUAN: «Validez del pago. .», *loc. cit.*, págs. 308-309.

(78) BERCOVITZ: *Comentarios* . XVI-1, *op. cit.*, pág. 87.

directamente la hubiera obtenido él del deudor. Existirá, por tanto, no sólo cuando el *accipiens* haya entregado al acreedor lo que ha recibido del deudor, sino también cuando el acreedor y el tercero se hayan puesto de acuerdo para atribuir a la prestación recibida por este último plena eficacia frente a sus relaciones directas, o bien el *accipiens* haya empleado a favor del acreedor cuanto ha recibido del deudor (79).

Quien ostentaba la condición de tercero cuando se realizó el pago debe seguir ostentándola cuando el acreedor intente reclamar aquello en que dicho pago no revirtió en su utilidad, ya que si ha tenido lugar la ratificación expresa o tácita del acto solutorio por parte del acreedor nos situamos fuera del ámbito del párrafo segundo del artículo 1.163 y estamos en el del artículo 1.162, pues la aceptación por el acreedor del pago efectuado al tercero transforma a éste en mandatario suyo (*rati-habitiio aequiparatur mandato*) y ya no hace falta ocurrir al criterio de la utilidad para sostener la validez del pago. Nuestro Tribunal Supremo se pronunció con reiteración sobre este extremo cuando a raíz de la terminación de nuestra Guerra Civil diversas entidades de crédito, que retornaron a manos de sus titulares originarios tras haber sido colectivizadas, intentaron volver a cobrar créditos que ya había percibido bajo esta condición; el Tribunal Supremo deniega semejante posibilidad, ya que «no cabe que se repute por el Banco tercero a su colectivización, de la que aquél fue continuado en el orden económico, haciendo suyos el activo y el pasivo, sin que, por consiguiente, pueda aceptar lo favorable a su interés y desechar lo que sea adverso de las negociaciones que la entidad bancaria realizó en el período de dominación marxista» (Sentencia de 20 de mayo de 1944). Al no ostentar actualmente la condición de tercero quien en su momento recibió el pago, no cabe la consideración aislada de cada cobro para dictaminar si fue útil o no al acreedor: Sentencias de 23 de diciembre de 1942, 27 de abril de 1945, 18 de junio de 1948, etc.

Finalmente, si el pago hecho al tercero no se ha convertido en utilidad del acreedor, al carecer de validez el mismo, es lógico que dicho acreedor continuará conservando su derecho para obtener un segundo pago del deudor o la indemnización correspondiente, caso de que éste no sea posible. Como en tal supuesto el aludido pago resultará indebido, el *solvens* contará con la *condictio indebiti* para obtener la repetición de lo pagado (art. 1.895 CC) si se dan los requisitos de esta figura o la genérica acción de enriquecimiento injusto. Si el acreedor no pudiera obtener del deudor la satisfacción de su crédito ni *in natura* ni *in genere*, siempre podrá revolvearse contra el tercero que recibió el pago ejercitando

(79) SCHLESSINGER: *El pago al tercero*, op. cit., pág. 158.

la *actio in rem verso*, ya que, como dice LACRUZ, «no pudiendo cobrar de otro modo, podría reclamar el acreedor al tercero injustamente enriquecido aquella parte de lo indebidamente cobrado por él que no se convirtió en utilidad del demandante y sí del tercero» (80).

7. PAGO AL ACREEDOR APARENTE

El cuadro de los posibles destinatarios del pago lo cierra nuestro Código Civil estableciendo en su artículo 1.164 que «el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor», precepto de no buena factura técnica que amplía de manera notable el campo del cumplimiento de las obligaciones por razones de seguridad jurídica.

Al prevalecer en el Derecho romano la regularidad del tráfico jurídico sobre la seguridad del mismo, resulta natural que no sea posible rastrear en él los precedentes de la norma, igual que ocurre respecto a la pretendida previsión de la figura por nuestras Partidas (81). En realidad, como con tanta frecuencia ocurre con las disposiciones civiles españolas, el origen mediato del precepto se halla en el pensamiento de POTHIER, «algunas veces se reputa acreedor aquel a quien se cree tal con motivos justos» (82) y el inmediato en el artículo 1.240 del Código Civil francés, a cuyo tenor, «el pago hecho de buena fe a quien esté en posesión del crédito es válido, aunque el poseedor sufra con posterioridad la evicción». Curiosamente, empero, la norma no tuvo acogida en el afrancesado Proyecto García Goyena.

Con todo, hay una cierta diferencia entre uno y otro artículo, ya que mientras el francés resalta la validez del pago, el español omite esta circunstancia y prefiere destacar la liberación del deudor. ¿Cuestión de matiz? Quizá no sólo eso, porque, como apunta agudamente BERCOVITZ, el legislador hispano al no pronunciarse sobre la validez del pago, ocupándose únicamente de su eficacia relevante, tal vez haya querido dejar claro que el acreedor podrá seguir reclamando la satisfacción de su crédito (83). De todas maneras, el cambio de dirección en la formulación del supuesto ya lo había hecho anteriormente el legislador italiano, pues según el artículo 1.242 del Código Civil de 1865, «el deudor quedará libre por el pago hecho de buena fe al poseedor de un crédito».

Porque lo cierto es que planteada la liberación del deudor, la pre-

(80) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 85.

(81) P. 5. 14, 6.

(82) POTHIER: *Tratado de las obligaciones*, Barcelona, 1839, pág. 334.

(83) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 89.

gunta inmediata que dicta la razón jurídica es la referente al recurso con que deberá contar el acreedor verdadero para hacer suyos los efectos económicos del acto solutorio. A diferencia de lo que ocurre en el vigente Código Civil italiano, cuyo artículo 1.189 en su párrafo segundo ha dispuesto que «quien haya recibido el pago está obligado a la restitución frente al verdadero acreedor, según las reglas establecidas para la repetición de lo indebido», el nuestro calla en tan determinante punto. LACRUZ estima que el acreedor verdadero se subroga en la posición de *solvens indebiti* del deudor liberado (84), posición que, aunque encuentra apoyo en algún fallo judicial (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1964), resulta difícilmente admisible, a falta de expresa disposición legal, porque el juego de la analogía no es posible en cuanto la genuina *condictio indebiti* supone su ejercicio por parte del que efectuó el pago y aquí, como es notorio, no ocurre tal cosa, puese el acreedor real no ha participado en el pago y el deudor de buena fe ha pagado al *falsus creditor* no tiene el derecho de repetir, ya que, como dice MESSINEO, él debía la prestación y, por otra parte, se ha liberado igualmente (85).

Por lo demás, aunque se admita por la ley el uso de dicho recurso jurídico, no deja de resultar un tanto insólito que se hable de que el acreedor aparente esté obligado a la restitución frente al acreedor verdadero, habida cuenta de que *stricto sensu* sólo cabe la restitución o repetición respecto a aquel de quien se recibió.

Parece, pues, que en nuestro Derecho no será posible el ejercicio por el *verus creditor* de la *condictio indebiti*. Ahora bien, lo que resulta evidente es que la liberación del deudor no puede suponer la pérdida del interés patrimonial de aquél ni el improcedente provecho del *falsus creditor*, algo que, en aras de proteger al deudor que confió en la apariencia crediticia, supondría una verdadera expropiación. Por ello, tiene razón Díez-PICAZO cuando advierte que, aunque el precepto no diga nada en punto a la relación existente entre el acreedor aparente que ha cobrado y el acreedor real insatisfecho, se deduce de los principios generales del sistema que éste tendrá una acción contra aquél y que dicha acción debe ser considerada como una acción de enriquecimiento sin causa (86). Claro que aquí, por tanto, operarán los criterios y límites del enriquecimiento injusto en cuanto a la obligación de indemnizar, harto diferentes de los que operan en la acción de repetición de lo indebidamente pagado.

(84) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 86.

(85) MESSINEO: *Manual...* IV, *op. cit.*, pág. 364.

(86) Díez-PICAZO: *Fundamentos...* I, *op. cit.*, pág. 633.

A diferencia de la superior fórmula técnica que utiliza el artículo 1.189 del Código Civil italiano de 1942 («el deudor que realiza el pago al que aparece legitimado para recibirlo en virtud de circunstancias unívocas»), nuestro 1.164 habla con poca precisión del pago hecho a quien se encuentre «en posesión del crédito», rindiendo tributo casi un siglo más tarde a la imperfecta expresión francesa y propiciando la aparición de dudas y controversias al respecto. Porque, ¿cabe la posesión de los derechos de crédito?; y, aunque ésta sea posible, ¿se está refiriendo al precepto a dicha posesión?

En relación al primer punto, aunque la doctrina tradicional ha sido la de restringir el juego de la posesión al campo de los derechos reales («derechos susceptibles de posesión —dice en tal sentido HERNÁNDEZ-GIL— son los que recayendo sobre las cosas, se traducen en un ejercicio duradero que, como tal, se exterioriza») (87), hoy goza también de amplio predicamento la tesis de que cabe la posesión de los derechos de crédito, por más que la tutela de la apariencia crediticia no llegue más allá del efecto liberatorio que contempla el artículo 1.164 del Código Civil (88), si se da la circunstancia de que los mismos sean susceptibles de ejercicio reiterado sin extinguirse (FINZI, MONTEL, etc.), pues, como escribe ALBALADEJO, «la distinción entre derechos posibles o no se basa en que quepa o no tener de hecho el poder en que el derecho consiste» (89). Por aquí, al menos, no habría mayor inconveniente para admitir la posesión de algunos derechos de crédito, ya que la naturaleza obligacional de un derecho no excluye por sí sola la posesión del mismo (90).

Respecto al segundo, la opinión doctrinal es prácticamente unánime: la expresión legal no hace referencia a la idea técnica de la posesión de crédito, sino a la del acreedor aparente. En tal sentido, en la doctrina francesa hay acuerdo desde LAURENT, que resaltaba que la frase estar en posesión del crédito del artículo 1.240 del *Code* significa estar en posesión de la cualidad de acreedor, lo que supone ser un acreedor aparente (91), hasta SAVATIER, para quien, por más que sea nulo el pago hecho al que no sea verdadero acreedor, la ley exceptúa el caso de que el acreedor haya pagado a un acreedor aparente, siempre que hubiese

(87) HERNÁNDEZ-GIL: *La posesión*. Madrid, 1980. pág. 259.

(88) *Ibid.*, págs. 257-258.

(89) ALBALADEJO: *Instituciones de Derecho civil*. II, Barcelona, 1964, pág. 47.

(90) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 309.

(91) LAURENT: *Principes de Droit civil français*. XVII, Bruselas, 1878, páginas 529 y ss.

tenido razones legítimas para creerlo titular del crédito (92). Lo mismo ocurre con la doctrina italiana en relación al Código Civil de 1865 (GIORGI, BRUGI, RUGGIERO, etc.), y con la española, en la que, pese a algunos titubeos iniciales (MUCIUS SCAEVOLA, MANRESA, SÁNCHEZ ROMÁN), el grueso de los autores se inclina por la tesis del acreedor aparente (BÉRGAMO, ALBALADEJO, DE LOS MOZOS, BELTRÁN DE HEREDIA, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, etc.).

En tal sentido, a manera de ejemplo, cabe considerar el parecer de HERNÁNDEZ-GIL, para quien el concepto de apariencia, más amplio que el de posesión, es el que late en el artículo 1.164, y, por tanto, poseedor del crédito es el acreedor aparente, es decir, quien sin ser realmente acreedor se muestra como tal al exterior (93); el de LACRUZ, que, de manera altamente precisa y sintética, señala que estar en posesión del crédito es un requisito objetivo que apunta a «una apariencia perceptible y verosímil» (94); o el de AMORÓS GUARDIOLA, para quien en el supuesto en consideración no se trata del acreedor que posee el crédito, sino del que ejercita el derecho de crédito, el que actúa como acreedor o parece fundamentalmente serlo, aunque el acreedor real sea otra persona, pues el fenómeno en estudio «no es de posesión del crédito, sino de apariencia del crédito» (95). Claro que, por obvias razones, ha sido la doctrina italiana posterior a 1942 (BARASSI, BIANCA, DISTASO, SCHLESSINGER, etc.), directamente motivada por la mejor dicción del nuevo artículo 1.189, la que con mayor precisión y hondura se ha ocupado del pago al acreedor aparente.

Aunque con menor precisión y contundencia, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha orientado en esta dirección, preocupándose en un primer momento en resaltar que la «posesión del crédito exigida por el artículo 1.164 no resulta sin más de la simple tenencia del documento que incorpora el derecho de crédito, ya que, como dice la Sentencia de 4 de julio de 1944, «ha de tratarse de un acreedor aparente que esté en posesión del crédito y no meramente de uno que tenga el documento acreditativo de la deuda». En este sentido, desde tempranos momentos, nuestra Casación civil tiene declarado que el poseedor de un título nominativo de crédito no es poseedor del crédito, a los efectos del artículo 1.164, cuando no sea la persona designada en el documento (Sentencia de 6 de diciembre de 1895); y también que

(92) SAVATIER: *La théorie des obligations. Vision juridique et économique*, París, 1969, pág. 372.

(93) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 309.

(94) LACRUZ BERDEJO: *Elementos* ..., II-1, *op. cit.*, págs. 85-86.

(95) AMORÓS GUARDIOLA: «El acreedor aparente», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, I, Madrid, 1976, pág. 58.

la falsificación de firmas, incluso en los talones al portador presentados al cobro, impide la aplicación del artículo 1.164 (Sentencias de 28 de febrero de 1896 y 29 de noviembre de 1928); lo mismo que cuando el crédito haya sido objeto de expoliación o despojo conocido por el deudor, ya que en tal caso «no puede admitirse la existencia de la buena fe que exige el citado artículo 1.164, y que por parte del deudor debía consistir en la creencia equivocada de que los que ostentaban el crédito tenían derecho a cobrarlo» (Sentencia de 12 de junio de 1953).

Asimismo, nuestro Tribunal Supremo ha resaltado que en el caso de cesión de créditos no notificada al deudor, el cedente se configura como acreedor aparente y, si recibe el pago, el deudor queda liberado de su obligación (Sentencia de 28 de marzo de 1901). De la misma manera, también es válido el pago hecho al heredero aparente, aunque después aparezca otro heredero de mejor derecho, siempre que con antelación al pago no estuviese judicialmente ordenada la retención de la deuda (Sentencias de 12 de diciembre de 1904 y 17 de diciembre de 1924).

Ahora bien, tal como se deduce con toda claridad de las pautas jurisprudenciales recién apuntadas, la posesión del crédito, entendida en el sentido de conformar una situación de apariencia crediticia, no basta para que opere el artículo 1.164 del Código Civil, sino que hace falta además la buena fe del deudor, esto es, la convicción por parte de éste de que quien recibe el pago es el acreedor, en cuanto se comporta como tal según los signos normales al respecto. En realidad, si se observa bien, el supuesto de hecho del artículo 1.164 no entraña, frente a lo que piensan diversos autores, dos requisitos, sino uno tan sólo, consistente en la existencia de una situación externa lo suficientemente convincente y normal como para que el deudor considere que paga bien cuando realiza la prestación a favor de quien aparece legitimado por aquella. La apariencia, pues, depende de la buena fe del deudor, pero al mismo tiempo ésta sólo puede estimarse cuando tal apariencia revista determinadas notas de razonabilidad y normalidad, en el sentido, como apunta DÍEZ-PICAZO, de que «posesión del crédito es una situación objetiva que puede considerarse soporte de la buena fe» (96).

Trátase, por ende, de una buena fe que no puede descansar en el mero subjetivismo del deudor, sino en la convicción de éste emanada de datos objetivos y fiables. Es, podríamos decir, una mezcla de la buena fe subjetiva (arts. 433 y 1.950 CC) y de la buena fe objetiva (art. 1.258 del Código Civil), en el sentido de que no basta la simple creencia o ignorancia por parte del *solvens*, pues se requiere además que se apoye

(96) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos*. ., I, *op. cit.*, pág. 633.

en circunstancias convincentes. Es así que el artículo 1.189 del *Codice civile* habla de «circunstancias unívocas» y que la doctrina italiana y buena parte de la española estimen, como apunta AMORÓS GUARDIOLA, que no es suficiente «el mero error o creencia basada en los móviles subjetivos del que paga, sino que es precisa la concurrencia de circunstancias objetivas, que objetivamente revelen la situación aparente y justifiquen razonablemente la convicción del deudor» (97).

Sin embargo, será indiferente que el error del que paga recaiga sobre la titularidad del acreedor aparente o sobre su mera legitimación para cobrar a tenor de los artículos 1.162 y 1.163 del Código Civil, esto es, que pague a quien crea acreedor real o simple apoderado o autorizado para recibir el pago, pues de lo que se trata es que, tal como establece el artículo 1.189 del *Codice*, se pague a quien aparece legitimado para recibirlo en virtud de circunstancias unívocas». Por las condiciones peculiares que juegan en torno a la buena fe del *solvens* se explica que la misma no pueda presumirse, sino que deberá probarla en cada caso si pretende quedar liberado de la obligación satisfecha (art. 1.189 del *Codice*), y no tanto, como dice DÍEZ-PICAZO, porque el pago se haya hecho a persona distinta del acreedor, sino por lo antes apuntado de que no basta cualquier apariencia crediticia para legitimar el pago y fundar la buena fe del deudor.

¿Cuáles serán los supuestos normales de apariencia de crédito que determinen la aplicación del artículo 1.164 del Código Civil? Cuando el derecho de crédito esté incorporado a un título al portador, en cuanto la posesión de ésta legitima para el ejercicio de derecho, parece natural que, no obstante la doctrina jurisprudencial de que no basta que la persona que reciba el pago posea el documento acreditativo del crédito, a quien ostente la posesión de aquél quepa considerarlo acreedor aparente. Supuesto típico se ha considerado siempre el del heredero aparente, esto, del que ostenta indebidamente la condición de sucesor del acreedor tanto por la aparición de un nuevo testamento, derecho preferente de otro o impugnación con éxito del título hereditario. Especialmente claro será el caso de la cesión de crédito no notificada al deudor, que siendo válida en principio y produciendo, por tanto, la adquisición del derecho por parte del cesionario, permite, empero, que «el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación» (art. 1.527 CC), lo que determina que éste se configure como acreedor aparente. También en los casos de inexistencia, extinción, invalidez o insuficiencia del poder o autorización para cobrar (arts. 1.734,

(97) AMORÓS GUARDIOLA: «El acreedor aparente». *loc. cit.*, pág. 76.

1.735 y 1.738 CC) y cuando alguien mediante la posesión de un bien a título de dueño aparezca legitimado para cobrar las rentas que el mismo produzca. En realidad, resulta imposible especificar todas las situaciones de apariencia de crédito porque las mismas tendrán lugar siempre que el deudor, en base a circunstancias inequívocas de carácter objetivo, crea que se encuentra en presencia del acreedor verdadero o real.

Así planteadas las cosas y ascendiendo ahora al plano de la justificación dogmática de la figura en estudio, parece que en ella nos encontramos ante una manifestación más del principio de la protección de la confianza en la apariencia, al que el Derecho moderno otorga tanta preferencia en aras de conseguir altas cotas de garantía de la seguridad del tráfico jurídico. De la misma manera que en el campo de los derechos reales mobiliarios o inmobiliarios, la posesión (art. 464 CC) o la inscripción registral (art. 34 LH) conforma apariencias razonables que permiten a quien confía en ellas adquirir rectamente, por más que las mismas no se compadezcan con la realidad jurídica, aquí también, en el campo de las relaciones jurídicas obligatorias, si alguien aparece y se comporta como acreedor en base a circunstancias objetivamente estimables como suficientes y razonables, el deudor que satisfaga la prestación debida, paga bien y queda liberado de su obligación porque ha confiado en una apariencia adecuada y la ley (art. 1.164 CC) juzga que ello es bastante para exonerarle de su vinculación.

Como lo normal u ordinario es que quien posea un derecho real mobiliario aparezca como titular registral de un derecho real inmobiliario o ejercita un derecho de crédito sean titulares de los respectivos derechos, la ley, en aras de la seguridad del comercio jurídico, considera esos signos de exteriorización como una apariencia para que quien actúe confiado a ella adquiera el derecho *a non domino* o se libere de su obligación pagando al *falsus creditor*. Es el mundo de la apariencia jurídica que consiste, como dice AGHINA, siguiendo a FALZEA, en que un fenómeno, materialmente presente e inmediatamente real, manifieste otro fenómeno, que no es materialmente presente ni inmediatamente real, a través de signos y relaciones de significación socialmente apreciables (98). En el campo de los derechos de obligación tal apariencia se genera mediante la que el Código denomina en forma poco técnica «posesión del crédito» y que, como sabemos, consiste en realidad en fungir, comportarse, aparecer o ser tenido por acreedor, pero no a través de cualquiera elementos, sino que, según escribe ALBALADEJO, a tenor de

(98) AGHINA: «Il destinatario del pagamento e il pagamento al creditore apparente», en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1966, pág. 113.

las circunstancias objetivas de cada caso deberá juzgarse si realmente fue razonable considerar como acreedor a quien no lo era (99).

Pues bien, de la misma manera que el titular aparente según la posesión o el Registro dispone eficazmente del derecho real ajeno a favor del tercero de buena fe, el acreedor aparente también dispone del crédito ajeno en cuanto, en palabras de BÉRGAMO, «el deudor puede pagar válidamente, siempre que obre de buena fe, a quien aparece como acreedor frente a los terceros» (100). Estamos en el ámbito de la legitimación aparente o, mejor, de la legitimación por la apariencia, que hemos estudiado en otros lugares (101) y que permite a quien la ostenta disponer eficazmente del derecho ajeno con cargo al verdadero titular, y, en nuestro caso concreto, recibir válidamente el pago que se le hace, por más que todo ello no sea otra cosa que una mera consecuencia refleja —tal como ha resaltado MENGONI— de la tutela que se otorga al tercero para proteger la seguridad dinámica o del obrar jurídico (102). Es decir, en la terminología italiana que en nuestra patria importó LADARIA CALDENTY (103), se trata de una legitimación extraordinaria (de legitimación habla precisamente el artículo 1.189 del *Codice*) que permite al acreedor aparente realizar en nombre propio un acto jurídico eficaz (recibir el pago) sobre una esfera jurídica ajena (la del verdadero acreedor) (104).

8. EL PAGO A TRAVÉS DE INGRESO EN CUENTA CORRIENTE

Se plantea la interrogante de si tendrá efectos liberatorios para el deudor el ingreso hecho en la cuenta corriente (o libreta de ahorro) de su acreedor de la suma pecuniaria debida, mediante la entrega de efectivo o mediante cheque o transferencia, ya que, a pesar de ser ésta, con mucho, la forma más utilizada en el cumplimiento de las obligaciones de dinero, no existe un claro precepto legal que así lo establezca ni tampoco la doctrina especializada le ha dedicado gran atención. Por el contrario, la jurisprudencia española ha venido ocupándose del tema

(99) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, *op. cit.*, págs. 94-95.

(100) BÉRGAMO: «La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español», en *Curso de conferencias del Ilustre Colegio Notarial de Valencia*, Valencia, 1945. pág. 256.

(101) Cfr. nuestros *Estudios de Derecho civil y El tercero registral en el Derecho venezolano*, cit.

(102) MENGONI: *L'acquisto «a non domino»*, Milán, 1949, págs. 64-65.

(103) LADARIA CALDENTY: *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, páginas 13 y ss.

(104) AMORÓS GUARDIOLA: «El acreedor aparente», *loc. cit.*, pág. 77.

con reiteración y ha elaborado en torno al mismo un cuerpo de doctrina bastante razonable y coherente.

En la Sentencia de 24 de noviembre de 1943 se sientan las bases de dicha doctrina jurisprudencial al establecer que los Bancos actúan como mandatarios de los titulares de cuentas corrientes a la hora de recibir pagos; que el silencio del acreedor, pudiendo contradecir y teniendo obligación de contestar, debe estimarse como aceptación del pago, y que el lugar del cumplimiento de la obligación puede alterarse cuando quepa inferir que hay acuerdo tácito al respecto, «por resultar evidente que el cambio no acarrea el menor daño para el uno ni para el otro».

En la Sentencia de 27 de abril de 1945, sobre la base de que es notorio el hecho de que diariamente se efectúan infinidad de ingresos directos e indirectos en cuenta corriente y de que este mecanismo permite poner a disposición de su titular un crédito por el montante de lo ingresado, se afirma enfáticamente que «el ingreso en cuenta corriente cumple el requisito exigido por el artículo 1.162 del Código Civil y constituye una de las múltiples formas de pago que pueden utilizarse con fines extintivos de la obligación, siempre que el acreedor no lo rehúse justificadamente por carecer de las condiciones legales del pago en razón del objeto, lugar y tiempo de la prestación dineraria..., entendiéndose que, a falta de repudiación expresa, el silencio puede significar tácita aceptación del ingreso como forma eficaz de pago».

La Sentencia de 18 de junio de 1948 da un nuevo e importante paso en esta misma dirección al resaltar que la apertura de cuenta y su pública manifestación revelan una clara invitación a quienes contratan con el titular de la cuenta para aprovechar esta facilidad en sus relaciones mercantiles, al mismo tiempo que «inducen fundadamente a estimar que los establecimientos a que se alude quedan autorizados a recibir cuantas cantidades con destino a dicha cuenta corriente se consignen, que habrán de redundar en su utilidad, ya que, dada la cualidad de la cuenta corriente bancaria, los ingresos que en ella se realizan se convierten en el acto en créditos contra la entidad receptora a disposición inmediata del titular de la cuenta a que van dirigidos».

Finalmente, en las Sentencias de 26 de noviembre de 1948, 25 de noviembre de 1950 y 16 de marzo de 1956 se insiste en la doctrina sentada por los anteriores fallos y se hace especial hincapié en las ideas de que el silencio del *accipiens* supone la tácita conformidad al pago y de que el ingreso en cuenta bancaria cumple el requisito exigido por el artículo 1.162 del Código Civil como pago hecho a quien está autorizado para recibirlo y constituye una de las múltiples formas de eficaz extinción de las obligaciones.

Sobre la base, pues, de que el pago se ha hecho a persona autorizada por el acreedor, de que éste, conociendo el pago y pudiendo rechazarlo, guarde silencio al respecto, de que el ingreso redunde en utilidad del mismo y de que la pública manifestación de la cuenta constituye una invitación a los deudores para que la utilicen en sus pagos, nuestro Tribunal Supremo, movido, sin duda, como ha resaltado MOTOS GUIRAO, por las consideraciones de que en la vida usual de los negocios no se presentan con frecuencia supuestos litigiosos en torno a la eficacia liberatoria de los pagos realizados mediante ingreso en cuenta corriente, ya sean efectuados por ingreso directo o bien se emplee el traspaso de cuenta o transferencia, y de que estos mecanismos son objeto de una utilización notoria y constante (105), ha acogido en forma amplia, abierta y sin mayores problemas que el ingreso en la cuenta corriente del acreedor es un medio eficaz de pago de las obligaciones dinerarias.

Como es natural, semejante eficacia queda siempre subordinada al hecho de que exista consentimiento del acreedor. Ahora bien, la jurisprudencia es en extremo laxa respecto a la conformación de este requisito al exigir que la negativa del acreedor debe ser «expresa», ha de hacerse «justificadamente» por carecer el pago de las condiciones legales en razón del objeto, lugar y tiempo de la prestación, e, incluso, debe tener lugar «oportunamente» (Sentencia de 16 de junio de 1948), circunstancias que llevan a MOTOS GUIRAO a considerar que «el Tribunal Supremo ha invertido el orden natural y lógico que preside la estructura del cumplimiento de la prestación por el deudor», ya que «lo normal sería que estas formas especiales de pago únicamente se entendieran consentidas por el acreedor cuando en forma expresa o por actos concluyentes apareciera inequívoca su manifestación de voluntad aceptando el ingreso como forma de pago o beneficiándose del mismo» (106). ¿Son correctas estas aseveraciones?

No parecen serlo. Cuando entre acreedor y deudor exista acuerdo al respecto y lo mismo cuando se dé expresa manifestación del primero en tal sentido, carece de objeto el plantear cuestión alguna sobre la eficacia liberatoria del ingreso en cuenta corriente, ya que no nos hallamos más

(105) MOTOS GUIRAO: «Sobre si el ingreso en la cuenta corriente bancaria del acreedor libera al deudor», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1958, págs. 289-290. Señala LARENZ que en el caso de que alguien se declare conforme con que el importe que se le adeuda se transfiera a su cuenta, receptor de la prestación no es entonces el Banco, sino el acreedor mismo; y la cancelación de la deuda no se verifica al tener ingreso en el Banco la suma adeudada, sino al verificar el asiento de abono en la cuenta del acreedor, ya que mediante dicho asiento el acreedor recibe un crédito abstracto contra el Banco y la posibilidad de disponer sobre la suma adeudada: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, pág. 415.

(106) *Ibid.*, pág. 296.

allá de la conocida y aceptada figura del *adiectus solutionis gratia*. Valga lo mismo cuando semejante disposición se revele tácitamente mediante el *factum concludentium* de que el acreedor haga de conocimiento público la existencia de la cuenta corriente en sus relaciones de negocio. Mas, ¿ocurrirá lo mismo cuando, sin mediar tales circunstancias, el *solvens* proceda a ingresar en cuenta el importe debido?

Pienso que sí, en cuanto la entrada de numerario en la cuenta corriente del acreedor significa la inmediata adquisición por el mismo de su exacto importe y, por tanto, la aplicación automática del párrafo segundo del artículo 1.163 del Código Civil que determina la validez del pago hecho a un tercero «en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor», sin que sea preciso echar mano, tal como hacen HERNÁNDEZ-GIL y DíEZ-PICAZO (107), para legitimar semejante pago, al requisito de la abstención o silencio del acreedor que conoce el pago y no se opone, pues, según atinadamente escribe BERCOVITZ, «hoy en día, dados los usos del tráfico, sus necesidades y los intereses en juego dignos de protección, quien abre una cuenta corriente está autorizando, en principio, los pagos a través de la misma y sólo se podrá oponer cuando el pago sea inadecuado o cuando existan razones especiales, intereses legítimos en base a las circunstancias concretas, que permitan considerar excepcionalmente el pago en cuenta corriente como inadecuado» (108). Ello no quiere decir, empero, que la no oposición al pago parcial implique remisión de la diferencia.

9. EL OBJETO DE PAGO. LA EXACTITUD DE LA PRESTACIÓN CUMPLIDA

De la misma manera que, según hemos tenido ocasión de considerar en las páginas antecedentes, el cumplimiento de las obligaciones requiere de unas determinadas cualificaciones en los sujetos implicados en el mismo, con la vista puesta siempre en facilitar su consumación en cuanto destino natural y propio de las relaciones obligatorias, asimismo para su plena verificación hace falta también que el programa de actuación que constituye el objeto del vínculo haya tenido cabal realización, de forma tal que el acreedor obtenga aquello que fue contemplado en el momento de generar la obligación, el deudor ejecute el comportamiento que le afectaba y la relación se extinga por el modo normal de haber quedado desprovista de contenido. Cumplimiento, satisfacción y libera-

(107) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 303; DíEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 634.

(108) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 76.

ción, el tríptico que tiene lugar siempre en el juego de la *solutio*, sólo se cumplen a plenitud y adquieren pleno sentido y justificación cuando el programa de prestación contemplado se consuma mediante la fiel realización de aquellas actuaciones que objetivamente son precisas para su cabal plasmación.

Si, como dice SCHLESSINGER, el pago consiste en «la exacta realización de la prestación debida» (109), se entiende sin mayor dificultad que el comportamiento del *solvens* debe acomodarse perfectamente, prescindiendo ahora de los factores externos que ayudan a configurar el pago, a las exigencias objetivas de la relación obligatoria, de manera tal que la prestación adeudada sea ejecutada con toda fidelidad y el acreedor vea realizarse aquellas modificaciones patrimoniales que tuvo en mente a la hora de producir el vínculo o la ley contempló cuando se abre al nacimiento de una obligación legal. Estamos en el campo de la exactitud de la prestación cumplida, que recrea el proyecto de actuación contemplado por las partes en sus términos originarios, dota de sentido a la exigencia de cooperación que preside el mundo de las relaciones jurídicas obligatorias y que, según es corriente en las exposiciones doctrinales, se descompone en las facetas de identidad, integridad e indivisibilidad de la prestación realizada con respecto a la que en su momento fue programada.

A) *Identidad de la prestación*

Desde el Derecho romano constituye principio general en tema de ejecución de la prestación debida que *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, equivalente a la moderna exigencia de la identidad de la prestación, esto es, que entre la conducta *debitoris* contemplada como objeto de la obligación y la que el mismo observa efectivamente se produzca plena y exacta adecuación desde el ángulo de su naturaleza o sustancia. Precisamente al ser esta la regla, se conforma como excepcional la posibilidad de que en determinados supuestos quepa el *aliud pro alio* a través de mecanismo de la *datio in solutum*.

Nuestro Código Civil, sobre la base de que, como dice su artículo 1.157, «no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía», dispone en el 1.166 que «el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida», e igualmente que «tampoco

(109) SCHLESSINGER: *El pago al tercero*, op. cit., pág. 30.

en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor».

En las obligaciones específicas de dar o hacer no cabe, por tanto, que se imponga al acreedor la aceptación de una cosa o un servicio distinto del que fue contemplado en el momento del nacimiento de la relación, lo que significa, contemplando la materia desde el ángulo positivo, que aquél ostenta la facultad de exigir que la prestación a recibir sea idéntica a la programada. Si tal no fuere el caso, puede lícitamente el acreedor rechazar la que se le ofrezca, sin que quepa el juego de la consignación de la cosa debida, ya que aquí sí existe razón» para no recibir el pago (art. 1.176 CC), y produciéndose, en consecuencia, un supuesto de incumplimiento con todas las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan.

Sin embargo, aun siendo cierta la regla de que el *solvens* ha de cumplir la «misma» prestación debida, cabe preguntarse si semejante identidad deberá ser absoluta y total o si, por el contrario, actuará un cierto margen de tolerancia y flexibilidad al respecto. HERNÁNDEZ-GIL asume una postura rigurosa en extremo al exigir que la identidad ha de ser total respecto de la prestación y de sus circunstancias, y que, por tanto, se refiere lo mismo a los datos concernientes a la cualidad que a los relativos a la cantidad, e incluso al lugar y al tiempo, ya que «la igualdad no viene establecida sólo con referencia a la prestación en sí, sino también con relación al modo de realizarse» (110).

Aun prescindiendo del hecho de que no resulta correcta la referencia al tiempo y lugar del pago, pues estamos en el ámbito de los requisitos objetivos del cumplimiento y no en el de las circunstancias del mismo, una postura tan extrema parece chocar con la particular atmósfera de buena fe, comprensión y permisividad que envuelve al mundo de las obligaciones en general y de su cumplimiento en particular, y que permite considerar que en el mismo un especial *vinculum equitatis* viene a superponer o añadirse al *vinculum voluntatis* querido por las partes. Identidad de la prestación, sí, pero no tan absoluta que entrabe el mundo de relación y antes que facilitar entorpezca el fluido desarrollo y ejecución de las obligaciones.

Cabría, en consecuencia, admitir la posibilidad de una cierta y relativa disimilitud entre lo debido y lo cumplido, siempre que la misma no revista mayor importancia, no afecte de manera sensible al interés del acreedor y sea susceptible de encajar dentro de las exigencias de la buena fe. Un cierto margen de tolerancia que, sin daño apreciable para el acreedor, facilitaría el cumplimiento al deudor e introduciría la flexibi-

(110) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 355.

lidad conveniente para la mejor realización de los vínculos obligatorios, algo que en modo alguno es extraño a la esfera contractual y encaja sin esfuerzo en las líneas que presiden su configuración. Nuestro Tribunal Supremo no ha sido ajeno a esta preocupación y en recientes Sentencias (14 de mayo de 1965, 20 de enero de 1969, 31 de marzo de 1970, 30 de junio de 1972, 30 de enero de 1975, etc.) ha apreciado que no cabe acogerse al artículo 1.166 del Código Civil para rechazar la prestación ofrecida cuando la misma no se diferencia en forma relevante de la debida. Lo contrario supondría, probablemente, un ejercicio del derecho de crédito por parte de su titular contrario a los dictados en la buena fe, algo proscrito expresamente hoy por el nuevo artículo 7, 1, de nuestro Código Civil.

¿Cuál será el límite de esa admisible diferencia? Es obvio que se trata de una materia muy delicada y resbaladiza en la que deberán extremarse las precauciones para evitar inadecuadas lesiones a los intereses del acreedor. Sólo la contemplación de los intereses igualmente legítimos del deudor y, sobre todo, de la superior circunstancia de que se deben tomar en consideración las conveniencias del comercio jurídico y facilitar el cumplimiento de los vínculos obligatorios, todo ello adecuadamente adobado por las cautelas y exigencias emanadas de la buena fe, permitirán, caso por caso, concluir sobre la virtualidad solutoria del cumplimiento efectuado, aunque exista alguna pequeña e intrascendente disimilitud entre lo ofrecido y lo que se debía pagar y, por tanto, se quebrante la aplicación rigurosa de la regla de la identidad de la prestación. Como con tino dice BERCOVITZ, en principio y salvo pacto en contrario, el margen de tolerancia a partir del cual se podrá hablar de prestación diferente (*aliud pro alio*), mínimo en todo caso ya que la identidad se extiende a los aspectos principales y secundarios de la prestación, «habrá de determinarse por el valor, la función y los usos relativos a la clase de prestación de que se trate, de acuerdo con la buena fe» (111).

Margen que, sin duda, se amplía por inexcusables exigencias cuando nos hallemos ante una obligación genérica y las partes no hayan procedido a la precisa puntualización de las características de la prestación debida. Según el artículo 1.167 del Código Civil, «cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior». Cumplirá, por tanto, el deudor entregando la calidad medio o normal, según los usos del tráfico.

Trátase de una simple manifestación del pago de las obligaciones que,

(111) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 104.

con mayor precisión técnica, otros Códigos (por ejemplo, artículo 1.178 del *Codice civile* italiano) suelen caracterizar como obligaciones que tienen «por objeto la prestación de cosas determinadas solamente en el género», y que de la misma manera, tratándose de legados, contemplan que «la elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior» (art. 875 CC).

«El acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarle de la inferior», reza el artículo 1.167 del Código Civil. Planteamiento equitativo que equilibra adecuadamente las naturales tendencias del acreedor a reclamar lo mejor y del deudor a entregar lo peor, y que remite a lo que presumiblemente habrían querido las partes si hubieran llegado a pronunciarse sobre la calidad del objeto debido, ya que, según resalta BERCOVITZ, la no especificación de la cuestión, de forma expresa o tácita, no corresponde normalmente a una total indiferencia, sino a la idea, más o menos clara, de que se cumplirá con un ejemplar de tipo medio dentro del género determinado (112).

Ahora bien, la negativa al acreedor y al deudor en los sentidos indicados no implica paralelamente la atribución a los mismos de unos supuestos derechos a exigir o a entregar tan sólo cosas de calidad media, sino que el acreedor no podrá rechazar el ofrecimiento de objeto de calidad superior a la media, si, como escribe LACRUZ, el deudor se la entrega conforme al tenor de la obligación y sin lesión de la buena fe, ni el deudor podrá oponerse, contra lo que piensa este mismo autor, a que el acreedor le reclame la entrega de una cosa de calidad inferior a la media (113), pues, en uno y otro caso, se trata de la simple renuncia a la ventaja legalmente conferida que no tiene por qué operar en distinta dirección cuando se trate del acreedor que cuando se trate del deudor, por más que normalmente corresponda a éste la determinación del objeto a entregar.

Tratándose de deudas de dinero, por razones de comodidad, seguridad y rapidez la práctica diaria nos depara la experiencia de que las mismas son atendidas mediante la entrega de efectos de crédito que, en determinadas circunstancias, tienen efectos solutorios y operan como genuinos sustitutivos del dinero. La rigurosa exigencia de identidad de la prestación queda así un tanto en entredicho mediante esta nueva moneda «bancaria» o «libraria» que sólo se manifiesta en los asientos contables y que, aunque legalmente no tiene la consideración de dinero, *de facto* y aun *de iure* funciona como si lo fuera.

Nuestro Código Civil en estimable anticipación dispone, al respecto,

(112) *Ibid.*, pág. 117.

(113) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...* II-1, *op. cit.*, pág. 86.

en los párrafos segundo y tercero de su artículo 1.170: «La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso». Si se observa bien, dos aspectos resaltan de la transcrita disposición: primero, que el acreedor no está obligado a aceptar tales efectos en sustitución del dinero que se le debe, y segundo, que, caso de que los acepte, el efecto extintivo sólo se produce cuando aquél los haya hecho efectivos o cuando, por su culpa, se hayan malogrado.

En tal sentido, existe jurisprudencia constante del Tribunal Supremo resaltando que la entrega de los documentos mercantiles no produce las consecuencias del pago hasta que tenga lugar su conversión en moneda efectiva de curso legal, a menos que el acreedor haya renunciado a semejante beneficio (Sentencias de 13 de enero de 1902, 28 de marzo de 1909, 18 de junio de 1914, 17 de enero de 1918, 28 de octubre de 1924, 5 de julio de 1944, 2 de junio de 1946, 26 de noviembre de 1948, 25 de enero de 1950, 20 de enero de 1976, etc.). La función solutoria tardía de tales títulos de crédito se hace descansar tanto en la credibilidad y confianza que los mismos despiertan como en la figura jurídica que suelen entrañar, bien sea un mandato, un aval o un descuento. Con todo, los Bancos, cuando reciben estos instrumentos de crédito, siempre estampan en ellos la cláusula «salvo buen fin», al objeto de que no exista duda alguna de que la aceptación queda condicionada al hecho de su cobro o realización.

Resulta, por tanto, que en cuanto los documentos mercantiles no son en sí dinero, sino tan sólo incorporan un derecho a obtenerlo, la recepción de los mismos no cabrá considerarla como cobro efectivo del crédito, pues se trata de obligaciones pecuniarias, sino más bien medio o instrumento para facilitar el cobro. Es decir, no estamos en presencia de una auténtica *solutio*, pero tampoco ante una *datio in solutum*, ya que no se produce de manera automática el efecto extintivo y la liberación del deudor cual ocurre en ésta. HERNÁNDEZ-GIL considera que la figura jurídica es una situación intermedia entre la dación en pago y la cesión del crédito, en el sentido de que la prestación consistente en el abono directo del dinero se sustituye por la de su abono indirecto (114). No parece que exista necesidad de llegar a esta construcción híbrida, a caballo entre la *datio in solutum* y la *cesio pro solvendo*, si se advierte que, en principio, el pago sólo tiene lugar cuando se obtiene el numerario,

(114) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 419.

lo que revela que estamos ante un simple mecanismo para facilitar y agilizar los pagos.

Lo que sí produce, naturalmente, la aceptación de los títulos es la suspensión de «la acción derivada de la obligación primitiva», esto es, que el acreedor no puede instar su cumplimiento mientras no sea manifiesto que no es posible la realización de aquéllos, ya que su actividad debe orientarse ahora, por virtud de los nuevos instrumentos solutorios puestos en juego, a obtener la efectividad de los mismos.

El mismo efecto que la realización de los documentos mercantiles produce el hecho de que éstos no lleguen a materializarse en la entrega de la cantidad de dinero que representan por acto imputable al deudor («se hubiesen perjudicado», dice gráficamente el artículo 1.170 del Código Civil), pues parece obvio que en tal caso le resulta negativa de la malicia o negligencia del acreedor (no instar el protesto tempestivamente, por ejemplo) debe soportarles éste y no el deudor, tal como es doctrina constante del Tribunal Supremo (Sentencias de 8 de noviembre de 1933, 5 de julio de 1944, 28 de enero de 1958, 24 de febrero de 1973, etc.). De lo que no cabe dudar es que, como resalta LACRUZ, en dicho supuesto, en el crédito incorporado al documento, en cuanto subsista al perjuicio del pagaré o la cambial, queda subrogado el acreedor negligente (115).

B) *Integridad de la prestación*

La exactitud en la ejecución de la conducta debida a que está compelido el deudor por la sustancia misma del pago exige, junto a la identidad, la integridad de la prestación. El deudor debe realizar la misma e íntegra prestación debida, de manera tal que el cumplimiento comprenda no sólo la cualidad, sino también la cantidad de lo que se debe. El acreedor tiene derecho a exigir que su crédito sea satisfecho por entero, totalmente o a cabalidad, ya que, como dispone el artículo 1.157 del Código Civil español, «no se entenderá pagada una deuda sino cuando *completamente* se hubiere entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consista». O, si se prefiere, la exactitud de la prestación cumplida reclama que se respeten tanto los aspectos cualitativos como los cuantitativos de la misma, exigencia que se materializa, respectivamente, en la identidad y en la integridad del programa prestacional contemplado en la obligación, sin que quepa en este último sector tomar en consideración la situación personal del deudor (116).

(115) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...* II-1, *op. cit.*, pág. 87.

(116) Curiosamente, el Derecho civil español actual, a diferencia de lo que

En tal sentido, nuestro Tribunal Supremo ha enfatizado que no se entenderá efectuado el pago de una deuda, sino en cuanto se haya satisfecho en su integridad, «con la entrega de la cosa y el precio» (Sentencia de 28 de abril de 1906). Que el artículo 1.157 exige para entender extinguida la obligación que el pago sea «completo» (Sentencia de 21 de mayo de 1910). Que no cabe entender pagada una deuda a no ser que «se hubiera entregado completamente la cosa» (Sentencia de 18 de junio de 1944). Que el pago sólo extingue las obligaciones cuando se ha pagado la deuda «cumplidamente» (Sentencia de 20 de marzo de 1925). Que el artículo 1.157 tiene por único objeto la determinación de que no se entenderá hecho el pago de una deuda, sino en cuanto se haya solventado ésta en su «integridad», «completamente» (Sentencia de 14 de mayo de 1926). Y en similar sentido las Sentencias de 15 de octubre de 1946, 9 de julio de 1948, 11 de marzo de 1957, 8 de junio de 1963, etc.

Si, de conformidad con el artículo 1.197 del Código civil, la obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados», se entiende que el requisito de la integridad de la prestación sólo podrá considerarse cubierto cuando se haya puesto a disposición del acreedor el principal y los rendimientos, frutos, accesorios y pertenencias del objeto de la obligación. La regla será, pues, que el deudor tan sólo quedará liberado de su débito cuando realice todos los actos precisos para que la totalidad de la sustancia y consecuencias patrimoniales de la prestación haya pasado a corresponder al acreedor incorporándose a su activo. La prestación debe realizarse «por entero», y ello supone que la actividad solutoria del deudor debe extenderse tanto a la originaria configuración de aquélla como a todo lo que sea consecuencia o derivación jurídica de la misma, de manera tal que sólo se entenderá realizado el pago completo o íntegramente cuando

ocurría en el Derecho castellano histórico, no ha respetado la vieja figura romana que los intérpretes denominaron *beneficium competentiae*, en cuya virtud ciertos deudores (cónyuges, ascendientes y descendientes, patronos, militares, socios, donantes, quebrado que cedió sus bienes, deudor de la dote, etc.) sólo eran condenados en la medida de sus posibilidades (*condemnatio in id quod debitor facere potest*), permitiéndoseles conservar lo indispensable para su mantenimiento de acuerdo con su posición social, ya que, como dicen las fuentes romanas, «en el fallo referente a aquellas personas que son condenadas a lo que pueden hacer, no se les ha de quitar todo lo que tienen, sino que se ha de tener consideración de los mismos para que no queden en la indigencia» (D. 50, 17, 173; D. 42, 1, 6 y 18). De todas maneras hay que resaltar que el *beneficium competentiae* reduce tan sólo la condena, pero no la obligación; por tanto, si el deudor favorecido mejora en el futuro su situación patrimonial, vendrá obligado a pagar lo que restase para cubrir el monto total de crédito: CRISTÓBAL MONTES: *Curso de Derecho romano*, op. cit., págs. 760-761.

la totalidad de los complementos o emisiones de objeto debido hayan pasado a manos del acreedor.

Así, deberán entregarse al titular del crédito los frutos de cualquier clase que haya producido la cosa debida (art. 1.095 CC), y, por tanto, los intereses devengados por la deuda. Respecto a este último aspecto, resulta tan evidente la consideración legal de que capital e interés constituyen un todo unitario e integran un único débito a la hora del cumplimiento de la obligación que, según el artículo 1.110 del Código Civil, «el recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos», algo que no significa, según pretende BELTRÁN DE HEREDIA *a sensu contrario*, que la obligación de entregar el capital comprende también la de los intereses cuando éstos existan (117), sino que éstos no tienen la consideración de deuda autónoma y, por ende, deben acompañar al principal si se quiere que el pago tenga lugar de manera total. De la misma manera, como advierten las Sentencias de 8 de julio de 1952 y 11 de marzo de 1957, la consignación sólo es correcta si se depositan los intereses junto con el capital.

Igualmente, instada la ejecución forzosa por el procedimiento del juicio ejecutivo, las costas procesales se integran en la deuda junto con el principal y los intereses del mismo (art. 1.443 LEC) y deberán satisfacerse con ellos si se quiere que el pago sea íntegro. Y en cuanto «los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor» (artículo 1.168 CC), su descuento del monto de lo debido determinará, como dice HERNÁNDEZ-GIL, la falta de integridad en el cumplimiento, cosa que no ocurre con los gastos de la consignación, pues éstos corren a cargo del acreedor (art. 1.179 CC). La consecuencia obligada de todos estos señalamientos en torno a cuándo ha de entenderse cubierta la exigencia de la integridad de la prestación es que, según declara la Sentencia de 30 de enero de 1958, debe considerarse subsistente una deuda correspondiente al importe de intereses y costas después del pago del principal.

C) *Indivisibilidad de la prestación*

Mientras la identidad hace referencia a que se trate de la «misma» prestación y la integridad a que se realice «por entero» o «completa», la indivisibilidad concierne a que el cumplimiento obligacional para ser tal ha de verificarse en «un único instante» (la «misma», «entera», y «única» prestación podría ser la fórmula para referirse a las condiciones

(117) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, *op. cit.*, pág. 212.

de identidad, integridad e indivisibilidad que se reclaman del objeto de la obligación a la hora de su cumplimiento). Y ello con indiferencia de que la obligación sea divisible o indivisible porque la regla, que se configura como un genuino derecho del acreedor, es que el cumplimiento es siempre indivisible aunque se refiere a obligaciones que sean divisibles, ya que el acreedor no puede ser compelido a que se distribuya en el tiempo la realización de la prestación debida. El deudor, sea cual sea la naturaleza del vínculo, de la misma manera que no puede restringir el pago a una fracción de lo que debe, tampoco puede verificar el mismo por etapas o en momentos diferentes, aunque la prestación, fácticamente, sea susceptible de división, porque el acreedor tiene derecho a que el pago se efectúe en un solo acto. Es por ello que el artículo 1.220 del *Code Napoléon* ha establecido que «la obligación susceptible de división debe ser ejecutada entre acreedor y deudor como si fuera indivisible», prescripción que responde, como acertadamente señala BELTRÁN DE HEREDIA, «al principio de que toda obligación debe ser cumplida no sólo enteramente en cuanto a entidad física, sino también de una sola vez en cuanto a actuación cronológica» (118).

Nuestro Código Civil (párrafo primero del artículo 1.169) dispone que «a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelirse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación». Previsión del todo natural porque aparte del interés que puede tener el acreedor en recibir la prestación *uno actu*, que tan gráficamente resalta POTHIER al señalar que si recibe varias y pequeñas suma en diferentes momentos se dificulta su empleo útil y se facilita su gasto improductivo (119), lo cierto es que el derecho de crédito confiere a su titular una posición jurídica que le permite instar su realización en forma temporalmente unitaria. Reputar al cumplimiento jurídicamente indivisible es algo que brota con tanta naturalidad de la sustancia y función misma del derecho de crédito como lo pueden ser la exigencia de que la actuación del deudor debe cubrir cabalmente la identidad y la integridad de la prestación debida.

El deudor vulnera el derecho de crédito lo mismo cuando intenta pagar algo diferente o menor de lo que debe que cuando pretende reparar en el tiempo la ejecución de la prestación. Y ello con indiferencia de que la naturaleza de ésta permita semejante distribución o fraccionamiento temporal, pues aquí la indivisibilidad del pago viene impuesta como

(118) *Ibid.*, pág. 213.

(119) POTHIER: *Tratado...*, *op. cit.*, n. 68.

(120) LACRUZ: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, págs. 87-88.

garantía del derecho que el acreedor tiene «a exigir que se realice en un único momento» (120). Ahora bien, del hecho cierto de que el cumplimiento deba reputarse en principio como indivisible, pretende derivar HERNÁNDEZ-GIL la consecuencia de que «para que una obligación sea y se cumpla como divisible, no basta sólo la susceptibilidad de la misma para la división, sino que se requiere también que se excluya la vigencia del principio general de la indivisibilidad del cumplimiento» (121); lo que a nuestro modo de ver no resulta del todo exacto porque una obligación no deja de ser divisible en razón de que deba cumplirse de una sola vez, ya que la divisibilidad que se predique de un vínculo no hace referencia al cumplimiento del mismo (el mismo HERNÁNDEZ-GIL resalta con acierto que «el cumplimiento es siempre indivisible, aunque recaiga sobre obligaciones que de suyo sean divisibles»), sino a la particular contextura de su objeto que permite, sin detrimento ni daño, el fraccionamiento material o ideal, ya que, como advierte LACRUZ, «será divisible la prestación cuando, por su naturaleza, se deba desarrollar durante un período de tiempo o en tiempos distintos, y asimismo si se ha convenido la divisibilidad» (122).

Tratándose de obligaciones en íntima relación, de manera tal que carezca de sentido la existencia de unas sin las otras (obligaciones conexas), BERCOVITZ piensa que se les debe aplicar también la pauta del artículo 1.169 del Código Civil (123). Aunque la conclusión tiene sentido lógico y justificación práctica suficiente, quizá sería más apropiado remitir el tema al ámbito de la ejecución o cumplimiento de los contratos, ya que el pago, en cuanto verificación de una concreta obligación, no puede ni debe sacarse del escueto campo de las particulares relaciones obligatorias. En cuanto a las obligaciones cuyo cumplimiento tiene lugar a plazos, es obvio que la exigencia de indivisibilidad deberá contemplarse respecto cada uno de los pagos parciales. Valga lo mismo para las *in genere*, obligaciones de ejecución periódica. Y, en fin, en el caso de las obligaciones de ejecución continuada, en cuanto por prestación debe entenderse la que resulte en el momento último de la total existencia de aquéllas, parece natural también que el requisito de la indivisibilidad se entienda cubierto mientras el deudor observe la conducta debida e infringido en el instante en que el mismo interrumpa, suspenda o se niegue a realizar la referida conducta. En uno y otro caso, la razón estriba en que, como recuerda MESSINEO, mientras en el contrato de ejecución periódica existen varias prestaciones que se presentan en fe-

(121) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 338.

(122) LACRUZ: *Elementos*, II-1, op. cit., pág. 88.

(123) BERCOVITZ: *Comentarios* .., XVI-1, op. cit., pág. 124.

chas establecidas de antemano, en el contrato de ejecución continuada se da una sola prestación, aunque sin interrupción (124).

No obstante, como es natural, en materia de la indivisibilidad del cumplimiento nos hallamos en el ámbito del Derecho dispositivo y prima, por tanto, la autonomía de la voluntad de las partes. Puestas las mismas de acuerdo, quedará excepcionada la unidad de la prestación y podrá el deudor proceder a la extinción del débito mediante la acumulación de pagos sucesivos, tal como recoge el propio artículo 1.169 del Código Civil, que impone la exclusión de la divisibilidad, «a menos que el contrato expresamente lo autorice». Considera HERNÁNDEZ-GIL que, según el sentido literal del precepto, parece que se requiere una voluntad expresa y previa, esto es, exteriorizada en el acto constitutivo de la obligación, pero, en su opinión, no es indispensable que se trate estrictamente de una declaración de voluntad expresa (125).

Creemos que esa debe ser la conclusión, la de que procederá admitir la ejecución fraccionada de la prestación siempre que de una u otra forma resulte, incluso tácitamente, que la voluntad de las partes o de la ley fue la de permitir que el deudor pudiera liberarse de la obligación mediante pagos parciales, aunque ello no resulte manifestado en forma expresa. Aquí, como en tantos otros artículos de nuestro Código Civil (artículos 463, 476, 901, 905, 1.090, 1.100, 1.137, 1.153, 1.508, 1.610, 1.755, 1.767, 1.768, 1.827, etc.), cuando la ley utiliza los términos «expreso» y «expresamente» lo que en realidad reclama es que se trate de algo que tiene lugar realmente, verdaderamente, no en forma presunta, de manera explícita, específicamente, efectivamente, esto es, que exista en la realidad de las cosas con indiferencia de cuál sea el vehículo para su plasmación.

De la misma manera que se puede excluir la indivisibilidad de la prestación mediante acuerdo de los interesados, cabe también, en cuanto se trata de un beneficio del acreedor, que éste renuncie al mismo en cualquier momento de la existencia de la obligación, incluido aquel en que tiene lugar el pago. Dice bien, pues, HERNÁNDEZ-GIL cuando advierte que «si se ha entregado una cantidad que no es el total, pero la recibe y acepta el acreedor, es indiscutible que, aunque nada diga expresamente el contrato ni haya mediado un convenio posterior, vale como cumplimiento parcial»; en cambio, no nos parece acertado su parecer, que sigue BERCOVITZ, de que la aceptación de pagos parciales no entraña la novación en cuanto al resto, es decir, que, aceptado su fracciona-

(124) MESSINEO: *Doctrina general del contrato*, I, Buenos Aires, 1952, página 431.

(125) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, págs. 338-339.

miento, se habrá producido un pago parcial, pero el deudor no puede pretender la aplicación para el futuro del mismo régimen de fraccionamiento (126).

Cierto que la aceptación por el acreedor de un pago parcial no supone novación de la obligación, pero no en razón de que quede inafectado el cumplimiento del resto de prestación que subsiste, sino en base tan sólo a que no se ha mutado la naturaleza de la obligación, pues ésta era divisible antes (en cuanto ha sido posible su ejecución fraccionada) y divisible continúa siendo ahora. Aceptar que, no obstante la regla genérica de indivisibilidad del pago aunque la prestación sea divisible, se realice un cumplimiento parcial no significa novar la obligación, ya que ningún *aliquid novi* aparece en la estructura de la misma ni tiene por qué existir *animus novandi*, sino únicamente que el acreedor se aviene a la satisfacción de su crédito por partes, renunciando, incluso mediante *facta concludentia*, a su prerrogativa legal del pago entero y de una sola vez.

Excluido, por improcedente, que quepa plantearse siquiera el supuesto de la novación, parece que en cuanto la aceptación de un pago parcial implica por parte del acreedor la admisión del fraccionamiento solutorio, lo lógico es concluir que para el futuro esta deberá ser la situación, pues si el acreedor ha manifestado su voluntad al respecto debe estimarse que subsiste la misma y que no puede volver sobre sus pasos negándose a recibir posteriormente sucesivos pagos parciales, en cuanto ha renunciado a la facultad que le correspondía, ha generado la facultad de signo contrario en el deudor y *adversus factum suum quis venire non potest*.

Amén de por el acuerdo de las partes y por la voluntad unilateral del acreedor, la regla de la indivisibilidad del cumplimiento resulta excepcionada para casos específicos por distintos preceptos del Código Civil, tales como los artículos 1.163, 1.174, 1.175, 1.592, 1.684, 1.837, etcétera, en los que, como dice LACRUZ, se presupone la voluntad del acreedor para cobrar parcialmente (127), o bien se coloca en primer plano la conveniencia del mismo a dichos efectos.

¿Podrán los Jueces fraccionar el pago en uso de la facultad que les confiere el párrafo tercero del artículo 1.124 del Código Civil? LACRUZ piensa que no y del mismo parecer es BERCOVITZ, quien recuerda, al respecto, que ya GARCÍA GOYENA había señalado en relación al artículo 1.094 del Proyecto de 1851 (antecedente del actual 1.169) que aunque la mayor parte de los Códigos extranjeros, siguiendo al Derecho romano, autorizan al Juez para conceder plazos moderados. «la Comisión, a pesar

(126) *Ibid.*, pág. 339.

(127) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1. *op. cit.*, pág. 88.

de haber admitido el prudente arbitrio del Juez en los artículos 1.042, 1.648 y en otros, lo desechó en esta materia por temor a abuso» (128).

Sin embargo, a pesar de estos antecedentes, parece razonable considerar que si, en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones recíprocas, el Tribunal puede denegar la resolución que se demande caso de que «existan causas justificadas que le autoricen para señalar plazo» (párrafo tercero del artículo 1.124 del Código Civil), cabe que el órgano judicial considere como una de esas «causas justificadas» el pago parcial realizado por el deudor, y, al rechazar la resolución pedida, estime que ha tenido lugar el cumplimiento (siquiera fraccionado) de la obligación y conceda plazo para la entrega del resto, autorizando, por ende, la divisibilidad del pago. A la misma conclusión conduce la aseveración de DÍEZ-PICAZO en el sentido de que la negativa del acreedor a recibir una prestación parcial puede ser contraria a la buena fe cuando la parte que falte sea muy escasa y su interés quede satisfecho, por lo menos en su mayor medida, con la prestación ofrecida (129). Curiosamente, la Compilación del Derecho civil foral de Navarra admite que «puede compelerse al acreedor a que acepte el pago parcial de una cantidad cuando el deudor garantice el pago de la cantidad restante» (párrafo segundo de la Ley 493). Fórmula muy razonable y práctica.

Finalmente, el propio artículo 1.169 del Código Civil en su párrafo segundo contempla otra excepción a la regla de la indivisibilidad del cumplimiento al disponer que «sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda». Se trata de algo muy conveniente para evitar que, con la excusa de la falta de liquidez de una parte del débito (normalmente secundaria, como frutos, intereses o gastos), se retrase maliciosamente el pago del principal ya líquido o se resista la entrega que pretende el deudor, solución mucho más lógica y prudente que la de «aceptar el pago a través de una cantidad aproximada, a reserva de su determinación exacta posterior» (130). Aunque BERCOVITZ piense que no cabe descartar la aplicación de este precepto a todas las obligaciones de dar e, incluso, de hacer y no hacer, lo cierto es que el mismo sólo tiene sentido, pues sería de imposible aplicación

(128) GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, *op. cit.*, pág. 587.

(129) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos*, I, *op. cit.*, pág. 635. También LARENZ considera que puede ocurrir que el acreedor no tenga interés especial en recibir la prestación inmediatamente, en cuyo caso se permitirá al deudor, a tenor del principio de buena fe, el realizar entregas parciales en cortos intervalos; y sobre todo el acreedor no podrá rechazar la prestación cuando falte una parte insignificante de ella: *Derecho de obligaciones*, I, *op. cit.*, pág. 254.

(130) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, págs. 126-127.

por ausencia de la *fattispecie* del mismo respecto a dichas variedades obligacionales, respecto a las obligaciones relativas a la entrega de cosas fungibles y, de manera muy particular y casi exclusiva, en el campo de las obligaciones pecuniarias.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Profesor Extraordinario
de la Universidad de Zaragoza

Licencias Urbanísticas y Ondas Hertzianas

1. PREAMBULO

Me figuro la tremenda sorpresa que les producirá el título de este trabajo, equiparable al de algunas películas cinematográficas —que fieles al utilitarismo propagandístico— se adornan, sin temor al ridículo, con esperpénticos enunciados como el de aquella popular comedia española *¿Qué hace una chica como tú en un sitio como este?* o aquellas otras americanas *Si hoy es martes seguro que esto es Bélgica*, *Es posible que Maybe venga a casa la próxima primavera*, o la checa *Campanillas blancas y las de la buena mano*, e incluso en una obra de suspense estadounidense, *La dama del coche con gafas y un fusil*. Pues bien, *Licencias Urbanísticas y Ondas Hertzianas* no es, desde luego, una comedia, ni tan siquiera una película de «suspense» —que espero que dure tan solo los minutos que tarde en explicar algunos conceptos—, sino la respuesta a una realidad, a una palpitante, compleja, controvertida pero hermosa realidad, porque «hermosa» es —según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*— «grandiosa, excelente y perfecta en su línea», y los avances científicos y tecnológicos, que es la realidad a la que nos referimos, no son sino la expresión, aunque imperfecta, entusiasta de una humanidad que intenta responder al mandato divino de «Id y dominad la Tierra».

Fue el Profesor GONZÁLEZ NAVARRO quien tuvo la feliz idea de aunar, bajo el título del encabezamiento, dos vocablos tan dispares como «licencias urbanísticas» y «ondas hertzianas», que, sin embargo, están íntimamente relacionados por un nexo tan antiguo como el hombre: el Derecho. *Ubi societas, ibi ius*, dice el viejo brocardo latino; pero ¿a qué *ius* se refiere? Porque el concepto de Derecho no es precisamente pacífico y, por tanto, hay que explicar lo que entendemos aquí por dicho vocablo. Siempre nos ha parecido que la mayoría de las definiciones de Derecho

atienden más a sus manifestaciones formales o a aspectos parciales del mismo e incluso a erróneos presupuestos filosóficos que a su verdadera esencia. El Derecho con ello sufre menoscabo. Se olvidan sus orígenes y, sobre todo, se prescinde absolutamente de su fuente primaria: la ley divina y natural. ¿A qué obedecen si no la rápida división que nos ofrecen los textos académicos entre Derecho objetivo y subjetivo? ¿Es que ambas no son manifestaciones del Derecho positivo? Tenemos vergüenza, a menudo, de basar nuestros razonamientos jurídicos en la lógica, en la equidad, en la bondad, en la buena vecindad, etcétera, etc.; en suma, en todos aquellos conceptos simplemente «naturales» y, huyendo de «ellos, nos enfrascamos en la búsqueda de aquella norma del *Boletín Oficial del Estado* que nos permita encontrar la solución a nuestro problema. Como mucho, nos atrevemos a emplear alguno de estos conceptos cuando ya han pasado a formar parte del Derecho positivo a través de una de sus más sabias fuentes —*Los principios generales del Derecho*— que, al fin y al cabo, no son sino exponentes del Derecho natural.

Al famoso director de orquesta LORIN MAAZEL, a quien ustedes habrán visto en las retransmisiones de radio y televisión de los conciertos vieneses del primero de año, le preguntaban una vez por el secreto del éxito de sus interpretaciones, a lo que él respondía: «No tengo ningún secreto, simplemente dejo que la música suene tal como es».

Pues bien, dejemos que el Derecho fluya tal como es, en toda su dimensión, sin achicarlo, con la vista atenta a todo cuanto nos rodea, sin perder ninguno de sus ricos matices, pero trascendiendo sobre la mera yuxtaposición de leyes y normas, buscando en todo momento la justicia en su sentido más noble.

La vieja definición de CELSO como *ars equi et boni* nos parece la mejor forma de resumir nuestro pensamiento.

Todo este preámbulo no es una mera disquisición teórica sobre los orígenes del Derecho, sino que, como tendremos ocasión de ver algo más adelante, nos es preciso echar mano de las más puras esencias jurídicas para enfrentarnos a una de las más modernas manifestaciones de la Ciencia actual —las ondas hertzianas— y, sin embargo, presentes en el Universo desde sus tiempos más remotos.

Entrando ya en materia, vamos a examinar lo que son y representan cada uno de los dos actores que intervienen en esta lección, y cuando digo actores no lo hago en sentido teatral o cinematográfico, sino específicamente jurídico, puesto que ambos —licencias urbanísticas y ondas hertzianas— están demandando a la sociedad soluciones a sus posibles conflictos de convivencia.

Nos referiremos, en primer lugar, a las licencias de urbanismo, materia que suponemos conocida suficientemente por todos, por lo que lo haremos brevemente, aunque, eso sí, destacando aquellos aspectos que guardan más estrecha relación con nuestros fines, y continuaremos con una explicación más detallada de las ondas hertzianas, tema supuestamente menos conocido por los aquí presentes.

2. LICENCIAS URBANISTICAS: CONCEPTO Y CARACTERES

Nada hay que caracterice mejor el concepto de propiedad que la propiedad del suelo. El hombre necesita para su existencia la ocupación de un espacio vital, necesidad que se revela antes que cualquier cosa.

Por ello, como nos recuerda ALVARO D'ORS (1), la aportación del suelo no es más que la realización de una entrega divina —«Dios dio la Tierra a los hombres y éstos se la reparten».

«La vinculación del Derecho al suelo es esencial y perenne» —continúa el mismo autor— «y no podemos concebir un orden jurídico, el que sea o haya sido a lo largo de los tiempos, que no dependa de una forma de apropiación del suelo, de ese acto primero y fundamental del hombre».

La propiedad del suelo está ligada desde siempre a una finalidad específica, bien sea de vivienda, agricultura, ganadería, etc..., presentando ya desde la antigüedad distintas formas jurídicas. Así lo expresa ALVARO D'ORS (2):

«En los mismos albores de la Humanidad nos encontramos ya con una radical divergencia de apropiación del suelo entre el pastor Abel y el agricultor Caín: en efecto, el pastoreo es compatible con un aprovechamiento solidario (no dividido) del suelo, en tanto la agricultura impone el acotamiento estable del mismo, insolidario y necesariamente divisible. Sobre esta distinta base —distintos *nomoi* de la tierra— surgen inevitablemente ordenamientos distintos. Y en lo que podríamos llamar concepción cristiana del Derecho, este *nomoi* fundamental nos viene enunciado, como he dicho en otras ocasiones, en aquel principio de la encíclica *Rerum Novarum* de que, aunque la tierra ha sido parcelada, al menos parcialmente, por razones prácticas muy justas, entre los

(1) ALVARO D'ORS: «La revolución administrativa», *Revista Verbo*, números 222-228, Ed. Speiro.

(2) Mismo artículo citado en nota 1, pág. 958.

particulares, sin embargo, sigue sirviendo a un bien comunitario. Naturalmente, nada tiene que ver este bien comunitario con la propiedad del Estado propugnada por el liberalismo democrático».

En esta necesaria pluralidad de regímenes jurídicos según el uso del suelo cabe destacar esta distinción fundamental entre aprovechamiento solidario, no dividido, e insolidario y divisible, o lo que es lo mismo, suelo sometido a propiedad común y suelo sometido a propiedad individual. Ahora bien, la conversión de las cosas «comunes» en cosas «públicas» no obedece a razones jurídicas, sino ideológicas, cuyo análisis no nos corresponde hacer aquí, aunque no por ello debemos de ignorarlo.

Bajo la moderna tendencia estatalizadora nace la Ley del Suelo de 1956 y la posterior de 1975. La Administración se erige en sujeto de la Planificación Urbana y, a partir de la citada Ley 19/1975 y posterior Texto Refundido por Real Decreto 1346/1976, establece una pirámide normativa típicamente kelseniana, formada por sucesivos escalones competenciales: un primer nivel nacional, ocupado por el Plan Nacional de Ordenación; un segundo nivel de carácter supramunicipal, bautizado con el nombre de Planes Territoriales de Coordinación; un tercer nivel de ámbito municipal —los Planes Generales—, y todavía no acaba aquí la cosa, pues existen otros niveles inferiores para rellenar posibles lagunas legislativas, como las Normas de Ordenación Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, los Programas de Actuación Urbanística, los Planes Parciales, los Estudios de Detalle y, por último, para determinadas situaciones, los Planes Especiales. Y no olvidemos que además debemos incluir los respectivos Reglamentos ejecutivos, como son los de Planeamiento, Gestión, Disciplina Urbanística, Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares. De todo ello tienen ustedes sobrado conocimiento y creo que ha sido tratado ampliamente en este curso.

Lo que interesa destacar aquí es la posición que ocupa la licencia urbanística en toda esta pirámide legislativa, porque será esa posición la que determine su naturaleza y caracteres. Pues bien, la licencia urbanística se sitúa justamente en la base de esa pirámide, como último acto de todo el proceso inmediatamente anterior a la edificación. Soporta, por tanto, y está sometida a toda la normativa de los Planes Urbanísticos. Recae sobre ella la pesada carga de examinar si la futura edificación o, dicho con mayor propiedad, si el ejercicio del *ius edificandi* se adecúa a la ordenación urbanística. Es un acto, pues, declarativo de derechos, no constitutivo, clasificable entre los que la teoría administrativa denomina actos de autorización, puesto que no concede derechos, que perte-

necen al propietario del terreno, ni tan siquiera es fuente legislativa, sino que se limita a ser un acto de intervención.

El sujeto de este acto es el Ayuntamiento, que conserva esta competencia —declarada en el artículo 179, 1, de la Ley del Suelo y el 6.º del Reglamento de Disciplina Urbanística— como residuo de un derecho plenamente municipal en sus orígenes. LÓPEZ GONZÁLEZ nos recuerda (3) que ya en los Fueros de Molina de Aragón, Cuenca, Sepúlveda, Ledesma, Coria, Usagre, Zorita y Salamanca, entre otros, se expresaba el principio de «libertad de construir» en un afán de potenciar la vida urbana, necesaria para corresponder a la intensa actividad mercantil e industrial que nacía con una fuerza arrolladora.

Este sentido positivo de «licencia» —¡constrúyase cuanto se quiera!— va paulatinamente convirtiéndose en un cúmulo de limitaciones y prohibiciones, transformándose, hoy día, en un sigiloso «¡Cuidado con lo que va construir!» con claro significado negativo. Podría decirse que estamos más ante un *ius non edificandi* que ante un verdadero ejercicio del derecho de edificar.

La licencia, además de ser un acto municipal de autorización, posee otras características que definen su naturaleza jurídica. El Profesor T. RAMÓN FERNÁNDEZ resume todas ellas (4) de la siguiente forma:

«La licencia es una autorización simple, por operación, de carácter real y de naturaleza reglada. Se dice que es una autorización simple porque su objetivo único es controlar la actividad autorizada y definirla en sus concretos límites. Es una autorización por operación porque no crea ningún vínculo estable entre la Administración que la otorga y el sujeto que la recibe, agotándose todos sus efectos al realizarse la actividad a la que se refiere. Tiene carácter real porque su único punto de mira es el objeto sobre el que recae, abstracción hecha de las circunstancias personales del sujeto que la pide, de forma que un eventual cambio de las personas resulta del todo irrelevante, en tanto que una modificación en las condiciones del objeto se considera decisiva.

Su naturaleza reglada es, sin duda, su características más llamativa. A la hora de decidir sobre su otorgamiento la Administración carece, en efecto, de toda libertad de acción, debiendo

(3) IGNACIO LÓPEZ GONZÁLEZ: *Las licencias municipales de edificación y las técnicas de intervención administrativa en la propiedad urbana*, págs. 17 y 18.

(4) TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho Urbanístico*, 4.ª ed., páginas 194 y 195.

ceñirse estrictamente a la comprobación de la conformidad o disconformidad de la actividad proyectada por el solicitante con las disposiciones aplicables...»

De estas características no interesa aquí destacar dos aspectos fundamentales para el tema que estamos desarrollando. Aun a costa de anticipar acontecimientos creemos útil, ya en este momento, hacernos determinadas preguntas: ¿Tienen las licencias urbanísticas potestad de intervención sobre todos los aspectos relacionados con el derecho de propiedad del suelo?

¿Es ilimitado el ámbito espacial donde opera la Ley del Suelo? ¿Cómo pueden unas normas urbanísticas afectar a unas actividades tan ajenas a ellas, como es el caso de los ondas hertzianas?

Dijimos al comenzar esta charla que el nexo de unión entre las licencias urbanísticas era el Derecho. Ahora podemos concretar algo más. El Derecho interviene allí donde hay conflictos, y aquí el conflicto tiene por objeto el espacio, soporte común de las edificaciones y —como vamos a ver en seguida— de las ondas hertzianas. Se comprenderá, pues, que cualquier referencia sobre la propiedad de dicho espacio resulta vital para analizar nuestro tema.

Hemos dicho que la licencia es una autorización simple porque su objetivo único es controlar la actividad autorizada. Pues bien, esto significa que la licencia es —como nos recuerdan los Profesores GARCÍA ENTERRÍA y PAREJO (5)— «un control de legalidad, pero no genérico, referido al ordenamiento jurídico en su conjunto, sino —según precisa el artículo 178, 2, de la Ley del Suelo (art. 3.º, 1, RD)— específico aplicado exclusivamente a la ordenación urbanística».

Esta afirmación es compartida por la doctrina y jurisprudencia (6), por lo que puede enunciarse una primera conclusión:

— LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS NO PUEDEN CONTROLAR NADA MÁS QUE LOS ACTOS ESTRICTAMENTE PERTENECIENTES AL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO.

Por tanto, su naturaleza reglada hace referencia a la normativa contenida en la Ley del Suelo (y, por tanto, Planes de Ordenación Urbana) y Reglamentos ejecutivos de la misma.

(5) E. GARCÍA ENTERRÍA y LUCIANO PAREJO ALFONSO: *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pág. 653.

(6) *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1965, 7 de junio de 1972, 27 de junio y 13 de diciembre de 1975, 23 de enero de 1976 y 4 de noviembre de 1977, entre otras.

Bajo este principio se comprende sin dificultad que el Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales indique en su artículo 4.º que la competencia municipal ha de ejercitarse mediante la concurrencia de los motivos que la fundamentan y precisamente para los fines que la determinan.

Esta especificidad de la competencia municipal respecto al ordenamiento urbanístico requiere con frecuencia la presencia de otros organismos que intervienen en otras áreas que afectan al *ius edificandi* fuera de los límites de la Ley del Suelo y los Planes de Ordenación Urbana.

Rige en estos casos el principio de vectorialidad jurídica anunciado con gran precisión por GARCÍA TREVIJANO (7), quien lo explica diciendo «que significa que cada intervención debe tener marcada su dirección y sentido para no invadir la esfera de otras». Este principio jurídico, aparentemente tan sencillo, no lo ha sido en la práctica si se juzga por el gran número de litigios planteados a lo largo de los últimos años de los que pueden encontrarse innumerables ejemplos en el Repertorio de Aranzadi. Y es que, con frecuencia, los árboles no dejan ver el bosque y en el terreno urbanístico la arboleda normativa es extraordinariamente frondosa. Desde luego en el caso que nos ocupa no podemos olvidarnos de este principio, exigido, por otra parte, por la propia naturaleza de los elementos que intervienen.

La circunscripción de la competencia municipal al ámbito urbanístico culmina con lo previsto en los artículos 10 y 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales:

«Los actos de las Corporaciones Locales por las que se inter venga la acción de los administrados producirán efectos entre la Corporación y el sujeto a cuya actividad se refieran, pero no alterarán las situaciones jurídicas privadas entre éste y las demás personas».

«Las licencias se entenderán otorgadas, salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero».

Esta cláusula de «salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero» con que se otorgan las licencias urbanísticas va a constituir uno de los pilares básicos que han de sustentar el entramado jurídico con el que nos enfrentamos, pues precisamente van a ser «las ondas hertzianas» uno de esos posibles terceros aludidos.

Nos queda solamente analizar el carácter real, antes anunciado, de

(7) GARCÍA TREVIJANO en *Tratado de Derecho Administrativo*, año 1964, tomo I, pág. 467.

las licencias municipales, es decir, contemplar los actos sobre los que recae la intervención del Ayuntamiento. Pero preferimos retrasar dicho análisis a un momento posterior de la exposición, cuando ya sepamos la naturaleza física y jurídica de las ondas hertzianas. En ese momento veremos con mayor claridad las dificultades que se presentan con la redacción actual de las normas urbanísticas.

3. ONDAS HERTZIANAS: SU NATURALEZA FISICA Y JURIDICA

Así como las licencias urbanísticas —al igual que otros muchos entes jurídicos— son un producto «artificial» elaborado por la ciencia jurídica para plasmar en un documento una actuación de intervención municipal, las ondas hertzianas son, por el contrario, tan reales como el sol, las estrellas, el mar o el aire. No hay, pues, que «fabricar» su naturaleza jurídica, que nos vendrá dada irremisiblemente por su propia naturaleza física.

Al examen de ella no dedicamos, pues, seguidamente.

3.1. NATURALEZA FÍSICA DE LAS ONDAS HERTZIANAS

Asociamos instintivamente las ondas con las olas del mar o con los movimientos sinuosos de una bandera flameante. Y en verdad que estas imágenes no son meramente poéticas, sino que responden a una realidad física, pues no en vano las ecuaciones que rigen estas ondas mecánicas que tienen lugar en los fluidos —agua y aire— son exactamente las mismas que se aplican en los fenómenos electromagnéticos a los que nos vamos a referir.

Sin embargo, esta imagen gráfica no es suficiente para comprender el significado verdadero de lo que es una onda hertziana. Para ello se necesita hacer un recorrido por aquellos conocimientos de la Física que intervienen en la producción de esta clase de ondas.

Quizá muchos de ustedes, a medida que vaya exponiendo conceptos elementales de la Electricidad y el Magnetismo, recuerden inmediatamente sus estudios colegiales, pero, aunque no sea así, espero hacerlo de forma que todos salgan de aquí con unas cuantas ideas claras sobre la materia.

Es proverbial la aversión de los hombres de letras por las matemáticas y, por el contrario, la excesiva inclinación hacia ellas de los que se dedican a ejercer profesiones de ciencias. Y digo excesivas porque una gran

mayoría de los fenómenos físicos pueden explicarse por simples razonamientos lógicos sin acudir al auxilio de las matemáticas a menos que se quieran cuantificar los parámetros que intervienen.

KEPLER, famoso matemático y astrónomo alemán de los siglos XVI y XVII, cuando le pedían sus alumnos complejas deducciones numéricas de las leyes que rigen los movimientos de los astros —que él enunció por primera vez— se quejaba diciendo: «No os empeñéis que vaya por los rutinarios caminos de las Matemáticas. Dejadme que emplee la Filosofía, que es lo que verdaderamente me gusta». Tratemos de hacer lo mismo, esto es, explicar la materia en cuestión mediante una serie encadenada de simples definiciones prácticas de los elementos que actúan en la producción de ondas hertzianas.

En una onda hertziana intervienen dos elementos básicos: el eléctrico y el magnético, de distinta naturaleza pero íntimamente ligados entre sí, y más que ligados inseparables.

Examinaremos estos dos elementos separadamente.

5.1.1. *Elemento eléctrico*

La electrización es un hecho conocido desde la antigüedad. TALES DE MILETO intentó explicar este fenómeno ya en el año 600 a. C., apercibido por la aparición de cargas en ciertos cuerpos sometidos a frotamiento. No olvidemos la etimología de «electrón,» que en griego significa ámbar, material sobre el que se observaron cargas eléctricas al ser frotado.

Pero hasta el año 1733 estas observaciones no adquieren carácter de teoría física.

Es entonces cuando CH. DU FAY y J. NOLLET enuncian la ley fundamental de que existen dos tipos de carga eléctrica —la vítrea o positiva y la resinosa o negativa— y que cargas eléctricas del mismo signo se repelen y de signo contrario se atraen. La expresión matemática de esta ley la obtiene COULOMB en 1785 (8). A diferencia de la Mecánica, que exige conexión material entre los cuerpos en que aparecen fuerzas, en electrostática se obtienen fuerzas entre cuerpos separados físicamente.

Podemos decir que un cuerpo cargado eléctricamente creará una

(8) Cualquier Tratado de Física nos expresa que la fuerza de atracción o repulsión ejercida sobre un cuerpo cargado por otro es directamente proporcional al producto de sus cargas e inversamente proporcional al cuadrado de la distancia que los separa:

$$F = \frac{q \cdot q'}{r^2} .$$

fuerza, a su alrededor, sobre todo otro cuerpo cargado —bien de atracción, bien de repulsión—. A la fuerza ejercida por un cuerpo cargado eléctricamente sobre otro cuerpo con carga igual a la unidad se le denomina campo eléctrico, que suele representarse por la letra E y, por ser una fuerza, es una magnitud vectorial, es decir, tiene dirección y sentido.

Un poco más tarde FARADAY (1791-1867) establece el concepto de línea de fuerza como medio para representar campos eléctricos. La línea de fuerza es una línea imaginaria dibujada de forma que su dirección en cada punto sea la misma que la dirección del campo eléctrico en ese punto. El conjunto de las líneas de fuerza representa el flujo resultante.

Resulta muy importante para la comprensión de la naturaleza y transmisión de las ondas hertzianas examinar el concepto de inducción, tanto eléctrica como magnética. Analizaremos ahora la inducción eléctrica bajo cuyo epígrafe estamos.

Un sencillo ejemplo nos puede dar una idea de lo que es inducción: Si colocamos una lámina conductora dentro de un campo eléctrico se inducirán en ella, por efecto de dicho campo, una serie de cargas que se denominan por ello exactamente así, «cargas inducidas». El campo eléctrico al traspasar la lámina conductora permanece invariable. Si repetimos el experimento, pero introduciendo en el campo eléctrico una lámina de material dieléctrico (no conductor), se producen también cargas inducidas en el mismo, pero el campo al traspasar la lámina se ha debilitado y no es, como en el caso anterior, igual al original. El campo producido en el interior del dieléctrico por las cargas reales constituye lo que llamamos «inducción eléctrica» y suele representarse por la letra D. La relación $\epsilon = \frac{D}{E}$, que es una magnitud fundamental en la teoría electromagnética, se denomina permisividad o constante dieléctrica.

La constante dieléctrica de un material da idea, pues, de la magnitud de la carga inducida en un campo eléctrico dado. Todos los materiales: sólidos, líquidos o gaseosos, tienen su correspondiente constante dieléctrica.

La carga eléctrica se puede almacenar mediante un sencillo dispositivo que, en su configuración más elemental, está compuesto por dos placas paralelas separadas por un dieléctrico, y al que denominamos condensador. Si conectamos un condensador a una fuente de energía eléctrica de voltaje V. a la proporción entre la carga almacenada y el voltaje aplicado se le denomina «capacidad» del condensador (que se mide en faradios).

5.1.2. Elemento magnético

La existencia de fenómenos magnéticos es conocida desde la antigüedad. Su nombre deriva de la comarca griega Magnesia, donde se encontraron ciertos minerales con estas propiedades, especialmente la magnetita (óxido ferroso-férrico). La característica principal de estos cuerpos radica en la facultad que tienen de atraerse mutuamente y atraer al hierro.

TALES DE MILETO cita ya esta propiedad, que posteriormente se relaciona también en otras obras, como *De rerum natura*, de LUCRECIO (siglo I a. C.); en escritos de PLINIO; en *Magia Naturalis*, de G. DELLA PORTA (1589), y, más tarde, en 1600, W. GILBERT, en su tratado *De magnete*, logra exponer de forma científica el resultado de sus experiencias.

Pero el gran avance de la Ciencia en lo que se refiere a magnetismo no se da hasta 1819, cuando el físico danés H. CH. OERSTED observa que una aguja magnética colocada en las proximidades de un conductor recorrido por una corriente eléctrica se orienta perpendicularmente al mismo, con lo que se demostraba la relación existente entre los fenómenos eléctricos y magnéticos.

Doce años después, J. HENRY y FARADAY completaron las observaciones de OERSTED, descubriendo la otra cara del fenómeno magnético, esto es, la aparición de corriente eléctrica por efecto del movimiento de un imán.

Al igual que cuando hemos tratado en el elemento eléctrico, vamos a definir los principales parámetros que intervienen en la creación de campos magnéticos.

A todos nos es familiar la imagen de un imán, constituido, en su forma más elemental, por una barrita en el que aparecen dos polos en los extremos —el Norte y el Sur—. Si suspendemos dicha barra de su centro de gravedad se orientará según la dirección aproximada del meridiano, lo que constituye una brújula.

Si al Polo Norte de esta barra le acercamos el Polo Norte de otra se observa una fuerte repulsión entre ambas, ocurriendo lo contrario si los polos son de distinto signo. Sucede, pues, lo mismo que con las cargas eléctricas.

Ahora bien, la diferencia fundamental entre ambos elementos —eléctrico y magnético— reside en el hecho de que en el campo eléctrico las cargas —tanto positivas como negativas— pueden aislarse, mientras que en el caso de un imán la intensidad magnética no puede aislarse en los polos, pues si intentamos dividirlo en dos o más trozos, cada uno de

ellos formará, a su vez, un nuevo imán. Este sencillo hecho constituye uno de los pilares de la teoría de campos electromagnéticos. Si no pueden aislarse las cargas magnéticas esto quiere decir que todas las líneas de flujo que salen del polo norte de un imán deben penetrar por el polo sur, formando, por tanto, bucles cerrados.

Análogamente al caso del campo eléctrico, se dice que existe un campo magnético en un punto si se ejerce una fuerza sobre una carga móvil que pase por dicho punto.

Esta magnitud —campo o excitación magnética— se representa por letra H . Existe otra magnitud llamada inducción magnética —representada por la letra B — que es exactamente el flujo magnético. La relación entre B y H se denomina μ , «permeabilidad magnética».

El origen del magnetismo se explica por el movimiento de los electrones al describir órbitas alrededor del núcleo atómico al que pertenecen, así como por su movimiento de rotación (denominado *spin*), lo que da lugar a los momentos magnéticos m y m' , que pueden ser —aunque paralelos— del mismo o distinto sentido (9). Si en un átomo ocurre que los momentos orbitales y de *spin* de sus electrones no se compensan en su conjunto, debido a la orientación de las órbitas, el átomo es paramagnético y, al aplicarle un campo exterior, el momento magnético neto del átomo se orienta según dicho campo, que queda con ello reforzado. Si, por el contrario, existe compensación en el conjunto de los momentos orbitales y *spin*, el átomo sería indiferente al campo aplicado y su momento magnético queda modificado con una variación que es contraria al campo y lo debilita. En este caso el átomo es dimagnético.

Tenemos, pues, en principio, dos clases de materiales, según sea su comportamiento ante un campo magnético: los paramagnéticos y los dimagnéticos.

Las tablas de características suelen referirse a la permeabilidad relativa del material considerado en relación a la del vacío (10), de forma que los materiales paramagnéticos tendrán valores de permeabilidad relativa ligeramente superiores a la unidad (ejemplo: aluminio, berilio, cloruro de níquel) y los dimagnéticos ligeramente inferiores (ejemplo: bismuto, parafina, plata, madera).

Pero no acaba aquí todo, pues hay una tercera clase de materiales denominados ferromagnéticos, o ferritas, que tienen unas elevadísimas

(9) En un circuito cerrado, por ejemplo, una espira, por el que circula una corriente eléctrica I , se denomina momento magnético m a un vector perpendicular a la espira y de módulo I .

(10) La permeabilidad relativa será $\mu_r = \frac{\mu}{\mu_0}$, siendo μ_0 la del vacío.

permeabilidades magnéticas relativas, que van desde valores de 50 y 60 para el níquel y cobalto hasta los 8.000 del hierro puro.

Las características de los materiales ferromagnéticos se explican mediante la teoría de los dominios. Se supone que en una sustancia ferromagnética existen pequeñas regiones —«dominio»— de tamaño microscópico pero suficientemente grandes para contener de 10^{12} a 10^{15} átomos. Dentro de cada dominio los momentos magnéticos de todos los electrones giratorios son paralelos entre sí, pero los diferentes dominios tienen cada uno su dirección, de forma que el campo magnético total es nulo. Cuando se aplica un campo magnético exterior los dominios tienden a girar orientándose en la dirección del campo externo, con lo que a la acción de éste hay que sumar la propia de los dipolos magnéticos de los dominios internos del material. De aquí que se consigan con estos materiales valores muy altos de la inducción magnética.

Una explicación más detallada de este fenómeno se consigue mediante la descripción del ciclo de histéresis de una sustancia ferromagnética, que es la expresión gráfica de las relaciones que ligan los valores de B y H , esto es, de la inducción y el campo magnético. La histéresis —literalmente, «quedarse atrás»— se caracteriza por el hecho de que el flujo magnético crece con la excitación H al crecer ésta desde cero hasta un valor determinado —el de saturación—, en el que su crecimiento se detiene y decrece a medida que decrece la excitación magnética H , pero cuando ésta vuelve a ser cero no se anula también, sino que conserva un cierto valor: es decir, el material queda imantado, porque, por así decirlo, guarda memoria de su estado anterior. Para anular la inducción es preciso aplicar un campo magnético de sentido contrario.

Esta capacidad de almacenar el flujo magnético se utiliza como memoria en las modernas computadoras, empleando pequeñísimas células magnéticas que pueden, en conjunto, guardar una elevadísima información.

Completaremos el estudio del magnetismo con la explicación de los experimentos de FARADAY y la introducción de un nuevo parámetro: la fuerza electromotriz (f.e.m.). Ya hemos dicho que si en un campo magnético —en nuestro caso, perpendicular al plano del dibujo— se mueve un conductor en la forma indicada, de izquierda a derecha, los electrones libres del conductor se encontrarán sometidos a una fuerza dirigida de arriba abajo y, por tanto, los electrones se moverán hacia el extremo inferior, cargando a éste negativamente y, por el contrario, positivamente al extremo superior. Esta separación de cargas eléctricas proseguirá hasta que el campo eléctrico creado contrarreste a la fuerza magnéti-

ca (11). Si el campo magnético es uniforme y la velocidad constante, el campo eléctrico será igualmente uniforme en todo el conductor y en cada elemento de longitud de éste resultará que el trabajo necesario para que circule la unidad de carga será igual al producto de una fuerza igual y opuesta a la creada por la longitud del camino. Esto corresponde al concepto de fuerza electromotriz; fuerza dirigida hacia arriba que se induce en cada elemento del conductor. La fuerza electromotriz total será la suma de las existentes en cada uno de estos elementos. Vemos, pues, que el movimiento del conductor en un campo magnético gasta una energía —cinética— en el mismo, pero, a cambio, aparece otra —potencial—, provocada por la separación de las cargas eléctricas en el conductor. Esta energía potencial puede convertirse en eléctrica si el conductor se conecta a un circuito, circulando por éste una corriente que recibe el nombre de inducida.

Si el campo magnético es variable, la corriente inducida será también variable. La inducción de una corriente se consigue no sólo por el movimiento de un conductor, sino también por la acción de un campo magnético variable. En general, en cualquier sistema electromagnético los campos magnéticos ejercen fuerzas sobre las corrientes eléctricas y éstas sobre los imanes, por lo que aparecen fuerzas entre las distintas partes del sistema de forma tal que el sentido de cada corriente inducida es tal que se opone a la causa que la produce (12).

Un curioso dispositivo —análogo al condensador visto en el elemento eléctrico— lo constituye una bobina o solenoide o, con una denominación más precisa, una autoinducción, formada por una serie de espiras por las que circula una corriente. Esta corriente creará un campo magnético y éste a su vez una corriente inducida que se opone, según la ley de Lenz, a la variación de aquélla o, lo que es igual, en un circuito recorrido por una corriente variable en el que se coloque una autoinducción, ésta transforma la corriente en la creación de un campo magnético y, como consecuencia, almacena una energía potencial (debido a la f.e.m. que aparece) que se devolverá posteriormente al circuito (13).

3.1.3. *Unión de los elementos eléctrico y magnético*

Ahora estamos ya en condiciones de comprender lo que es una onda hertziana. En efecto, unamos los dos elementos que son capaces de alma-

(11) El campo eléctrico será $E = v \cdot B$, siendo v la velocidad a la que se mueve el conductor y B el valor de la inducción magnética.

(12) Este postulado constituye la ley de LENZ.

(13) Esta energía cedida es la que mantiene el arco que se observa a veces cuando se abre un interruptor en un circuito inductivo.

cenar las energías eléctricas y magnéticas, esto es, el condensador y la autoinducción. Si hemos cargado el condensador por algún procedimiento (por ejemplo, aplicándole un voltaje), al unirlo a la autoinducción se descargará sobre ésta, transmitiéndole su carga, que creará un campo magnético a su alrededor que irá disminuyendo y, por tanto, se induce en la autoinducción una f.e.m. del mismo sentido que la corriente. La corriente, por consiguiente, persiste, aunque con valor decreciente, hasta que el campo magnético ha desaparecido y el condensador se ha cargado en sentido opuesto a su polaridad inicial. El proceso se repite por sí mismo en sentido opuesto y las cargas del condensador oscilarán hacia adelante y hacia atrás indefinidamente: se ha producido una oscilación electromagnética, consistente en un intercambio de energía entre el campo eléctrico del condensador y el campo magnético de la autoinducción, permaneciendo constante la energía total. El número de veces por segundo que se produce este intercambio en un circuito compuesto por un condensador y una autoinducción —«circuito oscilante»— constituye la frecuencia de resonancia del mismo (14).

Si representamos los valores del campo eléctrico y magnético a lo largo del tiempo, éstos adquirirán una forma ondulada —una senoide— que nos es muy familiar y a la que solemos llamar onda. Ahora ya sabemos que detrás de esta simple forma lo que hay en realidad es una energía ora almacenada en el condensador ora en la autoinducción.

Ahora bien, esta energía o parte de ella puede extraerse de un circuito oscilante mediante diversos procedimientos. El más sencillo consiste en un transformador que recoge del flujo de la autoinducción, con lo que la energía electromagnética puede propagarse a través de una línea o del propio espacio libre, interviniendo en este caso un elemento radiador llamado antena.

Tenemos, pues, que las ondas pueden propagarse mediante cables o sin éstos. Solamente a estas últimas —a las «inalámbricas»— deben llamarse ondas hertzianas.

La segunda conclusión de nuestra exposición es, pues:

(14) La frecuencia f de resonancia viene dada por $f = \frac{1}{2\pi} \sqrt{L/C}$, siendo L la autoinducción —flujo ligado por unidad de intensidad— y C la capacidad.

—UNA ONDA HERTZIANA ES UNA ENERGIA ELECTRO-
MAGNETICA QUE SE TRANSMITE VIA EL ESPACIO
LIBRE.

Ha sido hasta ahora muy frecuente que tanto la legislación como la doctrina legal establezcan una falsa dicotomía al hablar de los sistemas de telecomunicación, clasificando éstos en «propagación por cable» o «mediante ondas», cuando —según hemos visto— las ondas están siempre presentes y la única dicotomía se produce por el medio de transmisión empleado, alámbrico o inalámbrico.

Pero el que sea alámbrico o no —al margen de otras consideraciones que después examinaremos— no tiene ninguna especialidad en cuanto a la naturaleza de la energía transmitida, ni tan siquiera en su proceso de transmisión, pues el medio en que se propaguen las ondas vendrá caracterizado siempre por los parámetros, ya definidos, μ permeabilidad magnética y ϵ constante dieléctrica y, a estos efectos, el espacio libre es exactamente igual que un cable con una permeabilidad μ_0 y una constante dieléctrica ϵ_0 determinadas. Dicho en otras palabras, lo único que distingue unas ondas de otras es su frecuencia, no su medio de transmisión.

De acuerdo con las leyes de Faraday, en toda región del espacio donde existe un campo eléctrico variable se origina un campo magnético variable y viceversa. En consecuencia, si en un punto A se crea un campo eléctrico variable E se originará un campo magnético cuyas líneas de fuerza serán circunferencias perpendiculares a E. El campo magnético creado a su vez dará lugar a un campo eléctrico cuyas líneas de fuerza serán círculos perpendiculares a los anteriores. Y así sucesivamente. Se demuestra en Física que la densidad de energía asociada a una onda electromagnética es un vector perpendicular a los campos eléctrico y magnético denominado «vector de Poynting» y de valor el producto de E y H.

Tenemos, pues, definidas las dos características fundamentales de una onda hertziana —su energía y su frecuencia— y también las dos del medio de transmisión, cualquiera que éste sea —la permeabilidad magnética y la constante dieléctrica.

Las restantes características, tales como la velocidad de transmisión, las reflexiones y refracciones que sufren las ondas, las atenuaciones a lo largo del espacio, etc., se derivan exclusivamente de los parámetros ya enunciados, esto es, de los valores de los campos eléctrico y magnético y de la permeabilidad y constante dieléctrica del medio de transmisión (15).

(15) En cualquier Tratado de Física podemos encontrar que la velocidad de

Las leyes que rigen los fenómenos asociados a ondas electromagnéticas fueron desarrolladas por el físico y matemático escocés JAMES CLERK MAXWELL (1831-1879), uno de los mayores genios del siglo XIX, cuyas ecuaciones siguen siendo hoy día la carta magna de la teoría de los campos electromagnéticos.

MAXWELL, por simples razonamientos físicos y matemáticos, llegó a la conclusión de que las ondas eléctricas que se transmitían por el aire debían ser iguales a las ondas luminosas, puesto que ambas son de la misma naturaleza y sólo se diferencian en su frecuencia.

Algunos años después el físico alemán HEINRICH RUDOLPH HERTZ (1857-1894) produjo, detectó y midió ondas electromagnéticas, confirmando así experimentalmente la teoría de MAXWELL, cumpliéndose una vez más el aforismo de que la idea precede a la acción.

Así pues, ahora sabemos que ondas hertzianas son todas aquellas que se propagan por el espacio libre, desde las de frecuencias más bajas, como las sonoras, hasta las más altas, como los rayos X, y pasando por las bandas de VHF, UHF, microondas, rayos infrarrojos, luminosos y ultravioletas. El conjunto de todas estas frecuencias se denomina espectro de frecuencias.

Una onda hertziana pura, sin ningún otro aditamento, es una energía, según hemos visto, y como tal energía tiene múltiples aplicaciones: el radar, hornos de microondas, bisturís, exploraciones radiológicas, radioterapias, etc.

Sin embargo, estas ondas hertzianas, en general, no son las que pueden plantear conflictos espaciales y, desde luego, en ningún modo en el ámbito urbanístico, porque su aplicación se realiza en espacios muy reducidos (salvo el radar, que sí debe ser tenido en cuenta a estos efectos).

Las ondas hertzianas a las que nos referimos no son ondas puras, constituidas por una sola frecuencia, sino por un conjunto de ellas. Esto se consigue mediante el proceso de modulación, en donde ya sea la amplitud de la onda principal —denominada «portadora»—, ya sea su frecuencia, se varía. —«modula»— de acuerdo con la amplitud de la señal moduladora, que es la que, en definitiva, desea transmitirse. Esta unión de las ondas moduladora y portadora origina un paquete de frecuencias cuyos valores oscilan alrededor de la portadora. A este conjunto de frecuencias que se transmiten simultáneamente se denomina canal de transmisión.

transmisión de una onda electromagnética es $\nu = \frac{c}{\sqrt{\mu \cdot \epsilon}}$, lo que en el espacio libre da un valor aproximado de 300.000 Km/seg.

Cada información, ya sea telegráfica, telefónica, televisiva, etc., convertida en señal eléctrica, necesita de una portadora para su difusión.

La portadora actúa sólo como vehículo de transporte, que será eliminada en el receptor mediante el proceso inverso a la modulación, esto es, la detección. Conviene tener presente ese fenómeno electromagnético de transmisión de cualquier servicio de telecomunicación, pues, como más adelante veremos, son muy importantes sus consecuencias jurídicas.

3.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ONDAS HERTZIANAS

Sentado que una onda hertziana es una energía (16), no nos es difícil averiguar su naturaleza jurídica. El Código Civil, en su artículo 335, nos da la respuesta:

«Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior (el dedicado a los bienes inmuebles) y en general los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidas».

La energía electromagnética es sin duda un bien corporal —puesto que tiene existencia concreta y mueble—; el mueble por excelencia, ya que alcanza la mayor velocidad físicamente posible.

En el Código Civil italiano —art. 814— se concreta esta cuestión aún más:

«Se consideran bienes muebles las energías naturales que tienen valor económico».

Y, siguiendo a E. GOROSTIAGA (17), parece evidente que las ondas hertzianas tienen un valor económico, al ser un producto industrial.

Así pues, las ondas hertzianas, como bienes muebles que son, están sometidas al régimen jurídico propio, derivado de esta clase de bienes, con independencia de la información que contengan. Por eso dijimos antes que era importante distinguir entre señal portadora y señal moduladora. La portadora en sí misma es una *res* mueble que puede, y de hecho lo es, ser objeto de determinadas relaciones jurídicas, al margen de las

(16) La teoría de la relatividad restringida de A. EINSTEIN asocia los conceptos de masa y energía. La luz se concibe, pues, como una yuxtaposición de corpúsculos (fotones) y ondas. Pero para nuestros efectos, energía y materia conducen a una misma naturaleza jurídica.

(17) EDUARDO GOROSTIAGA: *La Radiotelevisión en España. Aspectos jurídicos y Derecho positivo*, pág. 90. Editado por la Universidad de Navarra, 1976.

inherentes a la información que transporta, convertida ésta en señal eléctrica —la señal moduladora—. En toda onda hertziana existen, por tanto, dos *res* perfectamente individualizadas: la portadora y la señal moduladora.

De esta última —la moduladora—, por contener la información que se difunde se han ocupado ampliamente los medios jurídicos y de comunicación social. Sin embargo, de la primera —de la portadora— nadie lo ha hecho, al menos que nosotros sepamos. Por ello nos parece adecuado hablar aquí de ella, cosa que haremos en el apartado siguiente.

Como conclusión podemos enunciar que:

- — UNA ONDA HERTZIANA ES UN BIEN MUEBLE, EL MUEBLE POR EXCELENCIA, QUE SE PROPAGA A LA MAYOR VELOCIDAD FISICA POSIBLE Y QUE PUEDE CONTE-
NER UNA INFORMACION EN FORMA DE SEÑAL ELEC-
TROMAGNETICA.

4. EL ESPACIO COMO ELEMENTO COMUN DE LAS EDIFICACIONES Y ONDAS HERTZIANAS

Si las ondas hertzianas son las que se propagan por el espacio libre y el ejercicio del *ius edificandi*, sometido a la autorización previa municipal mediante la licencia urbanística, requiere precisamente de ese mismo espacio para desarrollarse, es evidente que hay un conflicto.

¿A quién pertenece ese espacio? ¿Con qué derechos cuenta cada parte? ¿Debe prever la licencia urbanística la posibilidad de que en su ámbito estén incluidas las ondas hertzianas como un elemento más a tener en cuenta a la hora de edificar? ¿O son, por el contrario, los productores de las ondas hertzianas los que han de respetar las licencias municipales de edificación, puesto que, al fin y al cabo, son éstas las que autorizan el ejercicio del *ius edificandi*, o, lo que es lo mismo, delimitan el derecho de propiedad de un espacio acomodándolo al ordenamiento urbanístico?

Un hipotético Juez que tuviera que resolver este litigio comenzaría por preguntar a las partes sus respectivos derechos. ¿Qué pueden alegar las ondas hertzianas para ocupar un espacio que no les pertenece? Surge así la primera pregunta. ¿De quién es el espacio? ¿Qué naturaleza jurídica tiene dicha *res*?

4.1. LA PROPIEDAD DEL ESPACIO LIBRE

El Código Civil no parece preocuparse de este elemento, sino sólo del subsuelo, y así en su artículo 350 dice:

«El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de policía».

Se refiere, pues, directamente a la propiedad de lo que está debajo del suelo y sólo indirectamente a lo que está sobre el mismo.

«Puede hacer en él (en el terreno) las obras... que le convengan», es indudablemente una afirmación del ejercicio del *ius edificandi*, sometido, en principio, a dos condiciones: la sujeción a las Leyes de Minas y Aguas y a los Reglamentos de policía. Pero se elude una afirmación categórica sobre la propiedad del espacio.

El problema no lo resuelve tampoco la Ley del Suelo —denominación de por sí poco esbelta—, ni en realidad tendría por qué resolverlo, puesto que la citada Ley se limita a regular el uso del suelo, no su propiedad.

Tan es así que en la exposición de motivos de la Ley 19/1975, en su apartado VIII, se enuncia, como un estímulo para la movilización del suelo, el derecho de superficie, «fórmula de disociación de la propiedad y uso del suelo», en palabras literales, que desarrolla después en los artículos 171 y siguientes del Texto Refundido.

La propiedad del espacio libre no se define, pues, directamente. Se construye indirectamente como una facultad del derecho de superficie, de forma tal que el ejercicio del *ius edificandi* puede separarse —disociarse, según la Ley— de la nuda propiedad.

Tendremos, pues, que, por ahora, conformamos con el viejo principio del Derecho romano: *Cuius est solum eius est usque ad coelum et ad sidera*.

Naturalmente que la soberanía extendida *ad infinitum* nos conduce al absurdo, aunque verdaderamente la limitación de la propiedad a grandes alturas no se cuestionó hasta el nacimiento de la aviación, pero, en principio, debemos entender que la propiedad del espacio libre pertenece al propietario del terreno sobre el que tal espacio se proyecta, de forma que la limitación espacial que opera la licencia urbanística no despoja, en absoluto, de la propiedad del espacio no edificado. Conviene perca-

tarse de esta idea (*), porque sobre ella han de basarse forzosamente las fórmulas jurídicas que intenten solucionar el conflicto aquí planteado.

Ahora bien, el espacio libre es un recurso natural de inmensurables dimensiones. Por mucho, que se extiende el derecho de propiedad de un terreno jamás llegará a abarcar ni tan siquiera una mínima parte de ese inmenso espacio. Dicho en otras palabras, el ámbito del espacio libre no edificable por razones naturales queda, pues, sin dueño, por no estar sometida a ningún posible ejercicio del *ius edificandi*. ¿Quién es el dueño de tan enorme volumen? ¿Es, quizá, una zona de nadie —una *res nullius*— o, por el contrario, una zona de todos —una *res communis omnium*—, o ni lo uno ni lo otro, sino objeto del dominio público?

Es obligado para nosotros tratar de responder a esta interesante cuestión porque ese espacio es precisamente el vehículo de transmisión de las ondas hertzianas y, por ello, no podemos soslayar aquí esta cuestión.

El Tribunal Constitucional (18) se ha pronunciado sobre esta materia en los términos siguientes:

«... hay que colocar el hecho de que la emisión de ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio entraña la utilización de un bien que ha de ser calificado como de dominio público, con una calificación por nadie contradicha».

A pesar de esta aparente doctrina del Tribunal Constitucional, ha de manifestarse que en realidad aquí no está interpretando ningún precepto constitucional. En efecto, la Constitución —en cuanto a bienes de dominio público— nos dice en su artículo 132, 2:

«Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental».

Como puede verse, la declaración de un bien como de «dominio público» exige la formulación de tal declaración mediante ley y, al no existir ésta para el espacio libre, hay que concluir que la naturaleza del mismo está aún por determinar.

Por otra parte, la declaración del Tribunal Constitucional afirmando

(*) La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1979 confirma esta tesis afirmando que espacio libre no edificable no es equivalente a espacio libre de uso público, sino que tal espacio puede ser de dominio privado.

(18) Sentencias de 31 de marzo de 1982, 8 de julio de 1982 y 24 de mayo de 1982.

que dicha calificación no ha sido «por nadie contradicha» nos parece extremadamente aventurada. Los Profesores GARCÍA ENTERRÍA (19) y GONZÁLEZ NAVARRO (20) han discrepado abiertamente de esta opinión, criticando la postura del Tribunal Constitucional, quien, desde luego, no puede haber actuado como intérprete de una norma que no existe y, por tanto, sus afirmaciones sobre este tema han de ser consideradas como simples *obiter dicta*.

En el preámbulo de esta conferencia habíamos advertido de la necesaria distinción entre propiedad «individual» y «común» y también de la moderna tendencia en convertir las «cosas comunes» en «cosas públicas».

Ahora se comprenderá el porqué de esta advertencia.

Afortunadamente la doctrina científica ha reaccionado a tiempo. Así, GONZÁLEZ NAVARRO (21) nos dice:

«... aunque una ley atribuyera la condición de dominio público al espacio aéreo, habría que ver a qué efectos hace tal atribución. Porque puestos a desorbitar las cosas, podría tener que llegarse a admitir que el hecho de respirar implica uso del dominio público, situación en verdad desconcertante».

Esta tendencia estatalizadora no sólo ha sido objeto de la crítica científica, sino, a menudo, del propio pueblo, que se siente cada vez más invadido en el ámbito de sus propias pertenencias. Una manifestación jocosa de este hecho lo refleja muy bien un chiste gráfico del popular humorista CHUMMY CHUMMEZ, publicado en la Prensa: Dos señores, al ver pasar a un tercero, comentaban: ¡Mírale, ahí donde le ves, aquél es un chulo! Vive a costa de las mujeres. Verdaderamente. « ¡Qué poca vergüenza! » —le contestaba el otro—, «lo que tenía que hacer es vivir a costa del Estado, como las personas decentes».

Pues bien, si no estamos de acuerdo con la calificación demanial del espacio libre, ¿cómo solucionar el problema?

El Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (22) establece una calificación a nuestro juicio muy acertada:

«Dicho espacio será más bien una *res communis omnium* que una cosa pública, aunque no falta alguna opinión (más bien ex-

(19) GARCÍA DE ENTERRÍA: *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*. 1.ª ed., 1983, pág. 125.

(20) GONZALO NAVARRO: *Televisión pública y Televisión privada*. pág. 298. Editado por Civitas, 1982.

(21) Referencia nota 20, pág. 299.

(22) Referencia nota 19, pág. 125, nota 108.

cepcional en el panorama doctrinal) en el sentido que ha seguido el Tribunal Constitucional (concretamente F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, 1960, páginas 477-8). Lo que quiere indicar la sentencia, claramente, es que se trata de un bien afecto a todos y necesitando de una regulación pública para hacer compatible ese uso común de modo que unos no excluyan a otros».

Dos consecuencias prácticas importantes pueden deducirse de cuanto estamos diciendo. La primera, que no debe olvidarse que el espacio libre tiene multitud de usos, lo que lleva consigo una gran diversidad de regímenes jurídicos. Cuando se trate de urbanismo será el volumen —las tres coordenadas dimensionales— el objeto de regulación. Seguirá siendo el volumen el objeto principal en la Ley de Navegación Aérea. Pero cuando se trate de proteger al ciudadano de la contaminación presente en la atmósfera, el volumen deja de ser la cuestión fundamental. Lo que importará, en este caso, será la composición de los gases que respiramos, es decir, lo que acostumbramos a llamar «medio ambiente». En el caso de las ondas hertzianas lo que nos interesa en verdad es la permanencia de los parámetros ϵ y μ —constante dieléctrica y permeabilidad magnética—, de las que ya hemos hablado.

Se regula, pues, el uso, no la propiedad. Si son varios los usos, varios serán los regímenes jurídicos que aparezcan (23).

Y si el uso ha de ser común a todos, nada mejor ni más lógico que declararlo así a efectos jurídicos.

La Constitución, por otra parte, sigue esta misma línea. En su artículo 45, 2, declara que:

«Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva».

Se habla de «utilización» de los recursos naturales, dándole un mandato a los poderes públicos para que velen por ella. No interesa la pro-

(23) M. HAURIOU, en su libro *Precis de Droit Administratif et de Droit Publique*, 12.^a ed., pág. 791, nota 15, se inclina respecto al dominio público por lo que denomina «punto de vista del metro cuadrado», lo que permite que los recursos naturales adquieran el carácter demanial no por un supuesto destino natural, sino por la afectación a un fin específico. El espacio libre puede, siguiendo este criterio, «trocearse» y según el uso de cada porción aparecerá un régimen jurídico distinto.

piedad de esos recursos (fijémonos en la expresión literal: «todos» los recursos, es decir, no hay por qué excluir a ninguno), sino su uso. Y todo ello con un fin —mejorar la calidad de vida— y mediante un instrumento —la solidaridad colectiva.

La aplicación de este precepto al caso de las ondas hertzianas es bien directa. Se habla de recursos naturales. ¿Y cuál más abundante y primario en la naturaleza que el espacio libre?

Se habla de mejorar la calidad de vida. ¿Y no es en la actualidad uno de los índices medidores más representativos de dicha calidad la posesión de radio, televisión, video, etc..., es decir, de objetos que emplean las ondas hertzianas en su utilización?

Y, por último, se reconoce que todo ello ha de hacerse «apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». ¿Haría falta esta declaración si se pensase, por lo más remoto, en que no se trata de una *res* objeto del uso común?

La otra consecuencia que podemos deducir de la naturaleza del espacio libre es que si se trata de una *res communis omnium* y no de un bien demanial no podrá existir la figura de la «concesión». El espacio libre puede regularse en sus múltiples usos, nunca concederse su utilización.

De todo lo anterior establecemos la siguiente conclusión:

— EL ESPACIO OBJETO DEL EJERCICIO DEL *IUS EDIFICANDI* PERTENECE AL PROPIETARIO DEL TERRENO SOBRE EL QUE SE PROYECTA, INCLUSO DEL NO EDIFICADO. EL RESTO ES UNA *RES COMMUNIS OMNIUM* DE CUYO USO DEBEN VELAR LOS PODERES PUBLICOS.

4.2. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA RELACIÓN ENTRE LICENCIAS URBANÍSTICAS Y ONDAS HERTZIANAS

Dijimos en párrafos anteriores que las licencias urbanísticas limitaban su ámbito al ordenamiento estrictamente urbanístico y que se otorgaban sin perjuicio del derecho de propiedad y del de tercero. Pues bien, el o los terceros que aquí nos interesan son las ondas hertzianas, que van a reclamar el espacio que necesitan para su transmisión. Pero se nos preguntará ¿con qué derechos cuenta?, pues, ni más ni menos, que con una protección constitucional indiscutible.

En efecto, el artículo 139 de la Constitución Española nos dice:

«Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español».

Demostrado anteriormente que una onda hertziana por ser una energía es un bien mueble, el mueble por excelencia, es claro que nadie pueda impedir su circulación.

La protección que otorga la Constitución viene intensificada por dos de los elementos gramaticales que configuran el precepto. Llama, en primer lugar, la atención el sujeto empleado por el legislador en la oración: «Ninguna autoridad». Y digo que llama la atención porque es el único artículo de la Norma Fundamental en que tal expresión aparece. No se acude a términos tales como «el Gobierno», «los poderes públicos», «el Estado», reiteradamente citados en otros párrafos, sino que se elige uno nuevo, en exclusiva, para este artículo. El otro elemento gramatical singular lo constituye el adverbio «indirectamente», que extiende el modo de prohibición de tomar medidas que obstaculicen la libre circulación de bienes de una forma total, sin dejar resquicio alguno que pudiera abrir un portillo a posibles mermas o recortes interpretativos de la norma.

Las ondas hertzianas adquieren, de esta forma, una sólida garantía para su libre transmisión por todo el territorio nacional. No debe extrañarnos, por otro lado, la inclusión del artículo 139, que estamos comentando, dentro del Título VIII, correspondiente a la Organización Territorial del Estado, puesto que, no lo olvidemos, estamos efectuando el análisis del espacio, investigando su naturaleza jurídica y los derechos que sobre su ocupación pueden existir, y eso es lo que hace, en definitiva, el referido Título constitucional regulador de competencias basadas únicamente en las coordenadas espaciales, esto es, en la posición que se ocupe en el territorio nacional.

Con todo lo dicho hasta ahora llegamos al meollo del problema. Conocemos, al menos desde nuestra modesta opinión, los derechos inherentes al propietario de un terreno —de los que la licencia municipal opera solamente en los estrictos términos de acomodación del ejercicio del *ius edificandi* al ordenamiento urbanístico— y asimismo de los derechos de libre transmisión de ondas hertzianas. Se trata, pues, de conjugarlos, porque si el propietario de un terreno es también propietario del espacio que se proyecta sobre aquél, aunque no se haya edificado sobre el mismo, algún derecho ha de tener sobre una posible intromisión en

su propiedad de un extraño por silencioso e invisible que éste sea. Bástenos, para ello, recordar el artículo 33 del Texto Constitucional.

Ahora bien, si la licencia urbanística opera sólo en este ámbito, ¿qué efectos puede tener *ad extra* sobre todo aquello que le es ajeno?

Recuérdese que habíamos dejado pendiente el examen de una de las propiedades de la licencia urbanística: su carácter real. Esto nos lleva al análisis de los objetos sobre los que puede recaer la licencia. Repasando el ordenamiento jurídico urbanístico en busca de todos aquellos preceptos (recuérdese el carácter estructuralista del derecho y, en concreto, la teoría de los grupos normativos) que pudieran tener relación con esta cuestión nos hemos encontrado con un hecho curioso: la poca atención que se le presta a la dimensión vertical. En efecto, tanto en el artículo del Texto Refundido del Real Decreto 1346/1976 como en sus reglamentos de aplicación figuran constantes referencias a «suelo», «zonas», «áreas», «superficies», «terrenos», «polígonos» y, en general, de términos que pertenecen a un conjunto bidimensional. Las escasas referencias a la tercera dimensión se hacen casi siempre indirectamente, empleando vocablos tales como «edificaciones», «construcciones», «pasajes», «densidad de población», «intensidad de ocupación», etc..., y sólo en algún momento se habla directamente de «volumen» o de «altura» (artículos 74 del TR y 99 del Reglamento de Planeamiento).

En realidad, no tiene nada de extraño que esto ocurra porque la mayor parte de su texto lo emplea el Texto Refundido en clasificar el suelo, sin importarle, en principio, la tercera dimensión. A pesar de ello, la ley no se olvida del espacio. Ya en la exposición de motivos de la Ley 19/1975, de Reforma del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en su párrafo noveno anuncia que:

«En materia de licencias se reafirma el principio capital, antes indicado, de someter a tal control administrativo todos los actos que signifiquen una transformación material de los terrenos o el espacio».

Tenemos, pues, ya aquí definido el objeto de la licencia: «Todos los actos que signifiquen una transformación material de los terrenos o el espacio». Posteriormente, en el artículo 178, 1, del Texto Refundido y, sobre todo, en el artículo 1.º del Reglamento de Disciplina Urbanística se pormenorizan estos actos. Concretamente, a los efectos aquí interesados, es en el párrafo 12 de dicho artículo 1.º donde se contiene el precepto que andábamos buscando:

«Art. 1.º Estarán sujetos a previa licencia... los siguientes actos:

1 ... °

2 ...

.

.

.

12. El uso del vuelo sobre las edificaciones e instalaciones existentes».

Esta tipificación, denominada «uso del vuelo», como acto sujeto a licencia urbanística, se ha explicado (24) extendiendo el concepto de «uso del suelo» no sólo al terreno natural, sino al suelo artificial o construido (por ejemplo: colocación de anuncios en una terraza de un edificio). Ahora bien, ¿es posible incluir como uso de vuelo a una onda hertziana que viaje a través del espacio que circunde una edificación? Nos parece que no, puesto que la licencia sólo puede abarcar lo que atañe al concepto de «urbanismo». Y aunque este sea un concepto jurídico indeterminado, no es posible que pueda extenderse a un ámbito tan ajeno al mismo como son las ondas hertzianas. A estos efectos, conviene tener presente la advertencia de Lord MANSFIELD de que no existe nada en la ley tan erróneo como una metáfora o una analogía, idea en la que insiste EINSTEIN, para quien las analogías han sido sólo una fuente de las teorías más fructíferas, sino también de las falacias más erróneas.

Es decir, la analogía debe usarse con prudencia. Entonces ¿por qué traer a colación el citado párrafo 12 del artículo 1.º del Reglamento de Disciplina Urbanística?

En primer lugar como ejemplo clarificador de que la licencia urbanística actúa más allá del estricto espacio edificado, recayendo bajo su intervención cualesquiera elementos que puedan situarse en los alrededores de una construcción.

En este sentido podemos citar un caso típico directamente relacionado con las ondas hertzianas: la instalación de las antenas colectivas de televisión y FM. En este caso sí hay acto que encaja de lleno en el ámbito urbanístico. La propia Ley que regula esta materia (25) en su exposición de motivos dice: «Actualmente los inmuebles suelen ya presentar un anárquico y deplorable aspecto, debido al bosque de antenas

(24) Referencia nota 5, pág. 659.

(25) Ley de 23 de julio de 1966, complementada por las Ordenes de 23 de enero de 1967 y 8 de agosto de 1967, y Decreto de 2 de mayo de 1974.

de televisión que los corona», lo que sitúa la *ratio* de esta norma en la protección estética del medio urbano.

La Orden de 8 de agosto de 1967 dispone que los servicios provinciales de la Fiscalía de la Vivienda harán constar, al emitir el informe preceptivo previo a la concesión de licencias de obras municipales, si los proyectos de nueva construcción incluyen la instalación de antena colectiva de televisión y FM. Se trata, pues, de un ejemplo típico de uso de vuelo, acto incluido en la licencia urbanística.

En segundo lugar, el examen de los actos sobre los que puede recaer la licencia urbanística —y en concreto el uso de vuelo que estamos comentando— se debe a la propia definición, ya expuesta, del ámbito de la licencia: todos los actos que signifiquen una transformación material de los terrenos o el espacio.

Si recordamos lo que hemos explicado en párrafos anteriores sobre la naturaleza y forma de transmisión de las ondas hertzianas —análogas a las de la luz, que es una onda hertziana más— no es fácil deducir la enorme influencia que cualquier material, y no digamos un edificio, puede tener en dicha transmisión, que estará sujeta a reflexiones, refracciones, atenuaciones, etc..., y, en general, a toda clase de impedimentos para su libre circulación. Dijimos que el espacio para las ondas se comporta igual que un cable, con unos valores concretos de los parámetros ϵ y μ . Y estos parámetros son los que resultan modificados por la aparición de cuerpos extraños, de forma que aunque las ondas no ocupen espacio necesitan que éste no sea alterado en sus características electromagnéticas. Las edificaciones, al alterar estos parámetros, están modificando «materialmente» el espacio y, por tanto, la licencia, como elemento fundamental de intervención de todos los actos modificativos de los terrenos o el espacio, algo tendrá que decir sobre ello. Y nos parece que el «uso de vuelo» es un concepto muy apropiado para abordar, a través de él, este problema.

Podemos concluir, pues, lo siguiente:

— LAS ONDAS HERTZIANAS AFECTAN AL EJERCICIO DEL *IUS EDIFICANDI* DEL PROPIETARIO DEL TERRENO POR EL QUE CIRCULAN A TRAVÉS DEL USO DEL VUELO DEL MISMO.

Cualquiera que sea la solución jurídica que se adopte para el tándem licencias urbanísticas-ondas hertzianas, lo que no cabe duda es que ha de hacerse con arreglo a los principios de igualdad ante la ley y de menor

restricción de la libertad individual enunciadas en los artículos 2.º y 6.º, 2, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Con todo lo dicho hasta ahora estamos ya en condiciones de examinar los casos concretos que pueden presentarse en la práctica sobre litigios entre el ejercicio del *ius edificandi* y la transmisión de energía electromagnética en forma de ondas hertzianas.

4.5. CASOS CONCRETOS DE CONFLICTO DE DERECHOS ENTRE ACTOS AMPARADOS POR LICENCIAS URBANÍSTICAS Y TRANSMISIÓN DE ONDAS HERTZIANAS

Fundamentalmente pueden darse dos situaciones en la práctica, según la cronología de los sucesos:

- a) Cuando la licencia urbanística es anterior al establecimiento de un haz hertziano.
- b) Cuando la licencia urbanística es posterior al establecimiento de un haz hertziano.

En el primer caso el problema se resuelve por sí mismo, tanto por el principio jurídico *prior tempore, potior iure* como por la necesidad del proyectista del haz hertziano que debe tener en cuenta el estudio del perfil del terreno para que la transmisión sea físicamente posible. No cabría, en este caso, aducir el precepto constitucional, ya citado, de que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que impidan la libre circulación de bienes porque el supuesto de hecho es aquí distinto, pues nadie puede impedir lo que por sí mismo es imposible. La onda hertziana, en este caso, no puede apoyarse en un derecho *non nato*.

Es en el segundo caso cuando la licencia es posterior al establecimiento de un haz hertziano, donde puede producirse el conflicto. Después de todo lo dicho hasta ahora no debe resultar extraño el hecho de que nos preguntemos: ¿Puede edificarse en un espacio ocupado anteriormente por una onda hertziana?

Ni tampoco que afirmemos que, en principio, no puede hacerse, porque la licencia urbanística ha de otorgarse sin perjuicio de tercero, de un terecro, por otra parte, protegido en su derecho por la propia norma constitucional.

Ahora bien, si la licencia se otorga sin perjuicio de tercero se otorga también salvo el derecho de propiedad. Y si la propiedad no se discute, y no solamente no se discute, sino que cualquier carga o gravamen que sobre ella pese ha de hacerse con la menor restricción de la libertad

individual, y la carga o gravamen recae sobre un inmueble (26) es evidente que estamos ante una servidumbre.

No resulta fácil definir los caracteres de la servidumbre que grava un inmueble —el predio sirviente, según la terminología de nuestro Código Civil— en beneficio de otro —predio dominante—, productor de ondas hertzianas, por lo insólito de los elementos que intervienen. Pero ocurre que no nos podemos conformar con definir el paso de un haz heztziano como una servidumbre que deben soportar todos los inmuebles o terrenos o fundos —que todas estas palabras son muy queridas de los civilistas— sin ir un poco más allá, porque es bien sabido que aun conservando la misma naturaleza de *iura in re aliena*, común a todos los derechos reales de servidumbre, los modos de constitución y ejercicio y sus manifestaciones dan lugar a importantes consecuencias prácticas, muy especialmente en lo que se refiere a la prescripción tanto adquisitiva como extintiva.

Antes de entrar en el análisis de los caracteres de esta nueva servidumbre que aquí proponemos, es necesario que hagamos un examen sobre aquellas ondas hertzianas a las que puede afectar. Para ello hemos de hacer una distinción fundamental entre ondas hertzianas que se dirigen de un punto a otro para comunicarlos entre sí con algún servicio (telegrafía, telefonía, transmisión de datos, radioenlaces de radio y televisión) —lo que se denomina «comunicación punto a punto»— u ondas que se dirigen de un punto a un sector del público en general —lo que se denomina «difusión».

Por propio sentido común han de descartarse, a los efectos aquí contemplados, las ondas hertzianas propagadoras de servicios de difusión. Nadie puede ampararse en el ordenamiento jurídico para conseguir un fin distinto al que aquél se propuso, so pena de incurrir en desviación de poder —en el ámbito del Derecho administrativo— o en abuso de Derecho —en el ámbito del Derecho civil—. Quien lanza sus ondas inundando de ellas el espacio libre para penetrar en todos los rincones y hogares no puede pretender paralizar las construcciones de toda una ciudad.

Solamente, pues, hemos de centrar el problema en los servicios de telecomunicación «punto a punto», esto es, los que establecen una trans-

(26) Sobre el concepto de inmueble *vid.* tomo VII, vol. 2.º, de *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBADALEJO. JUAN ROCA JUAN, en pág. 13 de dicho tomo, dice: «El artículo 530 alude a los inmuebles como únicos objetos a los que puede referirse la construcción de servidumbres, pero emplea la palabra 'inmuebles' para designar aquí una noción muy concreta: el fundo o predio, entendiendo por tales el terreno o las construcciones, perdiendo el sentido general y amplio del artículo 334».

misión de energía electromagnética en forma de onda hertziana entre un emisor y un receptor situados a una distancia determinada. Y para esta aplicación no se utilizan todas las ondas del espectro, sino sólo aquellas aptas para poder llevar la energía de un punto a otro con la menor pérdida posible, es decir, sin que dicha energía se pierda por el camino, y, por tanto, no sea recibida en su totalidad por el receptor. Dijimos que una onda hertziana se caracterizaba por su frecuencia y energía. Estos dos parámetros son fundamentales para calcular el espacio que ha de «ocupar» (entrecorramos este término porque ya vimos que las ondas no ocupan sitio, sino que necesitan que las características ϵ y μ del espacio libre no se modifiquen en su entorno) un haz hertziano dirigido de un sitio a otro. En primer lugar hay que elegir una antena adecuada, que sea muy «directiva», es decir, que tenga capacidad para dirigir la energía en una sola dirección, concretamente en aquella donde se encuentre el receptor. La directividad de las antenas aumenta con el valor de la frecuencia de la onda hertziana, de forma que el establecimiento de un radio-enlace entre los puntos sólo es posible hacerlo empleando frecuencias de determinados valores.

Las frecuencias altas de la banda de UHF, y sobre todo las bandas superiores a éstas, denominada comúnmente «microondas», son las más usadas para las comunicaciones punto a punto. A medida que ha ido avanzando la tecnología se ha conseguido utilizar bandas de frecuencias cada vez mayores, hasta llegar a las ondas próximas a la luz, como son los infrarrojos y rayos láser.

Respecto al espacio que necesita la onda para ser transportada sin merma alguna de energía hemos de acudir de nuevo a la Física para encontrar la respuesta a este problema. Cuando se establece una transmisión de energía electromagnética entre dos puntos, el receptor recibirá no sólo el rayo directo, sino también todos los reflejados. Siempre que los recorridos de los rayos directos y los reflejados se diferencien en un número impar de semilongitudes de onda de la frecuencia empleada las energías transportadas por dichos rayos se restarán y, por el contrario, si la diferencia de recorridos es un número par de semilongitudes de onda las energías se sumarán. Ello da lugar a una serie de zonas donde las energías se suman y otras donde se restan, zonas denominadas de Fresnel, en honor a su descubridor. Es la primera zona de Fresnel la que emite mayor energía, pues las restantes irán sumando o restando energías cada vez más pequeñas, de forma que si se lograra un perfil en el que estuviera presente sola la primera zona de Fresnel el resultado sería óptimo (27).

(27) Sobre esta idea un ingeniero español ha diseñado los «aros de Fresnel» para mejorar la calidad de un radioenlace.

La servidumbre de «onda hertziana» ha de establecerse, pues, sobre el espacio entre emisor y receptor correspondiente a la primera zona de Fresnel. Es decir, la servidumbre grava todos los inmuebles por los que pase la primera zona de Fresnel de una onda hertziana entre dos puntos fijos, de forma que, trazando una línea recta entre ambos, ésta sería el eje sobre el que, en cada punto, se calcularía un círculo perpendicular al mismo cuyo radio debe coincidir con la primera zona de Fresnel.

De esta forma sabríamos todos los edificios afectados por la servidumbre, es decir, los predios sirvientes.

Pero ¿a favor de quién se constituye la servidumbre? ¿Cuáles son el o los predios dominantes? La respuesta no es fácil, aunque aparentemente podría zanjarse la cuestión definiendo como tales a los inmuebles donde se instalen el emisor y el receptor. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia no tienen un criterio único y definitivo sobre la cuestión, naturalmente no referido a nuestro problema, todavía inédito en nuestro Derecho, aunque existan antecedentes de casos particulares que en seguida expondremos, sino a casos de servidumbres de instalación de hilos de conducción de energía eléctrica y telefónicos.

El Profesor JUAN ROCA (28) recoge esta diversidad doctrinal en los siguientes términos:

«Hay quien opina que la servidumbre forzosa de instalación de hilos de conducción eléctrica y telefónicos es servidumbre personal; y quien opina, por contra, que difícilmente podrá hablarse en estos casos de servidumbres personales, puesto que la carga se impone normalmente en beneficio de un inmueble, en el cual ha de emplearse el fluido o instalarse el aparato telefónico, siendo en tal caso esos gravámenes verdaderas servidumbres prediales.

»Hay que advertir, ante estas opiniones, que fue criterio del Tribunal Supremo —reconocido por el autor de la opinión negativa— el calificar de servidumbre personal la colocación en un edificio de unos soportes o postes para el sostenimiento de cables destinados al alumbrado eléctrico, criterio seguido y ratificado en alguna ocasión por las Audiencias Territoriales, expresando claramente que las servidumbres de paso de energía eléctrica, cualquiera que sea la causa o interés a que sirva su establecimiento e imposición sobre los fundos, son por esencia una servidumbre personal, no predial, utilizando argumentos aceptables: Que se

(28) Misma referencia que nota 26, pág. 31.

establecen en consideración a determinadas personas, individualmente o en colectividad social, que satisfacen una necesidad pública o de interés público, y que son inalienables al no poderse transmitir a persona distinta de aquellas a cuyo favor se estableció».

En realidad lo que se discute es si la servidumbre en cuestión pertenece a las del artículo 530 del Código Civil o, por el contrario, a los del 551, y a partir de ahí poder definir los restantes caracteres de la servidumbre: si es continua o discontinua, aparente o no aparente, etc...

En nuestro caso concreto no puede evitarse el casuismo, lo que, en sí mismo, no sólo no deja de ser una manifestación de la inseguridad jurídica que puede traer consigo, sino más bien de un estricto sentido de la justicia.

No olvidemos que la casuística era uno de los caracteres más destacados del Derecho romano. Aquí ocurre lo mismo. En general no puede descartarse el carácter predial de la servidumbre que comentamos, pues por su propia naturaleza se trata de un espacio, de un paso, desde un punto emisor a otro receptor. Son estas «cosas», en su sentido más jurídico, las que determinan la servidumbre. Pero no podemos olvidar que el fin —la causa final, a menudo tan olvidada, implícita en el artículo 3.º del Código Civil, disfrazada de criterio interpretativo, y explícita en el artículo 1.261 como requisito *sine qua non* de los contratos— puede estar dirigido a establecer un servicio de telecomunicación de interés social, con lo que el carácter personal entra también en juego. Debemos, además, tener en cuenta que ese «interés social», concepto jurídico indeterminado, queda aquí elevado a la categoría de Derecho fundamental, según el artículo 20, 1, *d*), de la Constitución, cuando se trata de «comunicar o recibir» información veraz por cualquier medio de difusión. Sin perjuicio del casuismo, nos inclinamos, por tanto, a conceptualizar la servidumbre «de ondas hertzianas» de naturaleza mixta, por participar, a la vez, de los caracteres de las prediales y personales.

Por otro lado, no cabe duda que, en general, esta servidumbre será legal, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 536 del Código Civil, pues hemos partido de una posición para el predio dominante basada en el artículo 139, 2, de la Constitución Española.

Otra cosa es que dicho precepto necesite un posterior desarrollo legislativo.

Tampoco puede dudarse en cuanto al carácter de «continua» y «negativa» de aquélla, y, sin embargo, caben toda serie de conjeturas sobre si es o no «aparente»; distinción ésta de indudable valor práctico,

a tenor del artículo 593, que sólo permite la prescripción adquisitiva para las «aparentes».

Aun con el peligro ya anunciado que supone el empleo de la analogía, si a alguna se parece la servidumbre de ondas hertzianas es a la de acueducto, pues, al fin y al cabo, ambas se establecen para permitir el paso de un elemento, la energía electromagnética en un caso y el agua en otro. Es decir, que es posible —si la doctrina estudia con detenimiento esta nueva servidumbre que ahora exponemos— que, en el caso de las ondas hertzianas, pueda enunciarse el mismo principio que para la servidumbre de acueducto proclama el artículo 561 del Código Civil:

«Para los efectos legales la servidumbre de acueducto será considerada como continua y aparente...»

He vivido muy de cerca algunos problemas relacionados con el tema debatido en esta charla. En un caso, una masa arbórea obstaculizaba un radioenlace instalado entre Santiago de Compostela y Vigo para interconectar los centros de emisión de RTVE de ambas ciudades.

La masa arbórea, una vez localizada, fue talada, sin resistencia por parte de su propietario.

El otro caso fue mucho más grave. Uno de los edificios del complejo AZCA de Madrid comenzó a interceptar el radioenlace establecido varios años antes entre Prado del Rey y Paseo de la Habana, ambos pertenecientes a RTVE. Pues bien, calculada la zona de Fresnel, a la vista del proyecto del nuevo edificio, se llegó a la conclusión que, una vez acabado éste, interceptaría el citado radioenlace, con las que todas las emisiones de RTVE quedarían interrumpidas.

Ante la gravedad del problema, se solicitó un informe a la Asesoría Jurídica de RTVE, quien defendió el derecho a la permanencia del radioenlace y, por tanto, a la consiguiente paralización de las obras del inmueble, basándose en la prescripción adquisitiva, a tenor del artículo 1.941 del Código Civil, por haber tenido la posesión del espacio libre pública, pacífica e ininterrumpidamente. La propiedad del edificio aceptó la tesis y se dispuso a negociar la posible indemnización por el daño causado. Afortunadamente la instalación de Torrespaña resolvió el problema sin mayores consecuencias. Estos ejemplos, como otros muchos casos que pueden plantearse, demuestran que el asunto no es baladí, que el artículo 139, 2, de la Constitución Española está pidiendo a voces un adecuado desarrollo legislativo.

· Como conclusión podemos decir que:

- UN SERVICIO DE TELECOMUNICACION PUNTO A PUNTO ESTABLECIDO MEDIANTE ONDA HERTZIANA EN UN ESPACIO DETERMINADO CON ANTERIORIDAD A CUALQUIER LICENCIA URBANISTICA, OPERANDO SOBRE DICHO ESPACIO ESTABLECE SERVIDUMBRE SOBRE EL USO DE VUELO DE LOS TERRENOS POR LOS QUE ATRAVIE-SA, DE NATURALEZA MIXTA (PREDIAL Y PERSONAL), CONTINUA, NEGATIVA, Y QUE PUEDE CALIFICARSE DE APARENTE A EFECTOS LEGALES.

4.4. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE SERVIDUMBRES DE ONDAS HERTZIANAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

La más importante —a los efectos aquí considerados— es indudablemente la Ley 3/1976, de 11 de marzo (*BOE*, 13-III-1976), sobre expropiación forzosa e imposición de servidumbres de paso de líneas, cables y haces hertzianos para los servicios de telecomunicación y radiodifusión de sonidos e imágenes del Estado.

Al margen de ciertos aspectos de la Ley que podían criticarse fundamentalmente, lo único que nos interesa destacar como antecedente legislativo es el encuadre que de su contenido puede hacerse con todo lo que hemos dicho.

Como resumen citaremos su artículo 3.º, 1, *ab initio*:

«Las servidumbres de paso de las líneas y cables aéreos y haces hertzianos comprenderá, además del vuelo sobre el predio sirviente, ...»

Se enuncia, en concordancia con lo aquí expuesto, una servidumbre que comprende el uso del vuelo, para conjugar la necesidad de los modernos sistemas empleados en telecomunicación y radiodifusión de sonidos e imágenes —se amplía el concepto que nosotros hemos restringido a telecomunicación punto a punto— con los derechos de los propietarios del suelo. Todo ello expresado en la exposición de motivos de la Ley.

Merece especial atención, por su aplicación práctica al caso de las ondas hertzianas, el artículo 5.º de la Ley, que permite al dueño del predio sirviente solicitar un cambio de trazado del enlace hertziano realizado a su costa, lo que demuestra el respeto al artículo 545 del Código Civil, que ya había abierto la puerta a esta posibilidad para cualquier tipo de servidumbre.

Otra servidumbre radioeléctrica, nacida como uno de los aspectós

complementarios de las llamadas servidumbres aéreas —relacionadas con las limitaciones de dominio a que están sometidos los propietarios de las fincas colindantes con aeropuertos—, es la regulada por el Decreto de 21 de diciembre de 1956, disposición que se dictó en cumplimiento de la Ley de 17 de julio de 1945. Esta servidumbre, ampliamente estudiada, como todas las públicas, por J. ARROYO GARCÍA (29), llega a límites verdaderamente notables al prohibir toda clase de edificación, tendido de líneas aéreas, construcción de líneas de ferrocarril, tranvías, trolebuses, etcétera, sin previa autorización del Ministerio del Aire.

Por último, volvemos a recordar la servidumbre de antenas colectivas de TV y FM, de las que ya hemos hecho referencia.

4.5. ASPECTOS REGISTRALES DE LAS ONDAS HERTZIANAS

Cuando hablamos de ondas hertzianas nos referimos, en este momento, a las que aquí estamos considerando como posible origen de una servidumbre sobre un determinado espacio.

Y puesto que los límites espaciales de esta servidumbre vienen fijados exclusivamente por las características de la onda hertziana transmitida y las coordenadas de los puntos de emisión y recepción, es obligado el conocimiento público de estos datos, y no sólo por esta razón, sino también por la necesaria planificación de los servicios de telecomunicación, que han de distribuirse las frecuencias de trabajo para no interferirse mutuamente.

Es el Reglamento de la UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones) el que regula la distribución y empleo de frecuencias para las distintas aplicaciones de la telecomunicación; reglamento que, por estar ratificado por España, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. En el seno de la UIT existe la Junta Internacional de Registro de Frecuencias (IFRB), oficina que se ocupa de mantener al día registradas las frecuencias de todos los servicios de telecomunicación.

En realidad lo que se registra es no sólo la frecuencia utilizada, sino también las coordenadas y altitud del punto emisor, la potencia transmitida y las direcciones de los haces de radiación de las antenas, es decir, todos aquellos datos que permiten calcular desde y hacia dónde se dirigen las ondas hertzianas y la energía y frecuencia que se transmiten.

Pero esta publicidad registral de las ondas hertzianas ¿es suficiente para que despliegue efectos *erga omnes*?

(29) JUAN ARROYO GARCÍA: *Las limitaciones y servidumbres públicas en el Derecho Administrativo español*, Ed. Aranzadi, 1982, págs. 53 y 54.

A lo largo de este trabajo no hemos entrado en el análisis de determinados problemas de Derecho civil muy debatidos en la doctrina científica y legal, pero que sobrepasan ampliamente los límites y finalidad de este curso. Así, por ejemplo, hemos dado por sentado la viabilidad de crear un nuevo derecho real de servidumbre —lo que implica nuestra aceptación de las tesis de *numerus apertus* para este tipo de derechos—, hemos establecido posteriormente las características de esta servidumbre, en un apretadísimo resumen de su naturaleza, hemos debido interpretar rapidísimamente dos preceptos constitucionales de enorme transcendencia jurídica, etcétera, etc., y ahora, una vez más, tenemos que exponer muy brevemente nuestro punto de vista para responder a la pregunta planteada. Es la carga del tiempo que debemos soportar, al menos mientras no seamos capaces de viajar a la velocidad de las ondas hertzianas, pues en tal caso no «envejeceríamos».

Puesto que en el Registro de la Propiedad han de inscribirse los derechos reales sobre los bienes inmuebles, sin distinción de la persona individual o colectiva a que pertenezcan (art. 4.º RH), parece, en principio, que la servidumbre de ondas hertzianas debería figurar en aquél, aunque, por otro lado, el artículo 5.º, 3, del Reglamento Hipotecario excluye del Registro las servidumbres impuestas por ley que tengan por objeto la utilidad pública o comunal.

Sin entrar en una ya tradicional polémica sobre el objeto del Registro de la Propiedad —si lo que se inscribe son títulos o derechos, según se adopte una postura romanista o germanista—, lo que está claro es que el simple registro de carácter administrativo o técnico-administrativo de la IFRB no puede ser suficiente.

Por otro lado, el registro de la IFRB necesita, para ser interpretado, la intervención de un profesional especializado en la materia. Deducir la zona de Fresnel, a partir de los datos contenidos en él, no es tarea abordable para un propietario de un inmueble. Por tanto, tampoco resolvería el problema un traslado «sin más» al Registro de la Propiedad de estos datos técnicos, situación que, por otra parte, la Ley Hipotecaria prevé en su artículo 29:

«La fe pública del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial».

La solución puede venir dada por la vía de la licencia urbanística. ¿No es la licencia un acto de intervención municipal que tiene por misión escudriñar el ordenamiento urbanístico para visar el acto que pretende realizarse? ¿Por qué no ampliar su ámbito un poco más, introdu-

ciendo en él a este naciente y prolífico derecho de vuelo que reclaman las ondas hertzianas para su transmisión?

Es decir, si el desarrollo legislativo del artículo 139, 2, de la Constitución consiente en otorgar a la licencia municipal este nuevo cometido no habría que modificar la normativa registral. Y si estamos necesitados de algo en el mundo actual, el ahorro habría que ponerlo en primer lugar, sobre todo lo normativo. Lo contrario no conduce nada más que a una enorme inseguridad jurídica y confusión general. ¡Qué lejos de la profusión legislativa estuvieron los romanos, que crearon el Derecho sólo con unas pocas pero sabias *regula iuris!* (*).

Enunciamos, pues, como conclusión:

- LA EFICACIA *ERGA OMNES* DEL DERECHO DE VUELO DE LAS ONDAS HERTZIANAS SOBRE LOS INMUEBLES PUEDE OBTENERSE MEDIANTE LA LICENCIA URBANÍSTICA, OTORGANDO A ESTA LA FACULTAD DE VERIFICAR LOS CORRESPONDIENTES REGISTROS TÉCNICO-ADMINISTRATIVOS DE FRECUENCIAS RADIOELECTRICAS.

5. UNA REFLEXION FINAL

El mundo que nos rodea está repleto de ondas hertzianas, ondas que viajan por el espacio transportando energía electromagnética. Unas veces estas ondas son originadas por el hombre, quien, con su gran capacidad creadora, ha ido obteniendo de la naturaleza los medios necesarios para lograr los espectaculares avances científicos hoy día alcanzados. Otras son producto directo de la creación divina, porque ondas hertzianas son las radiaciones de algunos cuerpos —los rayos X, y γ de elementos radiactivos—, las manifestaciones del magnetismo terrestre, las corrientes bioeléctricas y biomagnéticas, los rayos laser, etcétera, etc., pero, sobre todas ellas, como paradigma del nacimiento de nuestro mundo: la luz.

¿No es verdaderamente sorprendente que la primera manifestación de la creación divina sea una onda hertziana, una energía electromagnética?

¡Hágase la luz! He aquí el primer mandato de Dios, Luz de Luz, enunciado en el Génesis. Por muy diversas que sean las tendencias hermenéuticas nadie podrá borrar la primacía cronológica de este misterioso

(*) Recuérdese el viejo aforismo de *plura leges, mala respublica*.

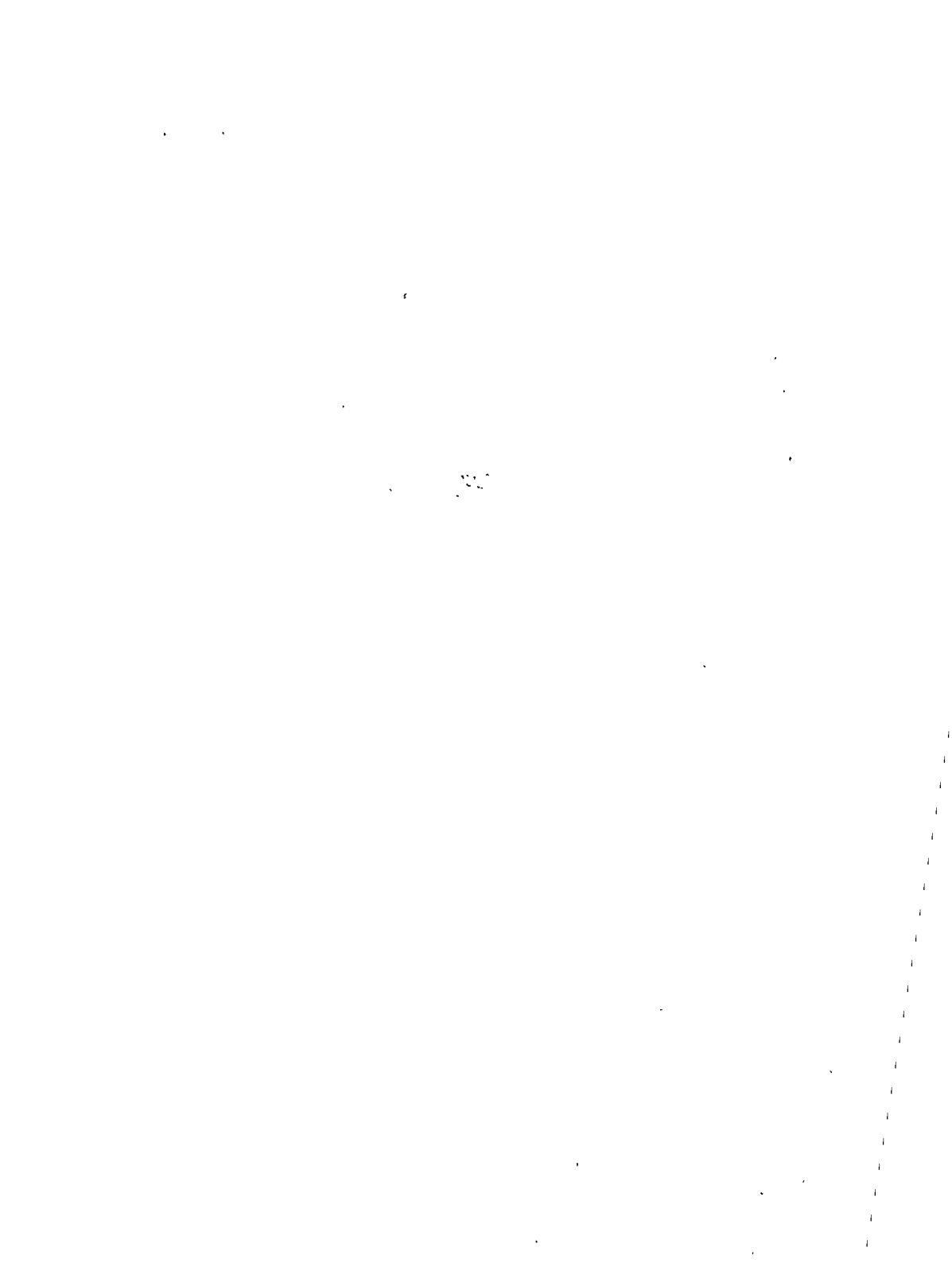
hecho creativo. La luz —la onda hertziana por excelencia— es lo primero que aparece en el Universo, antes que el sol y las estrellas.

Por ello nunca me he extrañado, por sorprendente que parezca, la *Teoría de la Relatividad*, de A. EINSTEIN, donde la luz actúa como invariante en cualquier sistema que se elija, ni las más recientes teorías para explicar el origen del Universo (30), que interpretan la forma anular de los gases galácticos por la acción primordial de los campos magnéticos que actúan como contenedores de un producto con tendencia natural a expandirse.

A esta primigenia manifestación de la voluntad divina bien merece que le hayamos dedicado algún tiempo aquí hoy y que la ciencia jurídica acierte a darle el tratamiento que mejor contribuya a lograr la justicia, entendida ésta en su sentido más profundo: el de dar a cada uno lo suyo.

LUCIO LIAÑO BASCUÑANA
Abogado y Dr. Ingeniero
de Telecomunicación
Doctor en Derecho

(30) Periódico *ABC*, 8 de diciembre de 1984. Reseña de la Universidad de Granada sobre «Nueva teoría para la comprensión del origen del Universo», emitida por los profesores EDUARDO BATTAMER LÓPEZ y M.^a LUISA SÁNCHEZ SAAVEDRA.



•

DICTAMENES Y NOTAS



El Acta Unica Europea

La reunión de Jefes de Estado y de Gobierno, que se celebró en Luxemburgo en diciembre de 1985, concluyó con la redacción de un texto, denominado *Acta Unica Europea*, firmado por el Gobierno español el 17 de febrero de 1986 y que ha sido ratificado por las Cortes Españolas por Ley Orgánica número 4, de 26 de noviembre de 1986 (*BOE* número 288, de 2 de diciembre, pág. 39725), en vigor a partir del 3 de diciembre de este año.

El *Acta Unica* modifica una serie de artículos de los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea (Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Comunidad Económica Europea, Comunidad Económica de la Energía Atómica), al tiempo que se incorporan una serie de preceptos en tema, principalmente, de unión económica y monetaria, política social, investigación y desarrollo tecnológicos y medio ambiente.

Sistemáticamente, el *Acta Unica* está dividida en un Preámbulo y cuatro Títulos.

El Preámbulo expresa una especie de exposición de motivos al tiempo que una declaración de intenciones o fines por lograrse, respecto de las materias que ocupan los Títulos.

El *Título I*, sobre *Disposiciones Comunes* (arts. 1-3), ratifica los Tratados, Declaraciones y procedimientos, en general, en que se fundamentan las Comunidades Europeas, como expresión del punto de partida del *Acta Unica*.

El *Título II*, sobre *Disposiciones por las que se modifican los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas* (arts. 4-29), por su amplitud y ser sede del *Acta Unica*, está dividido en cuatro Capítulos, a saber:

Capítulo I (arts. 4-5), modifica el Tratado constitutivo de la CECA.

Capítulo II (arts. 6-25), está subdividido en dos Secciones. La *Sección I* (arts. 6-12), sobre *Disposiciones institucionales*, modifica algunos artículos del Tratado de la CEE (en concreto, los artículos 7, 49, 52, apartado 2; 56, apartado 2; 57; se sustituye el artículo 149 en su redacción, así como los artículos 237, párrafo primero; 238, párrafo segundo; se añade un párrafo al artículo 145 y otro al artículo 188, y se añade un artículo, el 168-A). La *Sección II* (arts. 13-25), sobre *Disposiciones relativas a los fundamentos y a la política de la Comunidad*, se divide en seis Subsecciones: *I*, sobre *El mercado interior* (arts. 13-19), que añade los artículos 8A, 8B, 8C, modifica los artículos 28; 57, apartado 2; 59, párrafo segundo; 70, apartado 1; 84, apartado 2; sustituye el artículo 99 y añade los artículos 100A y 100B. *II*, sobre *Capacidad monetaria* (artículo 20), que añade un artículo 102A. *III* (arts. 21-22), sobre *Política social*, que incorpora los artículos 118A y 118B. *IV* (art. 23), sobre *Cohesión económica y social*, añade un Título V, comprensivo de los nuevos artículos 130A, 130B, 130C, 130D y 130E. *V* (art. 24), sobre *Investigación y desarrollo tecnológico*, incorpora un Título VI, contenido de los nuevos artículos 130F a 130Q. *VI*, sobre *Medio Ambiente*, añade un Título VI, en los nuevos artículos 130R a 130T.

Capítulo III (arts. 26-27), sobre *Disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la CE de EA*, que incorpora un nuevo artículo 140A y modifica el artículo 160 con un nuevo párrafo.

Capítulo IV (arts. 28-29), sobre *Disposiciones Generales*, que deja a salvo la adhesión de España y Portugal y modifica el artículo 4, apartado 2, de la Decisión 85/257/CEE.

El *Título III*, sobre *Disposiciones sobre la Cooperación Europea en materia de política exterior* (art. 30), fija las normas de cooperación política externa mediante la estrecha asociación entre los países comunitarios y el Parlamento Europeo.

El *Título IV*, sobre *Disposiciones Generales y fines* (arts. 31-34), determina las condiciones de eficacia del *Acta Unica*.

* * *

¿Cuáles son las razones que motivan el *Acta Unica Europea*? Es de todos conocido, que la creación de las Comunidades Europeas respondió a la calculada intención de ampliar los mercados, para que éstos pudieran adecuarse a la capacidad productiva, ofreciendo mayor posibilidad de consumo; finalidad que se concibió bajo dos perspectivas: *a*) como una superación del Estado nacional al mínimo suficiente compatible con la

unión aduanera (la «Europa de las Patrias»); b) como el comienzo o base para una unión supranacional con fines últimos federativos.

Estas concepciones, ciertamente antagónicas, han debatido y limitado el desarrollo de las Comunidades Europeas, determinando las diversas crisis por las que éstas han transcurrido. Los Estados miembros, como sujetos principales de la actividad comunitaria, han solido ser renuentes a sacrificar «los intereses nacionales» más allá de lo estrictamente imprescindible, con los graves problemas que tal postura comporta. El hecho determinante de adoptarse las decisiones comunitarias por unanimidad ha puesto siempre en manos de cada Estado la continuidad de las Comunidades, y el hecho, cierto, de que nunca, por regla general, se haya abusado irresponsablemente de tal facultad, no ha impedido usar de la misma como instrumento de presión (Francia, con su agricultura subvencionada; Inglaterra con su aportación presupuestaria, etc.). Aparte quedan las consecuencias inherentes a una «unión desunida» en situaciones de crisis, como quedó demostrado con la energética de la década de los setenta.

Ya con motivo de la «Cumbre» de La Haya, se puso de manifiesto que los Tratados de las Comunidades, o se profundizaban, o se agotaban. Se tomó conciencia de que la Unión Aduanera requería una unión económica y monetaria (proyecto del *Comité Werner*, de 15 de octubre de 1970), que, si bien fracasó en el calendario acordado, permitió la profundización comunitaria mediante el método de *políticas sectoriales*. Al tiempo, la «Cumbre» de París (octubre 1972) daba un impulso político al afianzar una serie de políticas comunes nuevas o hasta entonces adormecidas. La Decisión de París, de diciembre de 1974, impulsando las reuniones del *Consejo Europeo* para tratar temas comunitarios, fue expresión de una serie de eslabones expresivos de un deseo formal de trascender la «unión de comerciantes», que plasmó en el *Proyecto de Unión Europea (Declaración de Stuttgart)*, de 19 de junio de 1983), que, si bien no se ha realizado, ha permitido la aprobación del *Acta Unica Europea*. El freno, pues, de los Estados miembros, se manifiesta intenso; pero no tanto como para haber impedido un progreso sensible. El simple hecho de que, a partir de su entrada en vigor, una serie de acuerdos sobre determinadas materias ampliadas puedan tomarse por mayoría cualificada en vez de por unanimidad, expresa la decisión *política* de ir hacia la unión, aunque se haga el camino *lo más lentamente que se pueda*; pero se está en marcha. Porque lo que estaba en juego, y sigue estándolo, es la suficiencia, autonomía e independencia *relativas* de Europa occidental frente a la competencia económica y hegemonía política, de USA-Japón, de un lado, y USA-URSS, del otro. Además, la verdadera inte-

gración de las naciones que forman las Comunidades, más allá de la simple gestión de intereses económicos, aunque sirvan éstos, fría y calculadamente, como basamento irreductible de aquélla.

* * *

El Preámbulo del *Acta Unica Europea*, decía antes, cumple la función de exposición de motivos y de declaración de intenciones.

Como Exposición de Motivos, justifica el *Acta Unica* como desarrollo o continuidad de la original intención de convertir las relaciones entre Estados en una Unión Europea; pero «basándola, por una parte, en unas Comunidades que funcionan con arreglo a *normas propias* y, por otra, en la Cooperación Europea entre los Estados... y a dotar a dicha Unión de los medios de acción necesarios» (énfasis añadido). Esto es se sigue la táctica, conscientemente, de «dos pasos adelante, uno atrás». Es decir, no se sigue la directriz del Proyecto de Unión Europea alentado por SPINELLI por posible —no siempre lo bueno es lo mejor—, pero se da un paso: tomando como base la realidad, difícil, de las Comunidades existentes, se avanza hacia la ya denominada, impropriamente, *Europa Política*, y se hace así por convencimiento «de que la idea europea, los resultados logrados en los ámbitos de la integración económica y de la cooperación política... responde a los deseos de los pueblos democráticos europeos...». En otras palabras, el *Acta Unica* no parece pretender innovar, sino ser expresión del natural devenir de las situaciones previas (?).

Como declaración de intenciones, resalta el deseo de fijar la fecha de 1992 para lograr un mercado común único, que autorice, dentro de una postura uniforme actuando con cohesión y solidaridad, proteger la independencia y los intereses comunes; siempre, sin perder de vista la mejora de las condiciones de vida, económicas y sociales. Y para ello, nada mejor que proceder al refuerzo de las instituciones, aunque dentro de unos términos de general prudencia: ampliación —insuficiente, pero se da— de las materias que han de decidirse por mayoría y no por unanimidad; incrementar la capacidad de decisión de los órganos comunitarios, con reducción correspondiente del poder de los Estados —reducción aún escasa, pero mayor que antes—; tímido aumento del papel que debe jugar el Parlamento Europeo y, en fin, ajustar un principio de cohesión y coherencia en la dirección económica para ir reduciendo las diferencias entre las diversas regiones, único modo de que el crecimiento pueda significar desarrollo.

* * *

El *Título I*, en sus artículos 1-3, se limita a proclamar y ratificar los Tratados que sientan las Comunidades Europeas, pero con intención de «llegar» *de manera concreta* a la Unión Europea (art. 1). Por ello, los órganos comunitarios —con denominación original o modificada— mantienen sus funciones, con sujeción a las modificaciones incluidas en la propia *Acta* (art. 3), fundamentalmente en su destacado *Título II*.

La novedad, importante, consiste en la institucionalización del *Consejo Europeo* de los Jefes de Estado y de Gobierno y Presidente de la Comisión de las Comunidades. Como es sabido, el *Consejo Europeo* venía siendo una práctica surgida de la Cumbre de París, de 1974, que reunía un par de veces en el año a sus integrantes, periodicidad que también se institucionaliza (art. 2).

El *Título II* es cuerpo y esencia del *Acta Unica*, al ser contenido de las disposiciones modificadoras de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Conviene, no obstante, advertir, que las modificaciones son enormes, pudiendo circunscribirlas a los siguientes aspectos:

A) En el *ámbito institucional*, se autoriza, a instancias del Tribunal de Justicia, la creación de una Sala de primera instancia, con competencia para conocer de recursos interpuestos por personas físicas y jurídicas; sin perjuicio de la competencia, exclusiva y excluyente del Tribunal de Justicia en los asuntos promovidos por los Estados, Instituciones comunitarias y cuestiones prejudiciales (arts. 4, 11 y 26, *Acta Unica*, complementando los Tratados CECA, CEE y CEEA).

La razón de ser de la innovación es obvia. No sólo son ya numerosos los casos que llegan al Tribunal de Justicia, sino que, como quiera que el *Acta Unica* refuerza la pretensión de conseguir, como realidades, las libertades comunitarias —circulación de mercancías, personas, servicios y capitales—, puede preverse en lo inmediato una relativa avalancha de actuaciones, por virtud de la legitimación procesal activa reconocida a personas físicas y jurídicas; y no debe olvidarse, que buena parte de la realización del mercado único queda en manos de la institución judicial comunitaria, que responde, bastante más y mejor que los Estados miembros, al interés supranacional definido en los Tratados.

B) En ese mismo ámbito, pero con carácter trascendente, se fija el criterio de asumir los acuerdos del Consejo por mayoría cualificada, en cooperación con el Parlamento Europeo (anterior Asamblea), fijándose el procedimiento de cooperación con dicho Poder legislativo.

La asunción de decisiones por mayoría presenta una mayor flexibilidad en el robustecimiento del mercado único, evitando que el voto

de un país, por negativo, pueda frenar acuerdos plenamente mayoritarios. Aunque tampoco hay que hacerse ilusiones: lo normal será que los Estados lleguen a acuerdos unánimes y que sólo como instrumento de presión se recurra a la posibilidad de acuerdos mayoritarios. No obstante, ahí está la norma.

La cooperación con el Parlamento es un principio de actuación formal, un reconocimiento en dicho plano de la importancia aparente del Parlamento —ya que no real y efectiva por el momento—; porque la competencia reconocida al mismo sigue siendo realmente escasa. Se le reconoce potestad para someter enmiendas a los acuerdos mayoritarios del Consejo, cuya trascendencia reside en obligar al mismo a tomar decisiones unánimes si no se da coincidencia de criterios entre Consejo y Parlamento (arts. 4 al 12, etc., *Acta*) (1).

C) Con relación a los *finés y objetivos del mercado único*, se fija la fecha de 31 de diciembre de 1992 como término para su total establecimiento, con plenas libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (art. 13, *Acta*), a cuyo efecto se previenen condiciones para asegurar una integración equilibrada (art. 15, *Acta*), concediéndose al Consejo competencia en determinados aspectos fiscales (mediante la aprobación de Directrices armonizadoras en cuanto a impuestos indirectos determinados y gravámenes sobre volumen de negocios). Sin duda alguna, es la consecución plena de aquellas libertades la espina dorsal del *Acta Única*, para cuya consecución se producen las modificaciones institucionales y de otro orden; libertades que abarcan una variada gama de esferas y actividades (desde la titulación de las profesiones hasta la armonización de productos agrícolas e industriales en su homologación), que, para apreciar su trascendencia, supone un movimiento superior a los tres centenares de Directrices (2).

Y no sólo tal actividad legisferante, sino una estructura económica armónica, que explica la inclusión del nuevo Título V, sobre cohesión económica y social, así como los también nuevos Títulos VI (investigación y desarrollo tecnológico) y VII (medio ambiente), del Tratado CEE. En efecto, a partir de 1978, la creación del mercado único sufrió un serio frenazo, multiplicándose las barreras no tarifarias y reduciéndose las aún no logradas libertad de establecimiento y libertad de servicios,

(1) Asimismo, se atribuye al Parlamento dictaminar, por mayoría absoluta, el ingreso de nuevos Estados miembros en las Comunidades (art. 8, *Acta única*, dando nueva redacción al art. 237 del Tratado CEE).

(2) Comisión Europea, *Libro Blanco* sobre culminación del mercado interior, 1985.

todo lo cual estaba previsto para conseguirse durante la etapa de transición. El año 1992 se toma como fecha para su realización, período breve —al menos, en contraste con estos nueve años perdidos—, que exigen, por consecuencia, atender a los desequilibrios regionales, con el fin de que aquel mercado único no provoque nuevas *Appalachias*. Porque no debe olvidarse que pretensión de las Comunidades, al menos en tema de principios, es obtener un mercado único que provoque y refleje la correspondiente mejora en el nivel y condiciones de vida (trabajo, higiene, seguridad, ambiente, etc.; art. 23, *Acta*), a cuya conclusión deben orientarse no solamente los fondos cooperativos de los Estados (arts. 20 y 21, *Acta*), e incluso facilitar la organización del capital y del trabajo a escala europea, con pretensión, pues, de sindicatos y organizaciones empresariales de igual tono (art. 22, *Acta*).

Con el fin aparente de que el impulso al desarrollo económico no se convierta en simple crecimiento, junto a la política de coordinación entre los Estados y fomento por las Comunidades, éstas y aquéllos se reparten una serie de competencias en tema del nuevo Título VII del Tratado CEE, esto es medio ambiente, con una política basada en la acción preventiva, corrección en origen de los ataques al medio y responsabilidad económica de los causantes del daño (art. 25, *Acta*), aspecto este último de especial relieve para España, por ser uno de los mayores contaminantes comunitarios, al menos en sus vertidos mediterráneos.

Por todo ello, se explica la asunción por parte de las Comunidades de labores de investigación y desarrollo tecnológico (art. 24, *Acta*), dirigiendo, subvencionando, alentando y facilitando la investigación de base y la aplicada; importantísima innovación del nuevo Título VI, Tratado CEE, dirigida, sí, al logro de un equilibrio y desarrollo económicos, pero también a la creación de un ambiente y ámbito científicos que permitan a las Comunidades competitividad internacional, reduciendo el neocoloniaje norteamericano y enfrentando el impulso japonés (que es, también, capital norteamericano en buena medida). Detrás de todo lo cual se esconde el fin político correspondiente: desprenderse de la hegemonía bipolar USA-URSS.

El *Título III* formula el deseo comunitario de unificar su política exterior, aunque la instrumentación queda limitada a la previsión de un régimen de consultas en la acción política de los Estados y la fijación de futuro de principios y objetivos comunes, todo ello en un proyecto de intenciones de cinco años de duración, inicialmente.

Se ofrece aquí un programa, al que hay que atribuir una muy dilatada realización en el tiempo; declaración de intenciones sin mayor trascendencia, pues la actuación unitaria *ad extra* sólo será dable mediante una

robusta unidad *ad intra*, que, como el *Acta Unica* implica, está aún por hacerse. Pero, indudablemente, es un primer paso; y aquí radica la importancia.

* * *

Como se indicó, el *Título IV* fija el alcance del *Acta Unica* y su entrada en vigor, que se produce por la ratificación de los Estados miembros. Al momento de escribir estas líneas, falta solamente la ratificación de Grecia, que ha de producirse muy pronto y, según la Prensa, la solución del recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo de Irlanda.

* * *

Aunque la vida de las Comunidades Europeas debería exigir en estos momentos una mayor integración que la existente, es lo cierto que ésta no se ha producido. Ha transcurrido tiempo suficiente para haberse iniciado una confederación de Estados; pero la trayectoria seguida —la mínima unión imprescindible— no la ha permitido.

No altera el *Acta Unica* dicha forma de entender la unión; porque se limita a intensificarla en la medida en que es reclamo de la actual estructura económica europea —manifiestamente transnacional en los sectores destacados—. Pero no es menos cierto que el *Acta Unica* inaugura un nuevo momento: el de la expresión política de que «Europa, va», siquiera sea una Europa limitada, con conciencia del largo camino que falta por recorrer, pero también como reconocimiento de una unión irreversible. Será menester, todavía, ampliar enormemente las competencias de las instituciones comunitarias —esencialmente, convertir al Parlamento Europeo en verdadero Parlamento, con *auctoritas* e *imperium*—, dar amplia entrada a los intereses de los pueblos, y tanto más. No se ha entrado aún en ese derrotero, pero se está en sus puertas.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE
Doctor en Derecho

ACTA UNICA EUROPEA

PREAMBULO

Su Majestad el Rey de los belgas.

Su Majestad la Reina de Dinamarca.

El Presidente de la República Federal de Alemania.

El Presidente de la República Helénica.

Su Majestad el Rey de España.

El Presidente de la República Francesa.

El Presidente de Irlanda.

El Presidente de la República Italiana.

Su Alteza Real el Gran Duque de Luxemburgo.

Su Majestad la Reina de los Países Bajos.

El Presidente de la República Portuguesa.

Su Majestad la Reina del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Animados por la voluntad de proseguir la obra emprendida a partir de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de transformar el conjunto de las relaciones entre sus Estados en una Unión Europea, de conformidad con la Declaración solemne de Stuttgart de 19 de junio de 1985,

Resueltos a construir dicha Unión Europea basándola, por una parte, en unas Comunidades que funcionen con arreglo *a normas propias* y, por otra, en la *Cooperación Europea entre los Estados signatarios en materia de política exterior*, y a dotar a dicha Unión de los medios de acción necesarios,

Decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social,

Convencidos de que la idea europea, los resultados logrados en los ámbitos de la integración económica y de la cooperación política, así como la necesidad de nuevos desarrollos, responden a los deseos de los pueblos democráticos europeos, que ven en el Parlamento Europeo, elegido por sufragio universal, un medio de expresión indispensable,

Conscientes de la responsabilidad que incumbe a Europa de procurar adoptar cada vez más una postura *uniforme y de actuar con cohesión* y solidaridad, a fin de proteger más eficazmente sus intereses comunes y su *independencia*, así como de defender muy especialmente los principios de la democracia y el respeto del Derecho y de los derechos humanos que reafirman, a fin de aportar conjuntamente su propia contribución al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales de acuerdo con el compromiso que asumieron en el marco de la Carta de las Naciones Unidas,

Determinados a *mejorar la situación* económica y social mediante la profundización de las políticas comunes y la prosecución de nuevos obje-

tivos, así como a asegurar un mejor funcionamiento de las Comunidades, permitiendo a las Instituciones el ejercicio de sus competencias en las condiciones más conformes al interés comunitario,

Considerando que los Jefes de Estado o de Gobierno, con ocasión de su Conferencia de París, de 19 a 21 de octubre de 1972, han aprobado el objetivo de la realización progresiva de la Unión Económica y Monetaria,

Considerando el Anexo a las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bremen, de 6 y 7 de julio de 1978, así como la Resolución del Consejo Europeo de Bruselas, de 5 de diciembre de 1978, relativos al establecimiento del Sistema Monetario Europeo (SME) y a cuestiones afines, y observando que, de conformidad con dicha Resolución, la Comunidad y los Bancos Centrales de los Estados miembros han adoptado determinado número de medidas destinadas a establecer la cooperación monetaria,

Han decidido establecer la presente Acta y han designado con el fin como plenipotenciarios:

*Su Majestad el Rey de los belgas,
Señor Leo Tindemans,
Ministro de Relaciones Exteriores;*

*Su Majestad la Reina de Dinamarca,
Señor Uffe Ellemann-Jensen,
Ministro de Asuntos Exteriores;*

*El Presidente de la República Federal de Alemania,
Señor Hans-Dietrich Genscher,
Ministro Federal de Asuntos Exteriores;*

*El Presidente de la República Helénica,
Señor Karolos Papoulias,
Ministro de Asuntos Exteriores;*

*Su Majestad el Rey de España,
Señor Francisco Fernández Ordóñez,
Ministro de Asuntos Exteriores,
Jefe de la Misión ante las Comunidades Europeas;*

*El Presidente de la República Francesa,
Señor Roland Dumas,
Ministro de Relaciones Exteriores;*

*El Presidente de Irlanda,
Señor Peter Barry, TD,
Ministro de Asuntos Exteriores;*

*El Presidente de la República Italiana,
Señor Giulio Andreotti,
Ministro de Asuntos Exteriores;*

*Su Alteza Real el Gran Duque de Luxemburgo,
Señor Robert Goebbels,
Secretario de Estado en el Ministerio de Asuntos Exteriores;*

*Su Majestad la Reina de los Países Bajos,
Señor Hans van den Broek,
Ministro de Asuntos Exteriores;*

*El Presidente de la República Portuguesa,
Señor Pedro Pires de Miranda,
Ministro de Asuntos Exteriores;*

*Su Majestad la Reina del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte,
Señora Lynda Chalker,
Ministro adjunto de Asuntos Exteriores y de la Commonwealth,*

Quienes, después de haber intercambiado sus plenos poderes, reconocidos en buena y debida forma, han convenido las disposiciones siguientes:

TITULO I

Disposiciones comunes

Artículo 1

Las Comunidades Europeas y la Cooperación Política Europea tienen como objetivo contribuir conjuntamente a hacer progresar de manera concreta la Unión Europea.

Las Comunidades Europeas se fundamentan en los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, así como en los Tratados y actos subsiguientes que los han modificado o completado.

La Cooperación Política se regula en el Título III. Las disposiciones de dicho Título confirman y completan los procedimientos acordados en los Informes de Luxemburgo (1970), Copenhague (1973) y Londres (1981), así como en la Declaración solemne sobre la Unión Europea (1983), y las prácticas progresivamente establecidas entre los Estados miembros.

Artículo 2

El Consejo Europeo estará compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por el presidente de la Comisión de las Comunidades Europeas. Estarán asistidos por los ministros de Asuntos Exteriores y por un miembro de la Comisión.

El Consejo Europeo se reunirá al menos dos veces al año.

Artículo 3

1. Las instituciones de las Comunidades Europeas, que en lo sucesivo adoptarán las denominaciones que se emplean a continuación, ejercerán sus poderes y competencias en las condiciones y a los fines previstos en los Tratados constitutivos de las Comunidades, y en los Tratados y actos subsiguientes que los han modificado o completado, así como en las disposiciones del Título II.

2. Las instituciones y órganos competentes en materia de Cooperación Política Europea ejercerán sus poderes y competencias en las condiciones y a los fines fijados en el Título III y en los documentos mencionados en el párrafo tercero del artículo 1.

TITULO II

Disposiciones por las que se modifican los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas

CAPITULO I

DISPOSICIONES POR LAS QUE SE MODIFICA EL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE CARBÓN Y DEL ACERO

Artículo 4

El Tratado CECA quedará completado con las disposiciones siguientes:

«Artículo 32, quinto

1. *A instancia del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión y al Parlamento Europeo, el Consejo, por unanimidad, podrá agregar al Tribunal de Justicia un órgano jurisdiccional encargado de conocer en primera instancia, sin perjuicio de un recurso ante el Tribunal de Justicia limitado a las cuestiones de Derecho y en las condiciones establecidas por el Estatuto, de determinadas categorías de recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas. Este órgano jurisdiccional no tendrá competencia para conocer ni de los asuntos promovidos por los Estados miembros o por las instituciones comunitarias ni de las cuestiones prejudiciales planteadas en virtud del artículo 41.*

2. *El Consejo, de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado 1, establecerá la composición de dicho órgano jurisdiccional y aprobará las adaptaciones y las disposiciones complementarias del Estatuto del Tribunal de Justicia que sean precisas. Salvo decisión en contrario del Consejo, las disposiciones del presente Tratado relativas al Tribunal de Justicia, y en particular las disposiciones del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, serán aplicables a dicho órgano jurisdiccional.*

3. *Los miembros de este órgano jurisdiccional serán elegidos entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de funciones jurisdiccionales; serán designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un período de seis años. Cada tres años tendrá lugar una renovación parcial. Los miembros salientes podrán ser nuevamente designados.*

4. *Este órgano jurisdiccional establecerá su reglamento de procedimiento de acuerdo con el Tribunal de Justicia. Dicho reglamento requerirá la aprobación unánime del Consejo».*

Artículo 5

El artículo 45 del Tratado CECA quedará completado con el párrafo siguiente:

«El Consejo, por unanimidad, a petición del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión y al Parlamento Europeo, podrá modificar las disposiciones del Título III del Estatuto».

CAPITULO II

DISPOSICIONES POR LAS QUE SE MODIFICA EL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

SECCION I

*Disposiciones institucionales**Artículo 6*

1. *Se establece un procedimiento de cooperación que se aplicará a los actos basados en los artículos 7, 49, apartado 2 del 54, segunda oración del apartado 2 del 56, 57, excepto la segunda oración de su apartado 2, 100A, 100B, 118A, 130E y el apartado 2 del 130Q del Tratado CEE.*

2. En el párrafo segundo del artículo 7 del Tratado CEE las palabras «previa consulta a la Asamblea» serán sustituidas por las palabras «*en cooperación con el Parlamento Europeo*».

3. En el artículo 49 del Tratado CEE las palabras «el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará» serán sustituidas por las palabras «*el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, en cooperación con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará*».

4. En el apartado 2 del artículo 54 del Tratado CEE las palabras «el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social y a la Asamblea, decidirá» serán sustituidas por las palabras «*el Consejo, a propuesta de la Comisión, en cooperación con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social, decidirá*».

5. En el apartado 2 del artículo 56 del Tratado CEE, la segunda oración será sustituida por el texto siguiente:

«No obstante, después de finalizar la segunda etapa, el Consejo, a propuesta de la Comisión y en cooperación con el Parlamento Europeo adoptará, por mayoría cualificada, directivas para la coordinación de las disposiciones que, en cada Estado miembro, correspondan al ámbito reglamentario o administrativo».

6. En el apartado 1 del artículo 57 del Tratado CEE las palabras «y previa consulta a la Asamblea» serán sustituidas por las palabras «y en cooperación con el Parlamento Europeo».

7. En el apartado 2 del artículo 57 del Tratado CEE, la tercera frase se sustituye por el texto siguiente:

«En los demás casos, el Consejo decidirá por mayoría cualificada, en cooperación con el Parlamento Europeo».

Artículo 7

El artículo 149 del Tratado CEE será sustituido por las disposiciones siguientes:

«Artículo 149

1. Cuando, en virtud del presente Tratado, un acto del Consejo deba ser adoptado a propuesta de la Comisión, dicho acto no podrá introducir ninguna modificación a dicha propuesta, a menos que sea adoptado por unanimidad.

2. Cuando, en virtud del presente Tratado, un acto del Consejo sea adoptado en cooperación con el Parlamento Europeo, se aplicará el siguiente procedimiento:

a. El Consejo, por mayoría cualificada y en las condiciones del apartado 1, a propuesta de la Comisión y previo dictamen del Parlamento Europeo, fijará una posición común.

b. La posición común del Consejo será transmitida al Parlamento Europeo. El Consejo y la Comisión informarán plenamente al Parlamento Europeo acerca de las razones que han conducido al Consejo a adoptar su posición común, así como de la posición de la Comisión.

Si, en un plazo de tres meses después de dicha comunicación, el Parlamento Europeo aprobare dicha posición común o si no se hubiese pronunciado en dicho plazo, el Consejo aprobará definitivamente dicho acto de conformidad con la posición común.

c. El Parlamento Europeo, en el plazo de tres meses contemplado en la letra b), podrá, por mayoría absoluta de los miembros que lo integran, proponer enmiendas a la posición común del Consejo. El Parlamento Europeo podrá también, por igual mayoría, rechazar la posición común del Consejo. El resultado de las deliberaciones será transmitido al Consejo y a la Comisión.

Si el Parlamento Europeo hubiere rechazado la posición común del Consejo, éste sólo podrá pronunciarse en segunda lectura por unanimidad.

d. La Comisión volverá a examinar en el plazo de un mes la propuesta con arreglo a la cual el Consejo haya fijado su posición común a partir de las enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo.

La Comisión transmitirá al Consejo, al mismo tiempo que su propuesta nuevamente examinada, las enmiendas del Parlamento Europeo que no hubiere aceptado, acompañadas de su dictamen sobre las mismas. El Consejo podrá adoptar tales enmiendas por unanimidad.

e. El Consejo, por mayoría cualificada, adoptará la propuesta nuevamente examinada por la Comisión.

El Consejo no podrá modificar la propuesta nuevamente examinada por la Comisión más que por unanimidad.

f. En los casos contemplados en las letras c), d) y e), el Consejo deberá pronunciarse dentro de un plazo de tres meses. A falta de decisión dentro de ese plazo, la propuesta de la Comisión se considerará no adoptada.

g. Los plazos contemplados en las letras b) y f) podrán prorrogarse de común acuerdo entre el Consejo y el Parlamento Europeo en un mes como máximo.

3. En tanto que el Consejo no se haya pronunciado, la Comisión podrá modificar su propuesta mientras duren los procedimientos mencionados en los apartados 1 y 2».

Artículo 8

El párrafo primero del artículo 237 del Tratado CEE será sustituido por las disposiciones siguientes:

«Cualquier Estado europeo podrá solicitar el ingreso como miembro de la Comunidad. Dirigirá su petición al Consejo, que se pronunciará por unanimidad después de haber consultado a la Comisión y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, que se pronunciará por mayoría absoluta de los miembros que lo componen».

Artículo 9

En el artículo 238 del Tratado CEE el párrafo segundo será sustituido por las disposiciones siguientes:

«Tales acuerdos serán concluidos por el Consejo, que decidirá por unanimidad, previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, que se pronunciará por mayoría absoluta de los miembros que lo componen».

Artículo 10

El artículo 145 del Tratado CEE será completado con las disposiciones siguientes:

«— atribuirá a la Comisión, en los actos que el Consejo adopte, las competencias de ejecución de las normas que establezca. El Consejo podrá someter el ejercicio de estas competencias a determinadas condiciones. El Consejo podrá asimismo reservarse en casos específicos el ejercicio directo de las competencias de ejecución. Las condiciones anteriormente mencionadas deberán ser conformes a los principios y normas que el Consejo hubiere establecido previamente por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previo dictamen del Parlamento Europeo».

Artículo 11

El Tratado CEE será completado con las disposiciones siguientes:

«Artículo 168A

1. *A instancia del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión y al Parlamento Europeo, el Consejo, por unanimidad, podrá agregar al Tribunal de Justicia un órgano jurisdiccional encargado de conocer en primera instancia, sin perjuicio de un recurso ante el Tribunal de Justicia limitado a las cuestiones de Derecho y en las condiciones establecidas por el Estatuto, de determinadas categorías de recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas. Este órgano jurisdiccional no tendrá competencia para conocer ni de los asuntos promovidos por los Estados miembros o por las instituciones comunitarias ni de las cuestiones prejudiciales planteadas en virtud del artículo 177.*

2. *El Consejo, de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado 1, establecerá la composición de dicho órgano jurisdiccional y aprobará las adaptaciones y las disposiciones complementarias del Estatuto del Tribunal de Justicia que sean precisas. Salvo decisión en contrario del Consejo, las disposiciones del presente Tratado relativas al Tribunal de Justicia, y en particular las disposiciones del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, serán aplicables a dicho órgano jurisdiccional.*

3. *Los miembros de este órgano jurisdiccional serán elegidos entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean*

la capacidad necesaria para el ejercicio de funciones jurisdiccionales; serán designadas de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un período de seis años. Cada tres años tendrá lugar una renovación parcial. Los miembros salientes podrán ser nuevamente designados.

4. *Este órgano jurisdiccional establecerá su reglamento de procedimiento de acuerdo con el Tribunal de Justicia. Dicho reglamento requerirá la aprobación unánime del Consejo».*

Artículo 12

En el artículo 188 del Tratado CEE se insertará el párrafo segundo siguiente:

«El Consejo, por unanimidad, a petición del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión y al Parlamento Europeo, podrá modificar las disposiciones del Título III del Estatuto».

SECCION II

Disposiciones relativas a los fundamentos y a la política de la Comunidad

SUBSECCION I

El mercado interior

Artículo 13

El Tratado CEE será completado con las disposiciones siguientes:

«Artículo 8A

La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que terminará el 31 de diciembre de 1992, de conformidad con las disposiciones del presente artículo y de los artículos 8B, 8C, 28, apartado 2 del 57, 59, apartado 1 del 70, 84, 99, 100A y 100B y sin perjuicio de lo establecido en las demás disposiciones del presente Tratado.

El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el

que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado».

Artículo 14

El Tratado CEE será completado con las disposiciones siguientes:

«Artículo 8B

La Comisión informará al Consejo antes del 31 de diciembre de 1988 y del 31 de diciembre de 1990 sobre el desarrollo de los trabajos encaminados a la realización del mercado interior en el plazo fijado en el artículo 8A.

El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, definirá las orientaciones y condiciones necesarias para asegurar un progreso equilibrado en el conjunto de los sectores considerados».

Artículo 15

El Tratado CEE será completado con las disposiciones siguientes:

«Artículo 8C

En el momento de formular sus propuestas encaminadas a la consecución de los objetivos del artículo 8A, la Comisión tendrá en cuenta la importancia del esfuerzo que determinadas economías, que presenten un nivel de desarrollo diferente, tendrán que realizar durante el período de establecimiento del mercado interior, y podrá proponer las disposiciones adecuadas.

Si dichas disposiciones adoptaren la forma de excepciones, deberán tener carácter temporal y perturbar lo menos posible el funcionamiento del mercado común».

Artículo 16

1. El artículo 28 del Tratado CEE será sustituido por las disposiciones siguientes:

«Artículo 28

El Consejo decidirá por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión toda modificación o suspensión autónoma de los derechos del arancel aduanero común».

2. En el apartado 2 del artículo 57 del Tratado CEE, la segunda oración será sustituida por las disposiciones siguientes:

«Será necesaria la unanimidad para aquellas directivas cuya ejecución, en un Estado miembro al menos, implique una modificación de los principios legislativos existentes del régimen de las profesiones en lo relativo a la formación y a las condiciones de acceso de las personas físicas».

3. En el párrafo segundo del artículo 59 del Tratado CEE, la palabra «unanimidad» será sustituida por las palabras «*mayoría cualificada*».

4. En el apartado 1 del artículo 70 del Tratado CEE, quedan derogadas las dos últimas oraciones, que serán sustituidas por las disposiciones siguientes:

«Con tal fin el Consejo adoptará, por mayoría cualificada, directivas, procurando alcanzar el más alto grado de liberalización posible. Será necesaria la unanimidad para aquellas medidas que constituyan un retroceso en materia de liberalización de los movimientos de capitales».

5. En el apartado 2 del artículo 84 las palabras «por unanimidad» será sustituidas por las palabras «*por mayoría cualificada*».

6. El apartado 2 del artículo 84 será completado con el párrafo siguiente:

«Se aplicarán las normas de procedimiento de los apartados 1 y 3 del artículo 75».

Artículo 17

El artículo 99 del Tratado CEE será sustituido por las disposiciones siguientes:

«Artículo 99

El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior en el plazo previsto en el artículo 8A».

Artículo 18

El Tratado constitutivo de la CEE será completado con las disposiciones siguientes:

«Artículo 100A

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 100 y salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos del artículo 8A. El Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y en cooperación con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

2. El apartado 1 no se aplicará a las disposiciones fiscales, a las relativas a la libre circulación de personas ni a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena.

3. La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado.

4. Si, tras la adopción por el Consejo, por mayoría cualificada, de una medida de armonización, un Estado miembro estima necesario aplicar las disposiciones nacionales, justificadas por alguna de las exigencias importantes contempladas en el artículo 36 o relativas a la protección del medio de trabajo o del medio ambiente, dicho Estado miembro lo notificará a la Comisión.

La Comisión confirmará las disposiciones de que se trate después de haber comprobado que no se trata de un medio de discriminación arbitraria o una restricción encubierta del comercio entre Estados miembros.

No obstante el procedimiento previsto en los artículos 169 y 170, la Comisión o cualquier Estado miembro podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia si considera que otro Estado miembro abusa de las facultades previstas en el presente artículo.

5. Las medidas de armonización anteriormente mencionadas incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por uno o varios de los motivos no

económicos mencionados en el artículo 36, medidas provisionales sometidas a un procedimiento comunitario de control».

Artículo 19

El Tratado CEE será completado con las disposiciones siguientes:

«Artículo 100B

1. En el transcurso del año 1992, la Comisión procederá con cada Estado miembro a confeccionar un inventario de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas a que se refiere el artículo 100A y que no hayan sido objeto de una armonización en virtud de dicho artículo.

El Consejo podrá decidir, con arreglo a las disposiciones del artículo 100A, que determinadas disposiciones en vigor en un Estado miembro sean reconocidas como equivalentes a las aplicadas por otro Estado miembro.

2. Las disposiciones del apartado 4 del artículo 100A se aplicarán por analogía.

3. La Comisión procederá a confeccionar el inventario mencionado en el párrafo primero del apartado 1 y presentará las propuestas adecuadas con la antelación necesaria a fin de que el Consejo pueda pronunciarse antes del final de 1992».

SUBSECCION II

Capacidad monetaria

Artículo 20

1. En el Tratado CEE se insertará, en el Título II de la Tercera Parte, un nuevo Capítulo I redactado como sigue:

«Capítulo I

*Cooperación en materia de política,
económica y monetaria
(Unión Económica y Monetaria)*

Artículo 102A

1. A fin de garantizar la convergencia de las políticas económicas y monetarias, necesaria para el desarrollo ulterior de la Comunidad, los

Estados miembros cooperarán de acuerdo con los objetivos del artículo 104. Los Estados miembros tendrán en cuenta para ello las experiencias adquiridas por medio de la cooperación en el marco del Sistema Monetario Europeo y del desarrollo del ECU dentro del respeto de las competencias existentes.

2. En la medida en que el desarrollo ulterior de la política económica y monetaria exigiere modificaciones institucionales, se aplicarán las disposiciones del artículo 236. En caso de modificaciones institucionales en el ámbito monetario, el Comité Monetario y el Comité de Gobernadores de los Bancos Centrales serán igualmente consultados».

2. Los Capítulos 1, 2 y 3 pasarán a ser, respectivamente, los Capítulos 2, 3 y 4.

SUBSECCION III

Política social

Artículo 21

El Tratado CEE será completado con las disposiciones siguientes:

«Artículo 118A

1. Los Estados miembros procurarán promover la mejora del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y se fijarán como objetivo la armonización dentro del progreso de las condiciones existentes en ese ámbito.

2. Para contribuir a la consecución del objetivo previsto en el apartado 1, el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, en cooperación con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y regulaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros.

Tales directivas evitarán establecer imposiciones administrativas financieras y jurídicas que constituyen obstáculos a la creación y al desarrollo de pequeñas y medianas empresas (1).

5. Las disposiciones establecidas en virtud del presente artículo no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección de las condiciones de trabajo, compatibles con el presente Tratado».

(1) Texto propuesto por la Presidencia.

Artículo 22

El Tratado CEE será completado con las disposiciones siguientes:

«Artículo 118B

La Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a escala europea, que podrá dar lugar, si estas últimas lo consideran deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre éstas».

SUBSECCION IV

Cohesión económica y social

Artículo 23

En la Tercera Parte del Tratado CEE se añadirá un Título V redactado como sigue:

*«Título V**Cohesión económica y social**Artículo 130A*

A fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Comunidad, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica y social.

La Comunidad se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas.

Artículo 130B

Los Estados miembros conducirán su política económica y la coordinarán con miras a alcanzar también los objetivos enunciados en el artículo 130A. La aplicación de las políticas comunes y del mercado interior tendrá en consideración los objetivos enunciados en el artículo 130A y en el artículo 130C y participará en su consecución. La Comunidad apoyará dicha consecución que lleva a cabo por medio de los Fondos con finalidad estructural (Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, Sección Orientación, Fondo Social, Fondo Europeo de Desarrollo Regional) del Banco Europeo de Inversiones y de los otros instrumentos financieros existentes.

Artículo 130C

El Fondo Europeo de Desarrollo Regional estará destinado a contribuir a la corrección de los principales desequilibrios regionales dentro de la Comunidad, mediante una participación en el desarrollo y en el ajuste estructural de las regiones menos desarrolladas y en la reconversión de las regiones industriales en decadencia.

Artículo 130D

Desde la entrada en vigor del Acta Unica Europea, la Comisión presentará al Consejo una propuesta global encaminada a introducir en la estructura y en las normas de funcionamiento de los Fondos existentes con finalidad estructural (Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, Sección Orientación, Fondo Social Europeo, Fondo Europeo de Desarrollo Regional) las modificaciones que fueren necesarias para precisar y racionalizar sus funciones a fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en los artículos 130A y 130C, así como a reforzar su eficacia y a coordinar sus intervenciones entre sí y con las de los instrumentos financieros existentes. El Consejo decidirá por unanimidad sobre dicha propuesta en el plazo de un año, previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social.

Artículo 130E

El Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, y en cooperación con el Parlamento Europeo, adoptará las decisiones de aplicación relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional tras la adopción de la decisión contemplada en el artículo 130D.

En cuanto al Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, Sección Orientación, y al Fondo Social Europeo, seguirán siendo aplicables, respectivamente, las disposiciones de los artículos 43, 126 y 127».

SUBSECCION V

Investigación y desarrollo tecnológico

Artículo 24

En el Tratado CEE se añadirá, en la Tercera Parte, un Título VI redactado como sigue:

*«Título VI**Investigación y desarrollo tecnológico**Artículo 130F*

1. *La Comunidad se fija como objetivo fortalecer las bases científicas y tecnológicas de la industria europea y favorecer el desarrollo de su competitividad internacional.*

2. *A tal fin, estimulará a las empresas, incluyendo a las pequeñas y medianas empresas, centros de investigación y universidades, en sus esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico; apoyará sus esfuerzos de cooperación fijándose, en especial, como objetivo, permitir a las empresas la plena utilización de las potencialidades del mercado interior de la Comunidad, en particular por medio de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación.*

3. *En la consecución de estos objetivos, se tendrá especialmente en cuenta la relación entre el esfuerzo común emprendido en materia de investigación y de desarrollo tecnológico, el establecimiento del mercado interior y la ejecución de políticas comunes, en particular en materia de competencia y de intercambios.*

Artículo 130G

Para la consecución de los mencionados objetivos, la Comunidad realizará las siguientes acciones, que, a su vez, completarán las acciones emprendidas en los Estados miembros:

a) *aplicación de programas de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración, promoviendo la cooperación con las empresas, centros de investigación y universidades;*

b) *promoción de la cooperación en materia de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración comunitarios con los terceros países y las organizaciones internacionales;*

c) *difusión y explotación de los resultados de las actividades en materia de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración comunitarios;*

d) *estímulo a la formación y a la movilidad de los investigadores de la Comunidad.*

Artículo 130H

Los Estados miembros coordinarán entre sí, en contacto con la Comisión, las políticas y programas desarrollados a nivel nacional. La Comisión podrá tomar, en estrecho contacto con los Estados miembros, cualquier iniciativa útil para promover dicha coordinación.

Artículo 130I

1. La Comunidad establecerá un programa-marco plurianual que incluirá el conjunto de sus acciones. El programa-marco fijará los objetivos científicos y técnicos, determinará sus respectivas prioridades, indicará las grandes líneas de las acciones previstas, fijará el importe que se considere necesario y las modalidades de la participación financiera de la Comunidad en el conjunto del programa, así como el reparto de dicho importe entre las diferentes acciones previstas.

2. El programa-marco podrá ser adaptado o completado en función de la evolución de las situaciones.

Artículo 130K

El programa-marco se ejecutará mediante programas específicos desarrollados dentro de cada una de las acciones. Cada programa específico precisará las modalidades de su realización, fijará su duración y preverá los medios que se estimen necesarios.

El Consejo determinará las modalidades de difusión de los conocimientos que resulten de los programas específicos.

Artículo 130L

Al ejecutar el programa-marco plurianual, podrán aprobarse programas complementarios en los que solamente participarán aquellos Estados miembros que participen en su financiación, sin perjuicio de una posible participación de la Comunidad.

El Consejo establecerá las normas aplicables a los programas complementarios, especialmente en materia de difusión de los conocimientos y de acceso de otros Estados miembros.

Artículo 130M

En la ejecución del programa-marco plurianual, la Comunidad podrá prever, de acuerdo con los Estados miembros interesados, una participa-

ción en programas de investigación y de desarrollo emprendidos por varios Estados miembros, incluida la participación en las estructuras creadas para la ejecución de dichos programas.

Artículo 130N

En la ejecución del programa-marco plurianual, la Comunidad podrá prever una cooperación comunitaria en materia de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración comunitarios con terceros países o con organizaciones internacionales. Las modalidades de esta cooperación podrán ser objeto de acuerdos internacionales entre la Comunidad y las terceras partes interesadas, que serán negociados y concluidos con arreglo al artículo 228.

Artículo 130O

La Comunidad podrá crear empresas comunes o cualquier otra estructura que se considere necesaria para la correcta ejecución de los programas de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración comunitarios.

Artículo 130P

1. Las modalidades de financiación de cada programa, incluida una eventual participación de la Comunidad, se fijarán al aprobar el programa.

2. El importe de la contribución anual de la Comunidad se establecerá en el marco del procedimiento presupuestario, sin perjuicio de las demás modalidades de eventual intervención de la Comunidad. La cuantía de los costes estimados de los programas específicos no deberá sobrepasar la financiación prevista por el programa-marco.

Artículo 130Q

1. El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptará, por unanimidad, las disposiciones contempladas en los artículos 130I y 130O.

2. El Consejo, a propuesta de la Comisión, previa consulta al Comité Económico y Social, y en consulta con el Parlamento Europeo, adoptará, por mayoría cualificada, las disposiciones contempladas en los artícu-

los 130K, 130L, 130M, 130N y apartado 1 del 130P. La aprobación de dichos programas complementarios requerirá además el acuerdo de los Estados miembros interesados».

SUBSECCION VI

Medio ambiente

Artículo 25

En el Tratado CEE se añadirá, en la Tercera Parte, un Título VII, redactado como sigue:

«Título VII

Medio ambiente

Artículo 130R

1. La acción de la Comunidad en lo que respecta al medio ambiente tendrá por objeto:

- conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente;*
- contribuir a la protección de la salud de las personas;*
- garantizar una utilización prudente y racional de los recursos naturales.*

2. La acción de la Comunidad en lo que respecta al medio ambiente se basará en los principios de acción preventiva, de corrección, preferentemente en la fuente misma, de los ataques al medio ambiente, y de que quien contamina paga. Las exigencias de la protección del medio ambiente serán un componente de las demás políticas de la Comunidad.

3. En la elaboración de su acción en materia de medio ambiente, la Comunidad tendrá en cuenta:

- los datos científicos y técnicos disponibles;*
- las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Comunidad;*
- las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción;*
- el desarrollo económico y social de la Comunidad en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones.*

4. *La Comunidad actuará en materia de medio ambiente en la medida en que los objetivos contemplados en el apartado 1 puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente. Sin perjuicio de determinadas medidas de carácter comunitario, los Estados miembros asumirán la financiación y la ejecución de las demás medidas.*

5. *En el marco de sus respectivas competencias, la Comunidad y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes. Las modalidades de la cooperación de la Comunidad podrán ser objeto de acuerdos entre ésta y las terceras partes interesadas, que serán negociados y concluidos con arreglo al artículo 228.*

El párrafo precedente se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar en las instituciones internacionales y para celebrar acuerdos internacionales.

Artículo 130S

El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, decidirá la acción que la Comunidad deba emprender.

El Consejo determinará, en las condiciones previstas en el párrafo precedente, las cuestiones que deben regirse por decisiones que deberán tomarse por mayoría cualificada.

Artículo 130T

Las medidas de protección adoptadas conjuntamente en virtud del artículo 130S no serán obstáculo para el mantenimiento y adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección compatibles con el presente Tratado».

CAPITULO III

DISPOSICIONES POR LAS QUE SE MODIFICA EL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA

Artículo 26

El Tratado CEEA será completado con las disposiciones siguientes:

«Artículo 140A

1. A instancia del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión y al Parlamento Europeo, el Consejo, por unanimidad, podrá agregar al Tribunal de Justicia un órgano jurisdiccional encargado de conocer en primera instancia, sin perjuicio de un recurso ante el Tribunal de Justicia limitado a las cuestiones de Derecho y en las condiciones establecidas por el Estatuto, de determinadas categorías de recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas. Este órgano jurisdiccional no tendrá competencia para conocer ni de los asuntos promovidos por los Estados miembros o por las instituciones comunitarias ni de las cuestiones prejudiciales planteadas en virtud del artículo 150.

2. El Consejo, de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado 1, establecerá la composición de dicho órgano jurisdiccional y aprobará las adaptaciones y las disposiciones complementarias del Estatuto del Tribunal de Justicia que sean precisas. Salvo decisión en contrario del Consejo, las disposiciones del presente Tratado relativas al Tribunal de Justicia, y en particular las disposiciones del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, serán aplicables a dicho órgano jurisdiccional.

3. Los miembros de este órgano jurisdiccional serán elegidos entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria par el ejercicio de funciones jurisdiccionales; serán designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un período de seis años. Cada tres años tendrá lugar una renovación parcial. Los miembros salientes podrán ser nuevamente designados.

4. Este órgano jurisdiccional establecerá su reglamento de procedimiento de acuerdo con el Tribunal de Justicia. Dicho reglamento requerirá la aprobación unánime del Consejo».

Artículo 27

En el artículo 160 del Tratado CEEA se insertará el párrafo segundo siguiente:

«El Consejo, por unanimidad, a petición del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión y al Parlamento Europeo, podrá modificar las disposiciones del Título III del Estatuto».

CAPITULO IV

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 28

Las disposiciones de la presente Acta no afectarán a las disposiciones de los instrumentos de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a las Comunidades Europeas.

Artículo 29

En el apartado 2 del artículo 4 de la Decisión 85/257/CEE, Euratom, del Consejo, de 7 de mayo de 1985, relativa al sistema de los recursos propios de las Comunidades, las palabras «cuyo importe y clave de reparto se fijarán en virtud de una decisión del Consejo adoptada por unanimidad» serán sustituidas por las palabras «*cuyo importe y clave de reparto se fijarán en virtud de una decisión del Consejo adoptada por mayoría cualificada, después de haber obtenido el acuerdo de los Estados miembros interesados*».

La presente modificación no afectará a la naturaleza jurídica de la Decisión antes mencionada.

TITULO III

Disposiciones sobre la Cooperación Europea en materia de política exterior*Artículo 30*

La Cooperación Política Europea en materia de política exterior se regulará por las disposiciones siguientes:

1. Las Altas Partes Contratantes, miembros de las Comunidades Europeas, procurarán formular y aplicar conjuntamente una política exterior europea.

2. a) Las Altas Partes Contratantes se comprometen a informarse mutuamente y a consultarse sobre cualquier cuestión de política exterior que tenga un interés general, a fin de asegurar que su influencia combinada se ejerza de la manera más eficaz por medio de la concertación, la convergencia de sus posiciones y la realización de acciones comunes.

b) Las consultas tendrán lugar antes que las Altas Partes Contratantes fijen posición definitiva.

c) Cada una de las Altas Partes Contratantes, al adoptar sus posiciones y en sus acciones nacionales, tendrá plenamente en cuenta las posiciones de los demás asociados y tomará debidamente en consideración el interés que presentan la adopción y la aplicación de posiciones europeas comunes.

A fin de aumentar su capacidad de acción conjunta en el ámbito de la política exterior, las Altas Partes Contratantes asegurarán el desarrollo progresivo y la definición de principios y de objetivos comunes.

La determinación de posiciones comunes constituirá un punto de referencia para las políticas de las Altas Partes Contratantes.

d) Las Altas Partes Contratantes procurarán evitar cualquier acción o toma de posición que reduzca su eficacia en tanto que fuerza coherente en las relaciones internacionales o en el seno de las organizaciones internacionales.

3. a) Los ministros de Asuntos Exteriores y un miembro de la Comisión se reunirán al menos cuatro veces al año en el marco de la Cooperación Política Europea. Podrán tratar igualmente cuestiones de política exterior en el ámbito de la Cooperación Política con ocasión de las sesiones del Consejo de las Comunidades Europeas.

b) La Comisión estará plenamente asociada a los trabajos de la Cooperación Política.

c) A fin de permitir la rápida adopción de posiciones comunes y la realización de acciones comunes, las Altas Partes Contratantes se abstendrán, en la medida de lo posible, de obstaculizar la formación de un consenso y la acción conjunta que podría derivarse del mismo.

4. Las Altas Partes Contratantes asegurarán la estrecha asociación del Parlamento Europeo a la Cooperación Política Europea. A tal fin, la Presidencia informará regularmente al Parlamento Europeo de los temas de política exterior examinados en el marco de los trabajos de la Cooperación Política y velará porque en dichos trabajos sean debidamente tomados en consideración los puntos de vista del Parlamento Europeo.

5. Las políticas exteriores de la Comunidad Europea y las políticas convenidas en el seno de la Cooperación Política Europea deberán ser coherentes.

La Presidencia y la Comisión, cada una según sus competencias propias, tendrán la especial misión de velar por la búsqueda y el mantenimiento de dicha coherencia.

6. a) Las Altas Partes Contratantes estiman que una cooperación más estrecha en las cuestiones de seguridad europea podrá contribuir de manera esencial al desarrollo de una identidad de Europa en materia de política exterior. Están dispuestas a coordinar más sus posiciones sobre los aspectos políticos y económicos de la seguridad.

b) Las Altas Partes Contratantes están resueltas a preservar las condiciones tecnológicas e industriales necesarias para su seguridad. Actuarán a tal fin tanto en el plano nacional como, en los casos en los que resulte conveniente, en el marco de las instituciones y órganos competentes.

c) Las disposiciones del presente Título no obstarán a la existencia de una cooperación más estrecha en el campo de la seguridad entre determinadas Altas Partes Contratantes en el marco de la Unión Europea Occidental y de la Alianza Atlántica.

7. a) En las instituciones internacionales y en las conferencias internacionales en las que participen las Altas Partes Contratantes, éstas procurarán adoptar posiciones comunes sobre las cuestiones a que se refiere el presente Título.

b) En las instituciones internacionales y en las conferencias internacionales en las que no participen todas las Altas Partes Contratantes, las que participen tendrán plenamente en cuenta las posiciones acordadas en el marco de la Cooperación Política Europea.

8. Las Altas Partes Contratantes organizarán, cada vez que lo consideren necesario, un diálogo político con los terceros países y las agrupaciones regionales.

9. Las Altas Partes Contratantes y la Comisión, gracias a una asistencia y a una información mutuas, intensificarán la cooperación entre sus representaciones acreditadas en los terceros países y ante las organizaciones internacionales.

10. a) La Presidencia de la Cooperación Política Europea será ejercida por aquella de las Altas Partes Contratantes que ejerza la Presidencia del Consejo de las Comunidades Europeas.

b) Corresponderá a la Presidencia la iniciativa, la coordinación y la representación de los Estados miembros ante los terceros países para las actividades que dependan de la Cooperación Política Europea. Estará igualmente encargada de la gestión de la Cooperación Política y, en particular, de la fijación del calendario de las reuniones, de su convocatoria, así como de su organización.

c) Los Directores Políticos se reunirán regularmente en el seno del Comité Político a fin de dar el impulso necesario, asegurar la continuidad de la Cooperación Política Europea y preparar las discusiones de los ministros.

d) A petición de tres Estados miembros, como mínimo, se convocará, en el plazo de cuarenta y ocho horas, al Comité Político, o en caso necesario una reunión ministerial.

e) El grupo de Corresponsales Europeos tendrá por misión seguir, según las directrices del Comité Político, la aplicación de la Cooperación Política Europea y estudiar los problemas de organización general.

f) Se celebrarán reuniones de Grupos de trabajo según las directrices del Comité Político.

g) Una Secretaría instalada en Bruselas asistirá a la Presidencia en la preparación y aplicación de las actividades de la Cooperación Política Europea, así como en las cuestiones administrativas. Ejercerá sus funciones bajo la autoridad de la Presidencia.

11. En materia de privilegios e inmunidades, los miembros de la Secretaría de la Cooperación Política Europea serán asimilados a los miembros de las Misiones diplomáticas de las Altas Partes Contratantes situadas en el lugar donde esté instalada la Secretaría.

12. Cinco años después de la entrada en vigor de la presente Acta, las Altas Partes Contratantes examinarán si procede someter a revisión el Título III.

TITULO IV

Disposiciones generales y finales

Artículo 31

Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica relativas a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al ejercicio de dicha competencia sólo serán aplicables a las disposiciones del Título II y al artículo 44; se aplicarán a dichas disposiciones en las mismas condiciones que a las disposiciones de los Tratados mencionados.

Artículo 32

Salvo lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3, en el Título II y en el artículo 31, ninguna disposición de la presente Acta afectará a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas ni a los Tratados y actas subsiguientes que los han modificado o completado.

Artículo 33

1. La presente Acta será ratificada por las Altas Partes Contratantes de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. Los instrumentos de ratificación serán depositados ante el Gobierno de la República Italiana.

2. La presente Acta entrará en vigor el primer día del mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad.

Artículo 34

La presente Acta, redactada en un ejemplar único, en lenguas castellana, danesa, alemana, griega, francesa, irlandesa, italiana, neerlandesa y portuguesa, cuyos textos en cada una de estas lenguas son igualmente auténticos, será depositada en los archivos del Gobierno de la República Italiana, que remitirá una copia certificada conforme a cada uno de los Gobiernos de los restantes Estados signatarios.

En fe de lo cual, los plenipotenciarios abajo firmantes suscriben la presente Acta.

Hecho en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en La Haya el 28 de febrero de 1986.

ACTA FINAL

La Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, convocada en Luxemburgo el 9 de septiembre de 1985,

que prosiguió su trabajo en Luxemburgo y Bruselas y que, una vez concluido éste, se reunió en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en La Haya el 28 de febrero de 1986, ha adoptado el siguiente texto:

I

ACTA UNICA EUROPEA

II

En el momento de firmar este texto, la Conferencia ha adoptado las declaraciones enumeradas a continuación, y anejas a la presente Acta Final:

1. Declaración sobre las competencias de ejecución de la Comisión.
2. Declaración sobre el Tribunal de Justicia.
3. Declaración sobre el artículo 8A del Tratado CEE.
4. Declaración sobre el artículo 100A del Tratado CEE.
5. Declaración sobre el artículo 100B del Tratado CEE.
6. Declaración general sobre los artículos 13 a 19 del Acta Unica Europea.
7. Declaración sobre el apartado 2 del artículo 118A del Tratado CEE.
8. Declaración sobre el artículo 130D del Tratado CEE.
9. Declaración sobre el artículo 130R del Tratado CEE.
10. Declaración de las Altas Partes Contratantes sobre el Título III del Acta Unica Europea.
11. Declaración sobre la letra g) del apartado 10 del artículo 30 del Acta Unica Europea.

La Conferencia ha tomado, asimismo, nota de las declaraciones enumeradas a continuación y anejas a la presente Acta Final:

1. Declaración de la Presidencia sobre el plazo dentro del cual deberá pronunciarse el Consejo en primera lectura (apartado 2 del artículo 149 del Tratado CEE).
2. Declaración política de los Gobiernos de los Estados miembros sobre la libre circulación de personas.
3. Declaración del Gobierno de la República Helénica sobre el artículo 8A del Tratado CEE.
4. Declaración de la Comisión sobre el artículo 28 del Tratado CEE.
5. Declaración del Gobierno de Irlanda sobre el apartado 2 del artículo 57 del Tratado CEE.
6. Declaración del Gobierno de la República Portuguesa sobre el párrafo segundo del artículo 59 y el artículo 84 del Tratado CEE.

7. Declaración del Gobierno del Reino de Dinamarca sobre el artículo 100A del Tratado CEE.

8. Declaración de la Presidencia y de la Comisión sobre la capacidad monetaria de la Comunidad.

9. Declaración del Gobierno del Reino de Dinamarca sobre la Cooperación Política Europea.

DECLARACIÓN SOBRE COMPETENCIAS DE EJECUCIÓN DE LA COMISIÓN

La Conferencia pide a los órganos comunitarios que adopten, antes de la entrada en vigor del Acta, los principios y las normas con arreglo a los cuales se determinarán, en cada caso, las competencias de ejecución de la Comisión.

A este respecto la Conferencia invita al Consejo a que reserve, en particular al procedimiento del Comité Consultivo, en aras de la rapidez y eficacia del proceso de decisión, un lugar preponderante para el ejercicio de las competencias de ejecución confiadas a la Comisión en el ámbito del artículo 100A del Tratado CEE.

DECLARACIÓN SOBRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La Conferencia conviene en que las disposiciones del apartado 1 del artículo 32 quinto del Tratado CECA, del apartado 1 del artículo 168A del Tratado CEE y del apartado 1 del artículo 140A del Tratado CEEA, se entienden sin perjuicio de eventuales atribuciones de competencias jurisdiccionales que podrían preverse en el marco de los convenios celebrados entre los Estados miembros.

DECLARACIÓN SOBRE EL ARTÍCULO 8A DEL TRATADO CEE

Con la inserción del artículo 8A, la Conferencia desea reflejar la firme voluntad política de tomar antes del 1 de enero de 1993 las decisiones necesarias para la realización del mercado interior definido en esa disposición, y más particularmente las decisiones necesarias para la ejecución del programa de la Comisión tal y como figura en el Libro Blanco sobre el mercado interior.

La fijación de la fecha del 31 de diciembre de 1992 no producirá efectos jurídicos de una manera automática.

DECLARACIÓN SOBRE EL ARTÍCULO 100A DEL TRATADO CEE

La Comisión favorecerá, en sus propuestas en el marco del apartado 1 del artículo 100A, el recurso al instrumento de la directiva, si la armonización implica, en uno o varios Estados miembros, una modificación de disposiciones legales.

DECLARACIÓN SOBRE EL ARTÍCULO 100B DEL TRATADO CEE

La Conferencia considera que, dado que el artículo 8C del Tratado CEE tiene un alcance general, éste debe aplicarse también en el caso de las propuestas que la Comisión deba presentar en virtud del artículo 100B de dicho Tratado.

DECLARACIÓN GENERAL SOBRE LOS ARTÍCULOS 13 A 19 DEL ACTA ÚNICA EUROPEA

Nada de lo establecido en esas disposiciones afectará al derecho de los Estados miembros de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de la inmigración de terceros países y de lucha contra el terrorismo, la criminalidad, el tráfico de drogas y el tráfico de obras de arte y de antigüedades.

DECLARACIÓN SOBRE EL APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 118A DEL TRATADO CEE

La Conferencia observa que en las deliberaciones sobre el apartado 2 del artículo 118A del Tratado CEE hubo acuerdo sobre el hecho de que, en la definición de normas mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, la Comunidad no tiene la intención de discriminar a los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas de una forma que no se justifique objetivamente.

DECLARACIÓN SOBRE EL ARTÍCULO 130D DEL TRATADO CEE

La Conferencia recuerda al respecto las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas, de marzo de 1984, que dicen así:

«Los medios financieros destinados a las intervenciones de los Fondos, teniendo en cuenta los PIM, serán aumentados de forma significativa, en términos reales, en el marco de las posibilidades de financiación».

DECLARACIÓN SOBRE EL ARTÍCULO 130R DEL TRATADO CEE:

Con respecto al tercer guión del apartado 1

La Conferencia confirma que la acción de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente no deberá interferir en la política nacional de explotación de los recursos energéticos.

Con respecto al párrafo segundo del apartado 5

La Conferencia considera que las disposiciones del párrafo segundo del apartado 5 del artículo 130R no afectan a los principios que resultan de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto AETR.

DECLARACIÓN DE LAS ALTAS PARTES CONTRATANTES
SOBRE EL TÍTULO III DEL ACTA ÚNICA EUROPEA

Las Altas Partes Contratantes del Título III sobre la Cooperación Política Europea reafirman su actitud de apertura respecto de otras naciones europeas que comparten los mismos ideales y los mismos objetivos. Conviene, en particular, en fortalecer sus lazos con los Estados miembros del Consejo de Europa y con otros países europeos democráticos con los que mantienen relaciones amistosas y cooperan estrechamente.

DECLARACIÓN SOBRE LA LETRA g DEL APARTADO 10
DEL ARTÍCULO 30 DEL ACTA ÚNICA EUROPEA

La Conferencia considera que las disposiciones del apartado 10, g), no afectan a las disposiciones de la Decisión de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de 8 de abril de 1965 relativa a la instalación provisional de determinadas instituciones y de determinados servicios de las Comunidades.

DECLARACIÓN DE LA PRESIDENCIA SOBRE EL PLAZO DENTRO
DEL CUAL DEBERÁ PRONUNCIARSE EL CONSEJO
EN PRIMERA LECTURA (APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 149
DEL TRATADO CEE)

Con respecto a la Declaración del Consejo Europeo en Milán, según la cual el Consejo debe buscar la manera de mejorar sus procedimientos de decisión, la Presidencia ha manifestado la intención de llevar a buen fin los mencionados trabajos dentro del plazo más breve posible.

DECLARACIÓN POLÍTICA DE LOS GOBIERNOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

Con objeto de promover la libre circulación de personas, los Estados miembros cooperarán, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, en particular en lo que respecta a la entrada, circulación y residencia de los nacionales de terceros países. Asimismo cooperarán en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, la droga y el tráfico de obras de arte y de antigüedades.

DECLARACIÓN DEL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA HELÉNICA SOBRE EL ARTÍCULO 8A DEL TRATADO CEE

Grecia considera que el desarrollo de políticas y acciones comunitarias y la adopción de medidas en virtud del apartado 1 del artículo 70 y del artículo 84 deberán hacerse de tal forma que no perjudiquen a los sectores sensibles de las economías de los Estados miembros.

DECLARACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE EL ARTÍCULO 28 DEL TRATADO CEE

En lo que respecta a sus propios procedimientos internos, la Comisión adoptará las medidas necesarias para que los cambios que resulten de la modificación del artículo 28 del Tratado CEE no produzcan un retraso en su respuesta a las peticiones urgentes de modificación o de suspensión de derechos del arancel aduanero común.

DECLARACIÓN DEL GOBIERNO DE IRLANDA SOBRE EL APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 57 DEL TRATADO CEE

Irlanda, al confirmar su acuerdo sobre la votación por mayoría cualificada en el apartado 2 del artículo 57, desea recordar que el sector del seguro en Irlanda es especialmente sensible y que han tenido que adoptarse medidas específicas para la protección de los titulares de pólizas de seguros y de las terceras partes. En relación con la armonización de las legislaciones de seguros, el Gobierno irlandés parte del supuesto de que podrá contar con una actitud comprensiva por parte de la Comisión y de los otros Estados miembros de la Comunidad en caso de que Irlanda se encontrare posteriormente en una situación en la que el Gobierno irlandés considerare necesario adoptar disposiciones especiales respecto de la situación de dicho sector en Irlanda.

DECLARACIÓN DEL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA PORTUGUESA
SOBRE EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 59
Y EL ARTÍCULO 84 DEL TRATADO CEE

Portugal estima que el paso de la votación por unanimidad a la votación por mayoría cualificada, en el párrafo segundo del artículo 59 y en el artículo 84, al no haber sido planteado en las negociaciones de adhesión de Portugal a la Comunidad y al modificar sustancialmente el ácrvo comunitario, no debe dañar a los sectores sensibles y vitales de la economía portuguesa, y que deberían adoptarse medidas transitorias específicas apropiadas cada vez que fuere necesario, a fin de impedir posibles efectos negativos para dichos sectores.

DECLARACIÓN DEL GOBIERNO DEL REINO DE DINAMARCA
SOBRE EL ARTÍCULO 100A DEL TRATADO CEE

El Gobierno danés hace constar que en los casos en que un país miembro considere que una medida de armonización adoptada acogiéndose al artículo 100A no salvaguarde requisitos más elevados relativos al medio de trabajo, la protección del medio ambiente o los requisitos mencionados en el artículo 36, el apartado 4 del artículo 100A garantiza que el Estado miembro interesado podrá aplicar medidas nacionales. Las medidas nacionales deberán tener por objeto cumplir los requisitos antes mencionados y no deben constituir un proteccionismo encubierto.

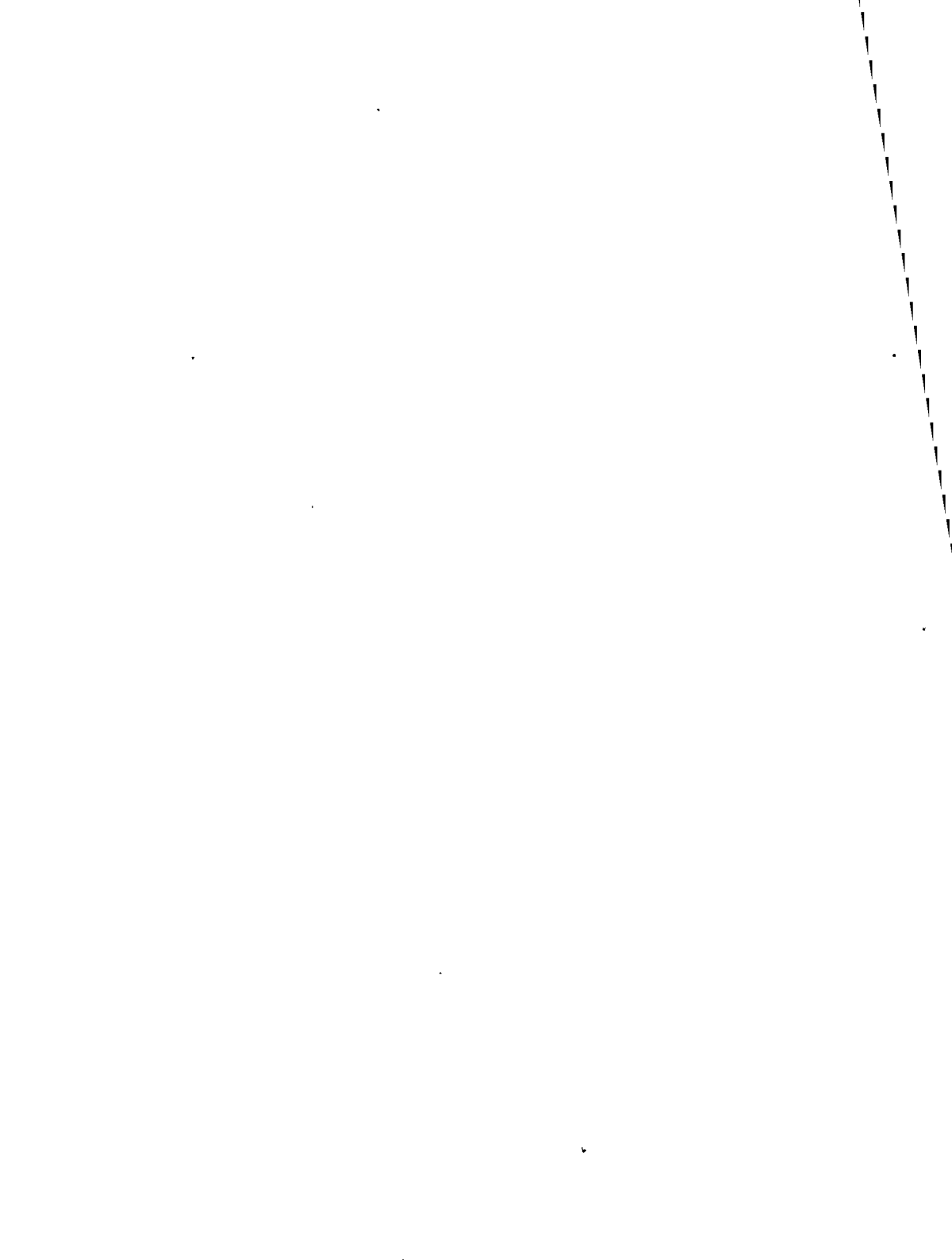
DECLARACIÓN DE LA PRESIDENCIA Y DE LA COMISIÓN
SOBRE LA CAPACIDAD MONETARIA DE LA COMUNIDAD

La Presidencia y la Comisión consideran que las disposiciones relativas a la capacidad monetaria de la Comunidad introducidas en el Tratado CEE no prejuzgan la posibilidad de un desarrollo posterior en el marco de las competencias existentes.

DECLARACIÓN DEL GOBIERNO DEL REINO DE DINAMARCA
SOBRE LA COOPERACIÓN POLÍTICA EUROPEA

El Gobierno danés hace constar que la conclusión del Título III sobre la Cooperación Política Europea no afectará a la participación de Dinamarca en la cooperación nórdica en el ámbito de la política exterior.

ACTUALIDAD JURIDICA



I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) COMUNITARIA

1. *Acta Unica Europea*.—Ratificada por España, según Ley Orgánica 4/1986, de 26 de noviembre, se encuentra en vigor a partir del 3 de diciembre pasado. Este acuerdo internacional modifica algunos artículos de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, incorporando a la vez otros preceptos en materia de unión económica y monetaria, política social, investigación y desarrollo tecnológicos y medio ambiente.

El texto completo y un comentario de sus preceptos y directrices, realizado por nuestro colaborador don EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, puede verse en la Sección «Dictámenes y notas» de este mismo número.

2. *Acuerdo Europeo sobre Seguridad Social*.—En el *Boletín Oficial del Estado* de 12 de noviembre de 1986 se publica el Instrumento de ratificación por España de este Acuerdo hecho en París en 1972, una vez concedida por las Cortes Generales la autorización correspondiente. El texto de este Convenio, que se inserta íntegro, responde a la idea del principio de igualdad de trato a los nacionales de las Partes Contratantes, de los refugiados y de los apátridas en lo que respecta a la legislación sobre Seguridad Social, no obstante los cambios de residencia de dichas personas.

3. *Comisiones rogatorias del Tribunal comunitario de Justicia*.—El artículo 26 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea y el artículo 27 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, ambos de 17 de abril de 1957, contienen una remisión al Reglamento de Procedimiento del Tribunal en orden al despacho de comisiones rogatorias. El artículo 44 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero contiene un reenvío genérico al Reglamento.

En desarrollo de dicha habilitación, el Reglamento Adicional de 4 de diciembre de 1974, dictado en aplicación del artículo 111 del Regla-

mento de Procedimiento, establece, en su artículo 2, la obligación de los Estados de designar una Autoridad nacional competente para transmitir a las Autoridades judiciales internas las comisiones rogatorias recibidas del Tribunal de Justicia comunitario. Dicha Autoridad es, en la casi totalidad de los Estados comunitarios, el Ministro de Justicia.

El citado Reglamento de procedimiento, de 4 de diciembre de 1974, prevé en su artículo 76^o un incidente procesal en orden a la concesión por el Tribunal comunitario del beneficio de justicia gratuita, precepto que se completa por el artículo 4 del también citado Reglamento adicional, que prevé la designación de Autoridades nacionales competentes, para recibir comunicaciones de aquél y formular propuestas en orden al nombramiento de Abogado de oficio. También, en este caso, son los Ministros de Justicia las Autoridades generalmente designadas.

Por Real Decreto 220/1987, de 20 de febrero, en su artículo 1.º, España designa al Ministro de Justicia como Autoridad competente para recibir y transmitir comisiones rogatorias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

4. *Adquisiciones de comunitarios en zonas militares.*—Una Resolución de la Dirección General de Política de Defensa del expresado Ministerio, de fecha 18 de septiembre de 1986, comunicada a las autoridades militares el 21 de noviembre, señala que «los nacionales comunitarios, igual que los españoles, no necesitan la previa autorización de este Ministerio de Defensa para la adquisición de bienes inmuebles en las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros. Se exceptúan de esta norma los enclaves de Ceuta y Melilla, que se rigen por su propia normativa».

Como se sabe, la legislación militar está actualmente integrada por la Ley 6/1975, de 12 de marzo, sobre Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional y por su Reglamento, aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, y la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de octubre de 1983.

En cuanto a Ceuta y Melilla, la Disposición final del Reglamento citado establece que cuando los adquirentes sean extranjeros o españoles nacionalizados será necesaria la *previa autorización del Consejo de Ministros*, la cual sustituirá a la autorización militar.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Arrendamientos rústicos.*—La Ley 1/1987, de 12 de febrero, que se publica en el *Boletín Oficial del Estado* del día siguiente, proroga

por cinco años los arrendamientos rústicos concertados antes de la Ley de 1935, siempre que el arrendatario sea cultivador personal. Con ello se trata de salvar el plazo que concedió la Disposición transitoria 1.^a, regla 3.^a, de la Ley de 31 de diciembre de 1980, dentro del cual podrían instar los arrendatarios el derecho de acceso a la propiedad. Coincide con dos normas autonómicas recientemente publicadas, que son una ley gallega en el mismo sentido y la Ley de Valencia de 15 de diciembre de 1986, sobre arrendamientos históricos, que ya reseñamos en nuestro número anterior.

2. *Otras normas de ámbito nacional.*—Se han publicado en el *Boletín Oficial del Estado*: Real Decreto-ley 3/1986, de 30 de diciembre, sobre medidas urgentes de aprovechamientos hidráulicos de la Cuenca del Segura; una Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de enero de 1987, sobre certificaciones en el Registro Civil; el Real Decreto 2696/1986, de 19 de diciembre, sobre beneficios tributarios a las Sociedades Anónimas Laborales. Hay también una Resolución de la Dirección General de Administración Local, de fecha 27 de enero de 1987, sobre Reglamento de Entidades Locales.

3. *Distribución de asuntos entre las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.*—El *Boletín Oficial del Estado* del 31 de diciembre publicó un Acuerdo de la Sala de Gobierno que dice así:

La Sala de Gobierno de este Tribunal Supremo, en su reunión del día 12 del mes en curso, previo examen del expediente relativo a distribución de competencias entre las Salas de lo Contencioso-Administrativo del propio Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción, y teniendo en cuenta lo establecido por el Real Decreto 1519/1986, de 25 de julio, en relación con los recursos que tuvieran por objeto los actos y disposiciones procedentes de los Ministerios que a continuación se relacionan y con los procesos que también se indican, acordó llevar a efecto tal distribución en los términos siguientes:

Sala Tercera: Ministerios de Economía y Hacienda; Obras Públicas y Urbanismo (sólo Obras Públicas); Educación y Ciencia; Industria y Energía; Transportes, Turismo y Comunicaciones, y Cultura.

Sala Cuarta:

A) Ministerios de Asuntos Exteriores; Justicia, Obras Públicas y Urbanismo (sólo Urbanismo), y Sanidad y Consumo (salvo las cuestiones de personal de Sanidad).

B) Las Entidades Locales y Corporaciones e Instituciones Públicas sometidas a su tutela, excepto los recursos que tuvieren por objeto actos o disposiciones relativos a exacciones públicas de cualquier clase, cuyo conocimiento corresponderá a la Sala Tercera.

C) Cualesquiera otros Organos o Instituciones o Corporaciones Públicas no sometidas a la tutela o dependencia de alguno de los Departamentos enumerados en el presente Acuerdo.

Sala Quinta:

A) Ministerios de Defensa; Interior; Trabajo y Seguridad Social; Agricultura, Pesca y Alimentación; Administraciones Públicas; Sanidad y Consumo (sólo las cuestiones de personal de Sanidad), y de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno.

B) Personal de las Administraciones Públicas, activo o pasivo, en todos los supuestos.

C) También conocerá de las materias de expropiación forzosa en todas sus modalidades, de los recursos contencioso-electorales impugnatorios en las elecciones generales y de la validez de la elección y proclamación de Diputados y Senadores electos y de los recursos contencioso-administrativos referentes a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

Actos o disposiciones dictados conjuntamente por varios Organismos, asignados en los apartados anteriores a diferentes Salas: Conocerá aquella Sala a la que corresponda el Departamento ministerial más antiguo.

C) COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Señalamos como disposiciones importantes recientemente publicadas:

1. El Reglamento para la reforma agraria de Andalucía, donde se desarrollan extensamente las disposiciones legales sobre el particular, recogiendo las diversas rectificaciones de algunos Decretos de comarcas particulares, como consecuencia de resoluciones de los Tribunales competentes (*Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, 20 de enero).

2. Ley del Patrimonio de Cantabria (*Boletín Oficial de Cantabria*, 20 de enero).

3. Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Castilla-León (*Boletín Oficial de Castilla-León*, 29 de diciembre).

4. Decreto de la Diputación General de Aragón en materia de Agricultura de Montaña (*Boletín Oficial de Aragón*, 2 de enero).

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—En colaboración con la Asociación de la Prensa de Madrid, ha organizado el IV Seminario de Estudios Jurídicos, para tratar temas jurídicos importantes y polémicos de la actualidad, durante los meses de marzo y abril.

Es Director del Seminario el excelentísimo señor don LEONARDO PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Catedrático de Derecho Procesal y Académico, y su programa es el siguiente:

Martes, 24 de marzo

- «Introducción al estudio del Derecho», por el Excmo. Sr. Dr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, Notario de Madrid. Académico de Número Secretario General de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- «Derecho de la Información: Presente y futuro de los estudios universitarios de Ciencias de la Información», por el Ilmo. señor Doctor ANGEL BENITO, Decano de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense. Catedrático de Teoría General de la Información.

Miércoles, 25 de marzo

- «Derecho de Familia: Paternidad y filiación», por el Excmo. señor MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, Notario de Madrid. Académico de Número. Censor.
- «Derecho Tributario: El Instituto Jurídico del Tributo», por el Excmo. Sr. Dr. FERNANDO SAINZ DE BUJANDA, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Académico de Número.

Jueves, 26 de marzo

- «Derechos reales y obligaciones: Instituciones fundamentales», por el Ilmo. Sr. Dr. ANTONIO HERNÁNDEZ GIL Y ALVAREZ-CIENFUEGOS, Catedrático de Derecho Civil.
- «Derecho Administrativo: El funcionario público», por el Excelentísimo Sr. Dr. FERNANDO GARRIDO FALLA, Catedrático de Derecho Administrativo. Académico de Número.

Martes, 31 de marzo

- «Derecho Penal: El fenómeno de la droga en España», por el Excmo. Sr. Dr. MARINO BARBERO SANTOS, Catedrático de Derecho Penal. Magistrado de la Sala II del Tribunal Supremo.
- «Derecho de soberanía: El falso problema internacional de Ceuta y Melilla», por el Ilmo. Sr. Dr. JOSÉ ANTONIO TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, Profesor Titular de Derecho Internacional. Académico correspondiente. Ex-Secretario General de la Universidad Complutense de Madrid.

Miércoles, 1 de abril

- «Derecho de Extranjería: El Derecho de Asilo. La extradición», por el Ilmo. Sr. Dr. NICOLÁS GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Profesor Titular de Universidad. Académico correspondiente.
- «Derecho de la Información: Problemas jurídicos generales de la profesión periodística», por el Excmo. Sr. D. LUIS APOSTUA PALOS, Presidente de la Federación de Asociaciones de la Prensa de España y de la Asociación de la Prensa de Madrid.

Jueves, 2 de abril

- «El lenguaje jurídico», por el Excmo. Sr. Dr. LEONARDO PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Catedrático de Derecho Procesal. Académico de Número. Vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

A continuación se procede a la clausura del Seminario con palabras del excelentísimo señor Presidente de la Real Academia y también Presidente del Consejo General del Poder Judicial y Tribunal Supremo, Catedrático de Derecho Civil, DOCTOR ANTONIO HERNÁNDEZ GIL.

2. *XXII Curso de Derecho Agrario.*—En el mes de febrero comenzó a desarrollarse este curso en el Salón de Actos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, destinado a impartir enseñanzas de instituciones y legislación de Derecho Agrario, general, autonómico y comunitario, a graduados, estudiantes universitarios, técnicos y funcionarios, así como gerentes y directores de empresas agrarias.

Se estudia el régimen de propiedad y tenencia de la tierra en España; nociones de empresa, explotación y finca y su conservación; régimen fiscal; reformismo y desarrollo agrarios y sociedades y cooperativas. En

el ámbito autonómico se analizan los Estatutos en relación con sus competencias agrarias y normas especiales dictadas por las Comunidades en esta materia. En cuanto al Derecho Comunitario Europeo, se estudia la normativa que rige la política agrícola comunitaria y jurisprudencia del Tribunal de Justicia en este campo.

Lo organiza la Asociación Española de Derecho Agrario, a cargo de profesores y especialistas, con gran concurrencia de asistentes.

5. *Comité Latinoamericano de Consulta Registral.*—Por iniciativa de la Asociación Registral Argentina se ha fundado este Comité, que se encuadra en el espíritu panamericano de procurar la solución de problemas propios con orígenes comunes. El mejor conocimiento de las técnicas específicas de cada país con intercambio de las soluciones encontradas, tanto en el terreno práctico como en el legislativo, proporcionará un oportuno trueque de experiencias, con enriquecimiento del Derecho Registral.

Este Comité se ha constituido en una reunión celebrada en la ciudad argentina de Trelew, capital de la provincia de Chubut, y suscribieron su constitución los siguientes países: Brasil, Argentina, Uruguay, Perú, Costa Rica, Puerto Rico y México.

4. *Instituto de Registro Inmobiliario do Brasil.*—En vísperas de celebrarse en Río de Janeiro el VII Congreso Internacional de Derecho Registral, ha sido elegida la nueva Directiva del Instituto, que preside CARLOS FERNANDO WESTPHALEN SANTOS y tomó posesión el día 1 de diciembre pasado, en una ceremonia informal, según se nos indica en el *Boletim do IRIB* del mismo mes, número 115. Estamos seguros de la efectividad de la nueva Directiva, tal como hemos de comprobar en nuestra próxima visita con motivo del inminente Congreso Internacional.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 31 de octubre de 1986.*—ARRENDAMIENTO DE VI-VIENDA FAMILIAR.—Ambos cónyuges pueden oponerse en juicio a su resolución, de acuerdo con el artículo 96 del Código Civil.—Sala Segunda. Recurso de amparo número 935/1985.—Ponente: Sr. De la Vega Benayas.

Hechos.—La propietaria y arrendadora del piso —que ocupa con sus hijos la recurrente en amparo— promovió juicio de desahucio por falta de pago, dirigiendo la demanda sólo contra el marido, titular y firmante del contrato de arrendamiento. El matrimonio estaba separado por sentencia firme y se había adjudicado judicialmente a la esposa, con los hijos, el uso y disfrute de la vivienda locada. Enterada la esposa de la pendencia del juicio, se dirige mediante escrito al Juzgado para que se la tuviera por comparecida e interesada en el asunto. El Juez, tras dar traslado a la otra parte, se pronuncia en contra, como también lo hace el Juez de la apelación ante el recurso interpuesto por la interesada. Posteriormente recae sentencia del Juzgado de Distrito, decretando el desahucio por impago de la renta, ya que el marido titular del contrato no había comparecido en el juicio ni ejercitado derecho alguno para evitar el lanzamiento. La aquí actora, a quien se le notificó dicha sentencia, no interpone apelación por estimar que, no siendo parte, no se le hubiera admitido, confiando, por otra parte, en que el Juzgado apreciara de oficio el litis consorcio que ella había denunciado en sus escritos.

La esposa «arrendataria» promueve ahora recurso de amparo, basado en el artículo 24 de la Constitución, pidiendo se anule la resolución del Juzgado de Distrito que negaba a la recurrente la personación en el procedimiento de desahucio.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Primero.—Otorgar el amparo solicitado y declarar la nulidad de la Sentencia de 27 de septiembre de 1985 del Juzgado de Distrito de Salamanca número 3, dictada en el asunto número 130/1985, así como las resoluciones anteriores recaídas en dicho proceso que negaron la comparecencia en el mismo de la recurrente doña Antonia.

Segundo.—Reconocer a la recurrente el derecho a ser tenida por parte en dicho juicio de desahucio y a seguirse con ella el juicio promovido por la arrendadora contra el marido de la primera.

La sentencia se basa en los siguientes fundamentos de Derecho:

Primero.—Reiterada, y por eso conocida, es la doctrina de este Tribunal acerca de la garantía consagrada en el artículo 24, 1, de la Constitución española, relativa al derecho de tutela judicial efectiva que, por lo general, se satisface en vía judicial ordinaria al obtenerse una resolución fundada en Derecho, favorable o no a las pretensiones en juego e incluso, en hipótesis, desestimatoria por un motivo formal, cuando así proceda y se estime razonablemente.

Pero es la casuística del recurso de amparo la que, con la finalidad y resultado de una más completa defensa de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha venido delimitando el ámbito de dicho recurso, al dar respuesta a las distintas situaciones. Esto ha sucedido en los supuestos de inadmisión o rechazo de las pretensiones por causa de los llamados presupuestos procesales o requisitos de admisibilidad y, más concretamente aún, en los supuestos de legitimación de las partes para sostener válidamente sus pretensiones en los procesos.

Segundo.—No es inoportuno traer aquí a colación la doctrina de este Tribunal respecto de la legitimación en el proceso de amparo por actos imputables a órganos judiciales (art. 44 LOTC) y a la amplia interpretación hecha sobre el requisito que exige el artículo 46, 1, b), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: haber sido parte en el proceso judicial correspondiente; habiéndose tenido por tal, en efecto, a quien, pese a habérsele negado esa cualidad procesal por razones estrictas y formales excesivas, por causas no imputables al interesado, realmente le correspondía conforme a una interpretación razonable de la legalidad, es decir, a quien pudo serlo o tenía derecho a serlo tras haber pretendido razonablemente que así se lo reconociera el órgano judicial (Sentencias de 8 de febrero de 1982, núm. 4; 2 de julio de 1982, núm. 46; 11 de octubre de 1982, núm. 60, y 27 de mayo de 1986, núm. 67).

Tercero.—Sin embargo, si bien esa doctrina deba ser operada en el supuesto es aquí distinto, aunque semejante, en cuanto al fondo, pues en aquélla se plantea también un problema de legitimación. Aquí se trata de determinar si a la recurrente se le produjo indefensión al negarle el derecho a ser parte, en tanto en cuanto mostró un interés legítimo traducido en el derecho concreto a serlo.

En este sentido es el Juez ordinario a quien compete realizar —como primer guardián de la norma suprema— una interpretación acomodada a ésta, pro defensa del derecho constitucional en juego (el acceso a la justicia), y evitar así que la defensa en juicio sea impedida por obstáculos salvables, ya que en ningún caso puede producirse indefensión (art. 24, 1, de la Constitución española). Ha de enlazar, pues, el Juez la aplicación de la legalidad, por muy estricta que sea, con su trascendencia constitucional en punto a la protección de los derechos fundamentales, mediante la intermediación interpretativa más favorable al acceso jurisdiccional.

Es claro que el artículo 24, 1, de la Constitución española incluye en sus garantías la protección del derecho de todo posible litigante o encausado a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, y que de no ser así, supuesto un impedimento no legal o legal, pero no atemperado a una aplicación razonable, se causaría indefensión susceptible de amparo constitucional, al no gozar la parte impedida u obstaculizada de los mismos derechos que la contraria (principio de igualdad, principio de contradicción, principio de audiencia bilateral).

En el cuarto fundamento jurídico se recogen los hechos ya relatados y se aclara que la actora no interpuso apelación contra la sentencia por estimar que no se la hubieran admitido por no ser parte, aunque ya había pedido que se apreciara el litis consorcio de oficio. Y sigue diciendo que es esta última circunstancia, conviene recordarlo ahora, la que motivó la admisión del presente recurso, por entenderse que la recurrente había agotado la vía judicial previa, pues no era exigible una conducta procesal —un dudoso recurso— que los Juzgados habían advertido que era improcedente.

Quinto.—La cuestión planteada, a la vista de los antecedentes y de la doctrina expuesta, reside en determinar si a la actora se le denegó indebidamente por la jurisdicción la condición de parte y, con ello, la posibilidad de defenderse en juicio frente a la acción de desahucio, con la relevancia constitucional que determina el artículo 24, 1, de la Constitución española. Esto obliga a este Tribunal —sin contrariar la prohibición de conocer de los hechos, a la que se refiere el art. 44, 1, b), LOTC— a valorar la situación jurídica de la recurrente en relación con el objeto de la contienda y a determinar si su vinculación e interés en el mismo le hacía acreedora a la condición de parte en el proceso, para concluir si fue o no razonable la respuesta judicial negativa.

Sexto.—La condición de parte que aquí se debate es la material o *ad causam*, no la procesal, aunque la primera determine la segunda y la legitime. Esta legitimación, en definitiva, viene prefigurada por la atribución a la persona del derecho material discutido; por su titularidad, sea directa o indirecta, sea convencional o legal, mediante la cual se incluye en el ámbito de su patrimonio la cosa o el derecho discutido.

Es evidente que en el caso presente no se puede negar a la que recurre esa atribución y relación con la cosa, es decir, su derecho a la posesión arrendaticia adquirido mediante contrato suscrito por su marido (alquiler de vivienda para uso familiar), el cual, aunque fuera el único firmante del contrato, no por eso puede ostentar la exclusiva ni de la titularidad ni de la posesión, obviamente posesión común o coposesión (posesión indivisa admitida por el art. 445 CC). Será, sí, la del marido una titularidad formal a los efectos de terceros e incluso procesal caso de contienda, pero sin que eso suponga que en su ejercicio pueda disponerse del derecho que el título le concede con desprejo o menoscabo de otros intereses legítimos y menos de los cotitulares materiales (esposa e hijos). Esto lo prohíbe el artículo 7.º del Código Civil y 10 de la Constitución española (respeto al derecho de los demás). No consta que este fuera el supuesto de la conducta del marido, es decir, la de permitir, por negligencia o por mala fe,

a través de su incomparecencia en el juicio de desahucio y declaración de rebeldía, que, por falta de pago o no enervación de la acción, se decretara por sentencia el lanzamiento y desposesión del piso.

La situación, objetivamente, es la de incomparecencia del marido titular y la negativa judicial a tener por parte a la esposa, a quien por sentencia anterior firme, en juicio de separación se le había atribuido el uso de la vivienda familiar, a tenor de lo dispuesto en el Código Civil (artículos 90 y 91).

Como oportunamente recuerda el Ministerio Fiscal, el artículo 96 *in fine* de ese Código prescribe que «para disponer de la vivienda .. cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial». Esto indica, aparte de que el precepto parece referirse a la disposición dominical (enajenación o gravamen), que, en buena interpretación, no puede alterarse unilateralmente la disponibilidad posesoria de la vivienda y que el consentimiento de ambos cónyuges convierte el interés en derecho *ope legis*, o, lo que es lo mismo, que los dos cónyuges ostentan y tienen atribuido el derecho que el contrato de arrendamiento configura. Igual atribución, por otra parte y para situaciones normales —no como la traumática de separación del artículo 96 CC— establece el artículo 1.320 del mismo Código, al exigir el consentimiento de ambos cónyuges (o, en su caso, del Juez) para «disponer de los derechos sobre la vivienda habitual . aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de ellos». Normas ambas que corresponden a la moderna tónica legal de protección del interés común familiar, que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario.

Séptimo.—De lo expuesto resulta que la legislación —pese a la duda de la recurrente— sí ha proveído respecto a la situación planteada en el recurso, ofreciendo suficientes armas para la solución positiva del amparo y antes al Juez ordinario para haber aceptado la pretensión de tener a aquélla por parte. Ateniéndonos al caso, es evidente, en efecto, que el artículo 96 del Código Civil ha creado un litis consorcio pasivo necesario al equiparar al cónyuge no titular (no firmante) del contrato de arrendamiento con el suscriptor del mismo, considerando a ambos en la misma situación jurídica contractual. La consecuencia procesal es, pues, la necesidad de traer a juicio a los dos para evitar que, ausente uno, pueda éste verse afectado sustancialmente en su derecho material (aquí, la posesión arrendaticia) por la sentencia dictada contra el otro, con eficacia de cosa juzgada, es decir, con indefensión insubsanable. De ahí para impedirlo que la doctrina jurisprudencial haya determinado el deber de apreciar *ex officio* la no llamada al juicio del litisconsorte y declarar mal formada la relación jurídica procesal, sin entrar en el fondo del asunto.

Consecuentemente, como interesada y parte que era la hoy recurrente, así debió reconocérsele. Al no haberse hecho así por las resoluciones judiciales cuestionadas, llegándose hasta dictar sentencia sin haber sido oída en juicio, es claro que se ha producido la indefensión que se alega en el recurso, violándose el derecho reconocido en el artículo 24, 1, de la Constitución española, por lo que, como se pide, debe ser restablecida la recurrente en su derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

2. *Sentencia de 1 de octubre de 1986.*—JUICIO DE DESAHUCIO.—No es estimable el amparo que se pide por la inadmisión de recursos procesales improcedentes por Tribunales de instancia.—Sala Primera.—Recurso de amparo número 688/1985.—Ponente: Sr. Truyol Serra.—Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 22 de octubre.

Hechos.—A) Don José Ignacio Santiago Fernández presentó demanda de desahucio por falta de pago contra la «Compañía Logroñesa Hostelera, Sociedad Anónima», ante el Juzgado de Distrito número 2 de Avilés, solicitando el desahucio por entender que estaban impagadas las rentas de julio y agosto de 1984, que, a razón de 800.000 pesetas, importaban pesetas 1.600.000. Según el contrato de inquilinato, que iba a entrar en vigor el día 1 de mayo de 1983, la arrendataria «COLOHOSA» entregó al arrendador veinticuatro letras de cambio de 800.000 pesetas cada una, para ser aplicadas al pago de las rentas entre el 1 de mayo de 1983 y el 30 de abril de 1985. Las letras de julio y agosto se habían devuelto impagadas, por lo que la acción de desahucio hubiera sido procedente si no se hubiera consignado o pagado oportunamente.

B) Antes del juicio, que estaba señalado para el 15 de noviembre de 1984, la demandada remitió desde el Bankinter de Burgos, en transferencia efectuada el 13 de noviembre de 1984, 1.600.000 pesetas. Igualmente, antes del día del juicio se remitió desde el Banco Hispano Americano de Oviedo a la cuenta corriente del arrendador, en fecha de 13 de noviembre de 1984, dos transferencias de 800.000 pesetas cada una. Y, *ad cautelam*, llevó en mano la demandada y en metálico 1.600.000 pesetas para consignarlas sobre la mesa del Juzgado si el arrendador decía no haber recibido aún dichas transferencias. Aunque en el acta del juicio, extendida en audiencia del Juzgado en 15 de noviembre de 1984, no se hace constar que, una vez iniciada la redacción del acta, llegaron a la Sala el Apoderado y el Ejecutivo de la empresa demandada, portando en billetes de banco la cantidad de 1.600.000 pesetas, que quisieron ofrecer o consignar para el pago de las rentas reclamadas, *ad cautelam*, no obstante haber efectuado días antes las transferencias bancarias de que se ha hecho mérito, es lo cierto que se opuso terminantemente a dicha consignación o aceptación el Letrado de la parte actora, quien sostuvo que, habiéndose iniciado el acto ya no procedía admitir, ni siquiera hacer constar en acta, aquella oferta, lo que privó a la parte demandada de los derechos que la Ley le confiere para su posible defensa.

C) Se fundaba la demanda en que el contrato de arrendamiento lo era de industria o negocio en marcha, sin acompañar el contrato, pero los demandados sostenían que era un arrendamiento de local de negocio, porque todas las instalaciones las hicieron los arrendatarios. Por lo tanto, en ese momento procesal no podía el Juzgado saber cuál era la naturaleza del contrato, ni tampoco es posible dilucidar este tema con plenitud de conocimiento de causa en un juicio tan sumario como el de desahucio por falta de pago.

Entiende la recurrente que la normativa legal cambia, ya que en el procedimiento ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ha de consignar o pagar antes del juicio, mientras que en el de la Ley de Arrendamientos Urbanos ese pago se puede hacer hasta antes de la sentencia, y por ello, al no haber hecho constar en el acta ese ofrecimiento, es evi-

dente que aun con la mejor buena fe del órgano jurisdiccional se violaron los derechos de la parte demandada, causando indefensión, que debe determinar la nulidad del juicio.

D) Así se pidió en la demanda de nulidad del juicio, en la que se hizo invocación expresa del artículo 24 de la Constitución. El Juzgado de Distrito, mediante Providencia de 9 de febrero de 1985, no admitió a trámite la demanda. La solicitante de amparo interpuso recurso de reposición, volviendo a citar el artículo 24, 1, de la Constitución, en escrito de 13 de febrero de 1985. El Juzgado dictó Auto el 28 de febrero de 1985, declarando no haber lugar al recurso de reposición interpuesto. Contra este auto interpuso recurso de apelación la solicitante de amparo el 9 de marzo de 1985, que fue admitido en Providencia de 11 de marzo siguiente; no obstante, el Juzgado repuso aquella providencia, estimando el recurso interpuesto por la parte contraria sobre la base del artículo 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Contra este auto interpuso recurso de apelación la solicitante de amparo en escrito de 22 de marzo de 1985, y al no ser admitido, recurso de queja, que fue desestimado mediante el Auto de 26 de junio de 1985.

Los fundamentos jurídicos de la demanda son que el Auto de 26 de julio de 1985 del Juzgado número 2 de Avilés, que desestima el recurso de queja, al igual que los anteriores del Juzgado de Distrito número 2 de Avilés, que no admiten a trámite la demanda de nulidad, dan lugar a la vulneración del artículo 24, 1, de la Constitución española. Se ha producido indefensión al exigir que se acredite el pago de unas rentas que, en virtud del contrato de arrendamiento en vigor entre ambas partes, habían sido abonadas mediante 24 letras de cambio de 800.000 pesetas cada una, aceptadas y domiciliadas en la cuenta del arrendador para ser aplicadas cada una de ellas al pago de las rentas de los veinticuatro meses que hay entre el 1 de mayo de 1983 y el 30 de abril de 1985. Y ello desde una doble perspectiva: en primer lugar, porque la solicitante de amparo manifiesta haber pagado dichas letras, y en segundo lugar, porque, al haber admitido el arrendador esas 24 letras como pago de las rentas y al haberlas librado o firmado como librador, aceptó también simultáneamente las consecuencias que se derivan del artículo 1.170 del Código Civil, que en su párrafo último priva de acción o deja en suspenso la acción para reclamar el cumplimiento del contrato, es decir, la obligación de pago, en tanto las letras no resulten devueltas o perjudicadas. Finalmente, se ha producido indefensión, también, al rechazarse la demanda de nulidad de actuaciones sin fundamento legal alguno.

Fallo.—El Tribunal Constitucional DENIEGA EL AMPARO solicitado, por entender que no se puede aducir el artículo 24 de la Constitución en un caso que no es de falta de tutela que produzca indefensión, sino, simplemente, que no se utilizaron por los interesados los recursos procedentes. Todo ello según explica en los siguientes fundamentos jurídicos:

Primero.—La pretensión que se nos plantea en el presente recurso es la de que anulemos un auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Avilés, por el que se cierra el paso a un incidente de nulidad de actuaciones promovido por la solicitante de amparo en un juicio de desahucio por falta de pago de la renta o merced de un arrendamiento. La

tutela de este Tribunal Constitucional, en sede de amparo, vendría a reparar así la indefensión que alega haber sufrido la recurrente al no admitirse a trámite el recurso de apelación por ella deducido contra la sentencia que decretó la resolución del arrendamiento y el consiguiente lanzamiento. No obstante, debe quedar claro, para centrar la cuestión planteada, que la pretensión de amparo va dirigida contra la inadmisión de la llamada demanda de nulidad y no contra las vicisitudes habidas en el juicio de desahucio, aunque hábilmente se haya tratado de conectar una y otras con una vinculación que sólo podría llegar a ser indirecta.

Segundo.—Como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal, en el escrito de alegaciones de que se hace mérito en el antecedente octavo de esta sentencia, resulta que la recurrente no interpuso el recurso de queja procedente contra la providencia dictada por el Juez de Distrito de Avilés en la que se declaraba no haber lugar a admitir el recurso de apelación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.583, en relación con el 1.566, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ante esta providencia (de 21 de diciembre de 1984) la parte demandada en el proceso *a quo* se limitó a solicitar el reintegro de la cantidad consignada ante el Juzgado (a lo que se proveyó el 23 de enero de 1985) y a pedir expedición de testimonio de lo actuado en autos para interponer, el 6 de febrero siguiente, una demanda de nulidad de actuaciones.

En el momento en que se produjeron estas actuaciones se encontraba ya en vigor la nueva redacción del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 34/1984, de 6 de agosto), que mantiene, con mayor énfasis, el recurso de queja ya previsto en la antigua Ley de Justicia Municipal, para recurrir en queja ante el Juzgado superior —y en el plazo de veinticuatro horas desde la notificación de la inadmisión— contra el injustificado rechazo de la apelación intentada. Era ésta la vía procesal única para depurar las posibles infracciones habidas en el juicio de desahucio y en la providencia denegatoria de la apelación. La representación de la hoy recurrente erró en su estrategia procesal al intentar un incidente de nulidad que, precisamente, ha sido suprimido por la nueva reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo que se hubiera hecho valer, como resulta del nuevo artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través del remedio procesal indebidamente omitido.

De lo expuesto se desprende ya claramente que las pretensiones esgrimidas en el presente recurso de amparo carecen de consistencia. No debemos estimar que la recurrente haya incurrido en el defecto procesal de falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (art. 44, 1, *a*, LOTC), por cuanto la queja constitucional se dirige precisamente, como dicho queda, frente a las incidencias procesales habidas tras la inadmisión a trámite de la denominada demanda de nulidad de actuaciones. Pero sí es evidente que el derecho a una tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24, 1, de la Constitución, no puede en modo alguno alcanzarse a que los órganos jurisdiccionales, cualquiera que sea su orden, deban admitir un remedio procesal manifiestamente improcedente, y aun suprimido por la reciente reforma de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. De todo ello resulta clara ya la procedencia de desestimar el presente recurso, si bien, a mayor abundamiento, sea conveniente hacer referencia a otras de las afirmaciones hechas en la demanda.

Tercero.—Aunque la falta de interposición del referido recurso de queja vedaría, a tenor de lo que dispone el artículo 44, 1, a), de la Ley Orgánica de este Tribunal, entrar a examinar la pretendida indefensión y extorsión que dice haber sufrido la recurrente, al no haberse atendido a la consignación de rentas que protesta haber verificado en el momento oportuno, es conveniente hacer constar que no corresponde a este Tribunal corregir o alterar la calificación de la relación arrendaticia efectuada por la jurisdicción ordinaria. En virtud de tal calificación el órgano judicial competente ha considerado el desahucio que tramitaba como sometido a la regla contenida en el inciso final del artículo 1.563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de lo que resulta que la consignación de las rentas que «COLOHOSA» dice haber realizado no lo fue en tiempo y forma y que, en fin, en el momento de interponer el recurso de apelación contra la sentencia de instancia tampoco quedó debidamente acreditada dicha consignación. Es cierto que la propia recurrente manifestó, en su comparecencia de 18 de diciembre de 1984, en la que intenta dar cumplimiento a la consignación prevenida en el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, respecto al pago de la renta correspondiente al mes de noviembre de 1984, «no puede justificarla en forma, pero sí el haber realizado la provisión de fondos a tal efecto en el domicilio bancario Banco de Bilbao de Valladolid». No obstante, es ésta una manifestación que el órgano judicial no consideró bastante, sin que pueda este Tribunal corregir su criterio, máxime cuando la propia parte interesada omitió, como se ha reiterado anteriormente, utilizar los recursos oportunos contra tal resolución. Por todo lo expuesto no existe atisbo alguno de indefensión o trato discriminatorio de la recurrente en la vía judicial ordinaria.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOAQUÍN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ
ALFONSO PRESA DE LA CUESTA
JUAN PABLO RUANO BORRELLA
y JORGE SALAZAR GARCÍA

LA AMORTIZACION DE ACCIONES POR COMPRA CON CARGO A LAS RESERVAS LIBRES SUPONE NECESARIAMENTE LA REDUCCION DEL CAPITAL SOCIAL EN LA PROPORCION EQUIVALENTE A LAS ACCIONES AMORTIZADAS (RESOLUCIÓN DE 29 DE JULIO DE 1986. «BOE» DE 28 DE AGOSTO).

I. *Hechos.*—En Junta general universal y extraordinaria de la compañía «Almellanas, S. A.», de fecha 24 de marzo de 1982, se adoptó, por unanimidad, el acuerdo de adquirir por compra, con cargo a reservas libres de la sociedad, determinadas acciones de la misma, al amparo de lo establecido en el inciso primero del párrafo segundo del artículo 47 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 101 del mismo Cuerpo legal; que igualmente se acordó amortizar las acciones adquiridas, sin reducción de capital, y revalorizar simultáneamente las restantes acciones, dándoles el nuevo valor nominal que les corresponde, modificando, en consecuencia, el artículo correspondiente de los Estatutos sociales, sustituyendo las antiguas acciones por los nuevos títulos; que tales acuerdos se elevaron a documento público mediante escritura autorizada por don José Javier Cuevas Castaño, Notario de Reus, con fecha 29 de diciembre de 1982.

Presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Tarragona, fue calificada con nota del tenor siguiente:

«No practicada la inscripción que se solicita por lo siguiente:

Primero.—Por oponerse a lo dispuesto en los artículos 47, 2.º, y 101, en relación con el 33, de la Ley de Sociedades Anónimas, de los que resulta que la amortización de acciones por compraventa con cargo a reservas libres supone necesariamente la reducción del capital social en la proporción equivalente a las acciones amortizadas.

Segundo.—Por no acompañarse los Balances de la sociedad correspondiente a la fecha del acuerdo de compraventa y amortización de las ac-

ciones, y el posterior a la ejecución del acuerdo, de las que resulten la posibilidad contable de las operaciones practicadas y el resultado de las mismas, y siendo insubsanable el primero de los defectos, no procede la práctica de asiento solicitado.

La presente nota ha sido extendida con la conformidad de mi cotitular. Tarragona, 11 de julio de 1984.—El Registrador (firma ilegible).»

Hay otra nota a continuación que dice: «Habiéndose observado la existencia de un error material en la extensión de la nota precedente, estando el título en el Registro, se rectifica en el siguiente sentido:

«Que en el apartado primero de la misma, y después de las palabras 'acciones amortizadas', se ha omitido: 'Sin que la revalorización de las demás pueda realizarse sin aportación patrimonial', cuya omisión subsano.

Rectificación que extiende igualmente con la conformidad de mi cotitular.—Tarragona, 11 de julio de 1984.—El Registrador (firma ilegible).»

El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra el primer defecto señalado en la nota, y alegó: Que los preceptos invocados por el Registrador no solucionan directamente la cuestión planteada, lo que hace preciso indagar más allá de la literalidad de sus textos para buscar la solución al tema planteado; que se cumple la exigencia del artículo 33 de la Ley de Sociedades Anónimas —será nula la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad—, pues el plusvalor de las nuevas acciones responde a una efectiva aportación patrimonial, ya que aportar es también no repartir ni percibir lo que se podría; que el artículo 47 regula los diversos supuestos de adquisición por la sociedad de sus propias acciones y contempla, según Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1968, los tres supuestos siguientes: 1.º, adquisición con cargo al capital social y sólo para amortizarlas; 2.º, adquisición con cargo a beneficios y reservas libres al solo efecto de amortizarlas, siempre que se verifiquen por compra o permuta, y en tal supuesto la Ley no exige el previo acuerdo de reducción del capital social, como lo confirma el terminante precepto de su artículo 101; y 3.º, adquisición para evitar un daño grave; que el artículo 101 sólo puede ser entendido si se prescinde de la literalidad; que el problema plantado debe abordarse desde el prisma de la lógica jurídica, de los intereses en juego y el principio de la seguridad jurídica; que la función de garantía del capital social obliga al legislador a establecer un especial rigor a la hora de modificar la cifra de referencia, como imponen los artículos 58, 84 y 89 de la Ley de Sociedades Anónimas; que hay dos preceptos que suponen excepción al rigor de la normativa aludida, que son los artículos 99 y 101 —supuesto debatido—; si la operación jurídico-contable que nos ocupa entraña —como pretende el Registrador y la doctrina mayoritaria— una verdadera reducción de capital social, como ocurre en el supuesto análogo del Derecho alemán, se producirían en nuestro sistema una serie de efectos perturbadores que se pueden concretar en los siguientes: disminución de la solvencia efectiva de la sociedad —no de su solvencia legal—, por salir de su patrimonio el precio de adquisición de las acciones adquiridas; disminución de la responsabilidad de la sociedad por la reducción de capital social derivado de la amortización de acciones; liberación de activos de la sociedad en la misma medida en que el capital se hubiese reducido; que la conclusión de lo expuesto es que si la operación realizada entraña

reducción de capital el precepto del artículo 101 se convierte en gravemente perturbador de la seguridad jurídica, por lo que no puede ser ése su verdadero «espíritu y finalidad»; que si se acepta la tesis contraria —la operación realizada no conlleva necesariamente aparejada la reducción del capital social— no se producirían los citados efectos perturbadores ni se conculcarían los principios básicos en materia de capital social.

El Registrador dictó acuerdo manteniendo la nota, y alegó: Que frente a la opinión del Notario acerca del cumplimiento del artículo 33 de la Ley con la revalorización y nueva distribución del capital social entre las acciones no amortizadas, no señala de dónde proviene y de qué fondos se ha nutrido la revalorización; que aunque no sea necesario el previo acuerdo de reducción del capital social en el caso del párrafo segundo del artículo 47, sí es necesaria la reducción *a posteriori* del capital social, por razones que posteriormente se expondrán; que es claro que el artículo 101 impone la obligatoria reducción del capital social cuando ésta se realice a los beneficios o reservas libres, sin que la dispensa de aplicación de los preceptos sobre reducción de capital tenga otro alcance que el de declarar inaplicables los tendentes a garantizar los derechos de los acreedores contenidos en el artículo 98 de la Ley, puesto que no hay perjuicio para los acreedores como consecuencia de la reducción, debiendo, por tanto, observarse siempre los requisitos de los artículos 58 y 84 de la Ley; que a la misma conclusión lleva el examen del artículo 168 del Código de Comercio, antecedente legislativo; que la amortización por compra de acciones con cargo a beneficios o reservas libres entraña la reducción del capital social en la cuantía equivalente a las acciones amortizadas, según opinión de la práctica totalidad de la doctrina jurídica; que al entrañar la amortización de las acciones con cargo a beneficios o reservas libres una necesaria reducción del capital social, se reduce la cifra de garantía o retención que aquél significa, por lo que cuanto la Ley permite que la amortización de las acciones se efectúe con cargo a beneficios o reservas libres, está significando que de dicha partida del pasivo debe extraerse una cifra equivalente a las acciones amortizadas que pase a integrar una nueva rúbrica indisponible en el mismo que complete la garantía que para los acreedores significaba la cifra de capital antes de la amortización; que la creación de un fondo indisponible puede llevarse a la práctica mediante la creación de una reserva especial (legislación alemana) o procediendo, paralelamente al acuerdo de reducción del capital, a tomar otro de aumento de capital por idéntica cifra: bien mediante creación de nuevas acciones, bien mediante aumento del valor nominal de las existentes (art. 94 LSA); que la creación del fondo indisponible por el segundo procedimiento sólo puede tener lugar por trasvase de la cifra equivalente del capítulo de beneficios o reservas libres a la cuenta capital, dada la exigencia de aportación patrimonial que legitime el aumento (art. 33 LSA); que la operación realizada por la sociedad, tal y como se presenta en la escritura calificada, enmascara dos operaciones paralelas de reducción y aumento de capital, perfectamente delimitadas en nuestra legislación, sin dar cumplimiento a los artículos citados en la nota de calificación.

La Dirección General ha acordado *confirmar el acuerdo del Registrador*, en cuanto al defecto primero de la nota, único controvertido, basándose en los siguientes:

II. *Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 33, 47 y 101 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero y 28 de junio de 1958 y 20 de diciembre de 1968.

Considerando que al no haberse apelado el segundo defecto señalado en la nota, la única cuestión a resolver en este recurso es la de si la operación realizada por la sociedad mercantil, y que se ha reseñado en el primer Resultando, exige el acuerdo de reducción del capital social o, por el contrario, no es necesario tal acuerdo por no implicar la amortización de acciones en este caso concreto que el capital ha sido reducido.

Considerando que por mandato legal el artículo 47, 2.º, de la Ley impone, en el caso de compra por la sociedad de sus propias acciones con cargo a los beneficios y reservas libres, el tener que amortizarlas, y el artículo 101 de la misma Ley señala que en este supuesto no necesitan ser observados los preceptos sobre reducción de capital.

Considerando que la norma de este artículo 101 ha originado una doble postura en la doctrina al interpretar su contenido, ya que mientras unos autores entienden la necesidad de acuerdo social de reducción, y que en este artículo 101, al igual que el 99, dispensan del rigor legal que para esta operación —y en función de la garantía que para los acreedores supone la cifra de capital— se establece en el artículo 98, otros tratadistas afirman, por el contrario, que no obstante la literalidad del precepto controvertido, entender que en este caso se produce una reducción de capital supone una disminución de la garantía de los acreedores, sin ninguna contrapartida.

Considerando indudablemente que al verificarse el reintegro a los socios de las acciones amortizadas con unos fondos que proceden de la parte de patrimonio desvinculado queda a salvo el capital social, y de ahí que en alguna legislación —Derecho francés— esta operación no se considera como un supuesto de reducción de capital, y tenga su regulación específica en los artículos 209 a 214, sección V, del párrafo segundo, de la nueva Ley de Sociedades, mientras que en el Derecho alemán, en donde tal operación constituye una de las formas de reducción de capital, la propia Ley de 1965, si bien, por una parte —al igual que en la Ley española—, establece no ser necesario el observar los preceptos sobre reducción, por otra —y en éste se diferencia de la nuestra—, obliga a ingresar en la reserva legal una cantidad equivalente a la cuantía de las acciones rescatadas, con lo que quedan protegidos los intereses de los acreedores, que no ven disminuida su garantía de cifra de retención en el pasivo social.

Considerando que nuestra Ley, al no contener la precisión formulada por el Derecho alemán —recogida en el art. 53 de la Segunda Directiva del Mercado Común—, se nos muestra incompleta en este punto y será necesario esperar a que la futura reforma en materia de sociedades consigne esta definición, pero sin entrar en las diversas soluciones ofrecidas al interpretar este artículo 101 de la Ley, que excederían del contenido de este recurso, es forzoso entender que aunque no sea preciso observar las disposiciones del artículo 98 de la Ley, será necesario, en cambio, el acuerdo de reducción de la Junta, siempre que se combine esta amortiza-

ción de acciones con el simultáneo aumento del valor nominal de las acciones que permanezcan subsistentes.

III. COMENTARIO.—Es objeto de discusión en este recurso la forma en que se ha de proceder para que, amortizándose por una sociedad anónima parte de sus acciones por compra de las mismas, con cargo a beneficios o reservas libres, dicha sociedad continúe teniendo el mismo capital social, mediante el aumento del valor nominal de las acciones subsistentes.

No ha sido discutido el segundo defecto alegado por el Registrador Mercantil: no acompañarse los Balances de la sociedad correspondiente a la fecha del acuerdo de compraventa y amortización de acciones y el posterior a la ejecución del acuerdo, de los que resulten la posibilidad contable de las operaciones practicadas y el resultado de las mismas. Ello puede venir exigido por el imperativo legal de que la amortización se realice con cargo a beneficios o reservas libres, cuya existencia, por tanto, se debe probar.

Se consideran vistos por la Dirección General para resolver este recurso los artículos 33, 47 y 101 de la Ley de Sociedades Anónimas, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero y 28 de junio de 1958 y 20 de diciembre de 1968.

Intentando los otorgantes de la escritura que motiva este recurso aumentar el valor nominal de las restantes acciones que no se vendían, a juicio del Registrador calificador, se deberían haber seguido los siguientes pasos:

1. Comprar las acciones en venta con cargo a la cuenta de beneficios y reservas libres.
2. Reducir dicha cuenta de beneficios y reservas de libre disposición en el importe del precio de las acciones que se compraban.
3. Amortizar las acciones compradas.
4. Reducir el capital social en el importe de las acciones amortizadas por su compra.
5. Aumentar la cuenta de beneficios y reservas de libre disposición en la cuantía del capital reducido.
6. Ampliar el capital social en la misma cantidad que antes se había reducido, no emitiendo nuevas acciones, sino aumentando el valor de las antiguas, con lo que se vuelve a disminuir la cuenta de beneficios y reservas de libre disposición.

Frente a estos pasos lógicos, en la escritura que motiva este recurso se procede de forma distinta:

1. Se compran las acciones con cargo a reservas libres de la sociedad.
2. Se amortizan las acciones adquiridas, sin reducción del capital social.
3. Se revalorizan simultáneamente las acciones restantes en el importe de las acciones compradas por la sociedad.

Por tanto, no se discute la legalidad del resultado a conseguir, sino el método utilizado para ello, reduciéndose el problema a la necesidad o no de reducir el capital social, cuando la adquisición de sus acciones por la sociedad se produce por compra de la misma, con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y para amortizarlas.

Se trata de una cuestión ya debatida en la doctrina, sin que haya una posición unánime.

GARRIGUES y URÍA, con lo que puede considerarse doctrina mayoritaria en este punto se manifiestan en términos absolutos: «La amortización de acciones propias adquiridas por compraventa o permuta indicará también la reducción del capital en la medida correspondiente al valor nominal de las acciones amortizadas, porque amortización y reducción son conceptos correlativos.»

Por el contrario, PELAYO HORE manifiesta: «No tengo ningún inconveniente en afirmar categóricamente que la reducción de capital por compra de acciones con cargo a beneficios y reservas es metafísicamente imposible.» En el mismo sentido, VELASCO ALONSO. «La amortización a que se refiere la Ley no quiere decir que la sociedad tenga que acordar necesariamente la reducción del capital.»

Son varias las sentencias que tratan de este punto, que son citadas en esta resolución: las del Tribunal Supremo de 17 de febrero y 28 de junio de 1958 y la de 20 de diciembre de 1968.

La Sentencia de 17 de febrero de 1958 (núm. 1.023) establece que «la amortización de acciones por compraventa o permuta sólo puede hacerse con cargo a beneficios y reservas libres y no con cargo al capital social».

La Sentencia de 28 de junio de 1958 (núm. 2.519) señala que «la compra de las acciones por la sociedad con el producto de los beneficios no determina esencialmente la reducción del capital social».

Y la Sentencia de 20 de diciembre de 1968 (núm. 5.889), la más citada en este punto, dice que «del contenido del artículo 47 de la Ley de Sociedades Anónimas se desprende que distingue perfectamente tres casos diferentes al regular la adquisición por las sociedades de sus propias acciones: 1) cuando se haga con cargo al capital social y únicamente para amortizarlas, en que se exige el previo acuerdo de reducción del capital social adoptado conforme a las disposiciones de la propia Ley; 2) cuando la adquisición se haga con cargo a los beneficios de reservas libres, y también al solo efecto de amortizarlas, siempre que se verifique por compraventa o permuta, y en tal supuesto la Ley no exige el previo acuerdo de reducción del capital social, como lo confirma el terminante precepto de su artículo 101; y 3) ... cuando se adquieren las acciones para evitar un daño grave».

Por tanto, podemos derivar de la jurisprudencia las siguientes conclusiones:

- No cabe adquisición de acciones con cargo al capital social mediante compraventa y permuta.
- La compra de las acciones por la sociedad con cargo a los beneficios no determina esencialmente la reducción del capital social.
- Que la no exigencia de previo acuerdo de reducción del capital lo confirma el artículo 101 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Parece claro que cuando la sociedad adquiere sus propias acciones con cargo a beneficios y reservas de libre disposición las ha de amortizar.

Es necesario preguntarse en qué consiste la amortización de acciones.

La amortización de acciones consiste en la extinción material de las mismas, que dejan de existir, habiendo sido reembolsado su titular.

Debemos entonces entender, con carácter general, que no cabe amortizar acciones sin que, al mismo tiempo, tenga lugar la correspondiente reducción de capital, porque el capital está representado por acciones, y algunas de éstas han dejado de existir. En caso contrario, se rompería el principio de identidad entre la cifra de capital social y la suma de las acciones que recoge el artículo 33 de la Ley de Sociedades Anónimas: el capital social sería superior a la suma del valor nominal de las acciones.

Cabe plantearse aquí si esa reducción del capital debe realizarse *a priori* o puede tener lugar *a posteriori*, una vez adquiridas las acciones y amortizadas. Parece que, en principio, nada se opone a esa posibilidad. Sin embargo, ¿qué ocurre si, acordada por la sociedad la adquisición de parte de sus acciones por compraventa o permuta, con cargo a beneficios o reservas libres, después no se logra el *quorum* necesario para llevar a efecto la reducción del capital?

No es el mismo el *quorum* requerido para cada acto: para la adquisición de las acciones basta el del artículo 51 de la Ley de Sociedades Anónimas, mientras que para la reducción es necesario el exigido por el artículo 58 de la misma.

La necesidad de obviar este inconveniente parece que obliga a que el acuerdo de reducción sea anterior o, por lo menos, simultáneo al de adquisición de acciones.

Problema distinto es el de las garantías que han de concurrir a esta especial reducción de capital. Este es el sentido que debe darse al artículo 101 de la Ley de Sociedades Anónimas.

No se trata, por tanto, con este artículo, en contra de lo que defiende la Sentencia citada de fecha 20 de diciembre de 1968, de eximir del requisito de la reducción del capital social.

Este artículo, partiendo del principio de la necesidad de reducir el capital en caso de amortización con cargo a los beneficios o a las reservas libres, exime este supuesto del cumplimiento de las garantías que con carácter general exige la Ley para la reducción de capital.

Con esta supresión de garantías y formalidades para llevar en este caso a efecto la reducción de capital no surge perjuicio para nadie:

Ni para los acreedores, en cuanto que la restitución que se realiza a los accionistas que venden no se hace con cargo al patrimonio vinculado.

Ni para los restantes accionistas, en cuanto que el precio de venta no siempre vendrá fijado por el valor nominal de las acciones, sino por su valor real, conforme a balance.

Ni para la sociedad, que seguirá gozando de la misma seguridad y fiabilidad que antes.

¿Cuál es el fundamento de la obligación de reducir el capital social cuando se amortizan acciones con cargo a beneficios o reservas libres?

La reducción del capital social sólo es una consecuencia lógica de la función de garantía que el mismo cumple. No cabe que, amortizadas unas acciones con cargo a beneficios o reservas libres, la cifra de capital social que publique el Registro Mercantil sea distinta de la que se derive de la suma de todas las acciones de la misma.

Todo lo hasta aquí expuesto lo entiendo aplicable al supuesto típico de adquisición por la sociedad de parte de sus acciones por compra y con cargo a beneficios.

Sin embargo, el caso que aquí se plantea presenta matices distintos: tras la amortización de las acciones compradas y el aumento de valor nominal de las subsistentes la cifra del capital social sigue coincidiendo con la que se deriva de la suma del valor nominal de las acciones en que aquél está dividido.

¿Cabe alegar alguna otra razón que justifique la necesidad de tal reducción del capital social?

Entiendo que no se deben desechar soluciones posibles en base a razonamientos de carácter dogmático, sino en atención a los intereses en juego y a las consecuencias reprobadas por el Derecho.

Dos son los argumentos que emplea el Registrador en la defensa de su nota: que el Notario no señala de dónde proviene y de qué fondos se ha nutrido la revalorización de las acciones; y que la escritura calificada, tal y como se presenta, enmascara dos operaciones paralelas de reducción y aumento de capital, sin cumplir la normativa a los mismos aplicable. Veamos los dos argumentos separadamente:

· El artículo 88 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que «... el aumento del valor nominal de las (acciones) existentes podrá consistir ... en la transformación de reservas o de plusvalías de este patrimonio (social)...»

El Notario, en el recurso gubernativo, se limita a decir que aportar es también no repartir ni percibir lo que se podría, pero de la escritura calificada no se desprende la procedencia de los fondos para la revalorización de las acciones.

Son muchos los problemas que se plantean en nuestras Oficinas por todo aquello que parece desprenderse de los documentos presentados, pero que éstos no dicen.

Parece que es el importe de las acciones amortizadas el que se destina al aumento del capital social. Tal importe, que debería haber sido traspasado a la cuenta de beneficios y reservas libres, para después destinarse a ampliación de capital mediante el aumento de valor nominal de las acciones subsistentes.

· Entramos en el segundo argumento esgrimido por el Registrador: el enmascaramiento de dos operaciones paralelas de reducción y aumento de capital, sin cumplir la normativa aplicable.

Ese paso previo lógico de la reducción del capital social, ¿tiene que reflejarse como operación independiente?

La Dirección General establece que es precisa la reducción con carácter previo al aumento, porque nuestra legislación no prevé que, al reducirse el capital, el importe de esa reducción ha de ser ingresado en la reserva legal, para que no vean disminuida su garantía los intereses de los acreedores.

Pero en este caso no se ve disminuida en ningún punto la garantía de los acreedores. Es precisamente el importe de las acciones amortizadas el que se destina a la ampliación del capital social

No hay nadie, en nuestra opinión, cuyo interés legítimo se vea perjudicado ante esta forma de actuar.

Las formalidades legales, en cuanto a convocatoria, *quorum* y votación de la Junta general, se han cumplido sobradamente.

Los posibles acreedores quedan, si cabe, todavía más protegidos.

Sólo la Hacienda pública se queda sin cobrar el impuesto que le hubiere correspondido en el concepto de reducción de capital social.

Tras el ingreso de España en el Mercado Común es interesante observar las disposiciones de carácter comunitario.

La Segunda Directiva —acto dirigido a uno o más Estados miembros, en los que se les impone la obligación de crear simultáneamente en su ordenamiento jurídico nacional la situación jurídica indicada en la Directiva— de fecha 13 de diciembre de 1976, en su artículo 37, establece: «1. En caso de reducción del capital suscrito por anulación de acciones adquiridas por la propia sociedad . la anulación debe ser acordada por la Junta general. 2. ... se incorporará a reservas un importe igual al valor nominal o, en su defecto, al valor contable de la totalidad de las acciones anuladas. Esta reserva no podrá distribuirse entre los accionistas, excepto en el caso de reducción del capital suscrito; sólo podrá ser utilizado para compensar pérdidas o para aumentar dicho capital con cargo a reservas, en la medida en que los Estados miembros permitan tal operación.»

Se viene a regular la reducción de capital social, el destino del importe de esa reducción y el destino limitado de dicho importe, admitiéndose la posibilidad de volver con el mismo a ampliar el capital social.

Evidentemente, se completa la insuficiente regulación española, pero no se prevé el supuesto que motiva este recurso. Sin embargo, con la legislación comunitaria se llega a conseguir la finalidad pretendida en la escritura que motiva el recurso comentado.

JOAQUÍN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ
Registrador Mercantil de Navarra

NO ES PRECISO QUE SE EXPRESE LA PORCIÓN DE EXCESO DE CABIDA QUE CORRESPONDE A CADA UNA DE LAS FINCAS EN QUE SE DIVIDE LA MATRIZ, EN LA CUAL AQUEL SE HACE CONSTAR POR LA VÍA DE LA LETRA D) DEL PÁRRAFO QUINTO DE ARTÍCULO 298 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO (RESOLUCIÓN DE 21 DE FEBRERO DE 1986. «BOE» DE 14 DE MARZO).

I. *Hechos*.—Mediante escritura autorizada por el Notario de Chestre don José Antonio Leonarte Berga el día 4 de febrero de 1982, don Miguel Sancho Ruiz procedió a la división material de una finca de su propiedad, procedente de herencia de sus padres, en dos parcelas, y a la posterior venta de las parcelas resultantes; que dicha finca tiene una cabida de 12,5 hanegadas, aproximadamente, igual a 1 hectárea 3 áreas 88 centiáreas, que es la medida exacta y no la que dice el título de 11 hanegadas, igual a 91 áreas 41 centiáreas; que en el otorgamiento se expresa literalmente: «Don Miguel Sancho Ruiz deja establecida la división material de la finca expuesta en el apartado primero, solicitando la inscripción registral de las formadas y descritas en el apartado segundo.»

Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de Torrente, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable de no especificarse, en relación con cada finca resultante de la división material, qué parte le corresponde de la cabida inscrita y qué parte corresponde al exceso. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado.»

El funcionario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la nota de calificación, y alegó: Que el problema que se debate es si se puede inscribir o no el exceso de cabida sin necesidad de transmisión de la finca total, que en este caso se divide para su posterior venta; que hay que afirmar esa posibilidad por el argumento lógico de que al mismo resultado se llegaría en el caso de haber transmitido la finca —haciendo constar en la transmisión el exceso de cabida— a los dos compradores, y éstos, dueños en *pro indiviso* de la finca aumentada, haber procedido a la extinción de comunidad sin exigirse entonces la determinación de que parte del aumento corresponde a cada finca; que la inscripción del exceso de cabida sin necesidad de transmisión tiene apoyo doctrinal —ROCA SASTRE y LA RICA, entre otros—, legal —el art 298 del Reglamento Hipotecario, en la letra D) de su apartado quinto— y jurisprudencial —las Resoluciones de 22 de diciembre de 1949 y 23 de mayo de 1944, entre otras—; que, además, el problema está resuelto en la Resolución de 12 de febrero de 1981, cuando afirma que: «Al haberse solicitado la rectificación de superficie al amparo del apartado b) del número 5 del enumerado precepto reglamentario (298), no cabe exigir que el transmitente acredite la previa adquisición de la finca mediante documento fehaciente ., ya que estas exigencias son necesarias únicamente en el supuesto del apartado C) del mismo párrafo quinto, pero no en los otros casos, que mantienen cada uno su regulación específica»; y terminar admitiendo que: «El pequeño exceso resultante cabe inscribirse al amparo del número 5, D), del mencionado artículo 298 del Reglamento»; que el exceso de cabida no es una nueva finca que se añade, sino el resultado de una nueva medición de la misma finca, la que ahora se divide por mitad, por lo que hay que entender también dividido por mitad el referido exceso, sin que el señor Registrador tenga que realizar complicadas operaciones matemáticas para conocer el resultado.

El señor Registrador informó: Que es totalmente inaceptable el razonamiento alegado por el recurrente de que todo lo que se puede hacer después se puede también hacer antes; que si se hubiera transmitido la finca por mitades indivisas estaríamos ante un caso distinto del que plantea el recurso, ya que en el presente caso simplemente se alega la existencia de un exceso de cabida, dividiendo la finca sin pedir antes la rectificación de cabida de la finca matriz y sin tener en cuenta que el exceso de cabida aún no había sido inscrito; que el recurrente no ha comprendido la Resolución de 12 de febrero de 1981 —que no es aplicable al presente caso—, ya que resolvía un supuesto en el que sí había sido solicitada expresamente la inscripción de rectificación de la finca matriz; que al calificar hay que tener presente el contenido del Registro, y de él resulta que la finca procede de la adjudicación en pago de haber hereditario y que como acto previo a la adjudicación don Miguel Sánchez Ruiz convino con sus hermanos la segregación, de una finca mayor, de una parcela

de 11 hanegadas, que pasó a formar la finca que ahora se divide, quedando como resto de aquélla una parcela de la misma superficie que la segregada; que por ello resulta anómalo que el entonces heredero y hoy vendedor pueda alegar la existencia de un exceso de cabida, pues lo procedente hubiera sido haber rectificado la escritura de partición de herencia con sus hermanos y dejar ese pretendido exceso reducido en la finca resto, aunque, lógicamente, a esta rectificación se habrían opuesto los demás herederos; que la división de la finca matriz en dos no obliga al Registrador a atribuir el exceso por mitad entre las dos fincas nuevas, sino que esa atribución corresponde hacerla al titular registral, ya que el Registrador no puede sustituir al titular registral en el ejercicio de esa facultad, ni actuar en base a presunciones; que la forma en que se realice la atribución es determinante de la aplicabilidad o no del apartado 6.º, letra D), del artículo 298 del Reglamento, pues cabe que todo el exceso se atribuya a una sola de las fincas, en cuyo caso sería superior a la quinta parte de la cabida inscrita.

El Presidente de la Audiencia Territorial dictó auto, confirmando la nota de calificación, aduciendo razones análogas a las vertidas por el Registrador en su escrito de interposición e insistiendo especialmente en que no cabe desplazar la voluntad distributiva al Registrador, atribuyéndole la decisión de dividir el exceso por mitad.

El Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial, y la Dirección General ha acordado REVOCAR el auto apelado y la nota del Registrador, basándose en los siguientes:

II. *Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento para su ejecución, y las Resoluciones de este Centro de 12 de febrero de 1981 y 16 de diciembre de 1983.

Considerando que este recurso plantea la cuestión de si es inscribible una escritura pública de división material y venta en que, tras de expresarse por el propietario que la finca rústica descrita tiene una superficie mayor a la expresada en el título, no superior a la quinta parte, se procede a dividirla materialmente, sobre la base de nueva extensión asignada, en otras dos nuevas que son enajenadas a terceras personas.

Considerando que la nota de calificación presupone que se trata de un exceso de cabida, que si se pudiera hacer constar en la finca matriz antes de proceder a la división de la misma entonces no sería necesario determinar la parte de exceso que corresponde a cada una de las fincas resultantes de la división, pero en el presente caso, más que de inscripción de un exceso de cabida, se trata de una rectificación de una superficie errónea, por lo que no parece exista ningún obstáculo de concordar la realidad registral y extrarregistral antes de proceder a la división material del inmueble.

Considerando además que la declaración de mayor cabida no se contiene en un título en que exclusivamente se declare por el propietario la rectificación de la medida superficial de la finca, sino que se realiza en un título que contiene otros actos inscribibles (división material y venta), por lo que de acuerdo con las resoluciones citadas en los Vistos se confirma también la posibilidad de rectificación en la finca matriz antes de dividirse en las dos nuevas creadas.

Considerando que la Resolución de 16 de diciembre de 1983 declaró que

al referirse el artículo 205 de la Ley a la inmatriculación de fincas y no a la constancia registral de los excesos de cabida, solamente al primer supuesto habrán de aplicarse las precauciones que el artículo 298 de su Reglamento contiene acerca de la inmatriculación sin que éstas hayan de tenerse en cuenta en los casos en que el exceso de cabida sea una consecuencia de la rectificación de una medida superficial, y esto último aparece confirmado en el propio párrafo 6.º del mismo artículo reglamentario al ordenar que no es necesaria la publicación de los edictos correspondientes.

Considerando, en consecuencia, y como conclusión de lo expuesto, que rectificada la cabida de la finca matriz antes de proceder a la subsiguiente división material y venta, no procede en relación a cada finca resultante —pues resultaría imposible el determinarlo— el especificar la parte que le corresponde de la cabida inscrita y la que le podría corresponder en cuanto al exceso.

III. COMENTARIO.—Son tres, a mi juicio, los problemas que plantea el supuesto contemplado en la resolución que es objeto de este comentario: 1.º Si el Registrador de la Propiedad puede hacer constar en la finca matriz un exceso de cabida cuya registración no se solicita expresamente, pero que resulta imprescindible para la práctica de la operación documentada. 2.º Si es o no necesario el título traslativo para la constancia registral de dicho exceso. 3.º Si cabe la posibilidad de permitir excesos de cabida en fincas procedentes de la segregación de otra, tal y como sucede en el presente caso. De estos tres aspectos parten prácticamente todos los demás que tanto en el recurso como en el informe y en la propia resolución se plantean; veámoslos uno por uno.

A) *Actuación registral en base a consentimientos implícitos.*—El problema que plantea el primero de los aspectos señalados estriba fundamentalmente en si el Registrador puede de *motu proprio* apreciar una voluntad tácitamente manifestada; debe tenerse presente que según se deduce de los antecedentes, del informe y de la propia resolución, en el presente caso el otorgante en ningún momento ha manifestado expresamente su voluntad de que se practique el exceso de cabida en la finca matriz, limitándose a señalar que dicha finca no tiene «tal cabida, sino otra diferente y mayor», pero siendo dicha constancia imprescindible para que posteriormente pueda aquélla dividirse al objeto de formar las nuevas cuya inscripción, aquí sí, se solicita. Es quizá por esto por lo que el recurrido, en lugar de practicar el exceso en la finca matriz, se lanza a exigir la porción de exceso que corresponden a cada una de las resultantes de la división.

Por mi parte siempre he sostenido, bajo el punto de vista del Derecho constituyente, la conveniencia de que el Registrador estuviera facultado para apreciar voluntades que aun tácitamente manifestadas resulten tan notorias y patentes que no pueda albergarse duda acerca de su existencia, alcance y dirección, y así lo he manifestado recientemente en un informe en defensa de una nota recurrida. Pero si esto es así bajo la perspectiva del Derecho aún por crear, no sucede lo mismo cuando se habla de Derecho constituido, en el cual juega con un rigor casi absoluto (con algunas excepciones, como el famoso artículo 353 del Reglamento Hipo-

tecario) el principio del consentimiento formal. No obstante, la Dirección General en esta resolución elude el problema y pasa directamente a otras cuestiones.

Por lo pronto, la resolución da por sentada la vía por la que el exceso ha de tener acceso al Registro: la de la letra D) del párrafo quinto del artículo 298 del Reglamento Hipotecario; ahora bien, el otorgante nada dijo al respecto, y podría muy bien haber optado por otro camino, si ello fuera posible. No creo que sea misión del Registrador dar cauce legal a la voluntad de los particulares: el título deberá expresar la vía por la cual se pretende la constancia registral; ahora bien, si no es misión del Registrador sí lo es del Notario autorizante, pues al fin y al cabo, como reza el Reglamento Notarial, el Notario es quien ha de interpretar la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formas jurídicas necesarias para su eficacia. El Registrador ha de limitarse a calificar el documento presentado de conformidad con el artículo 18 de la Hipotecaria y sus concordantes; lo que de esto exceda significa una extralimitación de funciones; el funcionario calificador examinará el título para decidir si es o no ajustado a Derecho, pero en ningún caso se le autoriza para, como si dijéramos, «salvar» el documento. El Registrador debió, como hizo, negarse a practicar la inscripción, pero no porque no se exprese la porción de exceso que corresponde a cada una de las fincas resultantes, sino porque la constancia registral de tal exceso no se solicita, y además no se expresa la vía por la cual dicha registración deba tener lugar, que de no ser la adecuada debería denegarse.

Aunque el artículo 425 del Reglamento Hipotecario establece que «presentado un título, se entenderá, salvo que expresamente se limite o excluya parte del mismo, que la presentación afecta a la totalidad de los actos y contratos comprendidos en el documento...», ello no es óbice para que lo anteriormente afirmado sea cierto, en cuanto dicho precepto lo único que hace es presumir la voluntad favorable a la inscripción, pero en ningún caso se pretende suplir la voluntad negocial; si en el título no se expresa que se practica (no que se practique) una determinada operación, el artículo 425 no sirve para resolver el problema, ya que parte de que el consentimiento sustantivo, a los efectos materiales pertinentes, se contiene expresamente en el título, y lo único que hace es presumir la voluntad formal a los efectos de solicitar la inscripción.

La escritura en cuanto a este punto está a mi juicio mal autorizada: el Notario «se quedó corto» al no interpretar la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formas jurídicas necesarias para su eficacia, limitándose a manifestar una mera situación de hecho (como es la mayor cabida); pero lo que no es admisible es que el Registrador «se pase» en sus funciones, efectuando una misión notarial, a saber: ser receptor directo de una voluntad negocial no documentada de forma expresa, y además, adaptar esa voluntad a la forma jurídica necesaria para su eficacia; a través de la utilización de la vía rectificadora recogida en el artículo 298, 5.º, D), del Reglamento Hipotecario, sin que el interesado hubiera hecho manifestación alguna en tal sentido.

Una vez dicho esto, he de hacer un alto en el camino para poner de relieve un hecho real y de «dominio público»: esa función de complemento, o mejor dicho, de colaboración, se está prestando en los Registros un día sí y otro también; una cosa es la cuestión puramente teórica o téc-

nica (sobre la que antes hemos tratado) y otra la práctica (de la que estamos tratando ahora). El Registrador en su deseo de dar agilidad y seguridad al tráfico jurídico inmobiliario, está realizando continuamente labores que no le son propias, tal como es el caso que tratamos; así, por ejemplo, cuando en una escritura se vende una finca expresándose que don «X» vende a don «Y», sin decir nada más, se está omitiendo el consentimiento contractual de don «Y», pues no se expresa que éste compra; sin embargo, no creo que exista Registrador alguno que rechazara una escritura de las características apuntadas; igualmente, si se solicita una constancia de exceso de cabida por la vía de linderos fijos, y alguno no lo fuera, el Registrador automáticamente le daría acceso al Registro por otra vía si ello fuere posible. Casos como esos se están produciendo a diario en los Registros de la Propiedad; pero si esto es una realidad que ennoblece la función registral, a mi juicio resulta anómalo sobre esa base revocar una nota calificadora en beneficio de un título mal autorizado, pues las resoluciones han de descansar en un criterio estrictamente jurídico, si bien con las matizaciones prácticas pertinentes. Así, si el Centro directivo hubiera manifestado la posibilidad que yo antes apuntaba, esto es, la competencia del Registrador para apreciar los consentimientos tácitos, pero notorios, sería más aceptable, pues en el futuro el calificador sabe a qué atenerse, pero si se guarda silencio respecto a este problema el funcionario calificador no sabe si está o no facultado para tal labor.

Otro argumento en contra de la resolución en cuanto al punto que tratamos lo constituyen los requisitos de carácter fiscal. Dispone el artículo 254 de la Ley Hipotecaria que «ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieren por las leyes, si los devengaren el acto o contrato que se pretenda inscribir»; pues bien, en el presente caso, es de presumir que el impuesto relativo al concepto de actos jurídicos documentados por el exceso de cabida cuya inscripción se pretende no debió ser satisfecho, en cuanto el liquidador de la escritura en cuestión, al no existir manifestación expresa al respecto, es lo normal que sólo liquidase por transmisiones (venta) y actos jurídicos documentados (división). Si, por el contrario, el Notario autorizante hubiera manifestado expresamente, como la mayoría de sus compañeros hacen, que «queda declarado a todos los efectos la existencia del exceso de cabida cuya inscripción se solicita, de conformidad con la letra D) del número 5.º del artículo 298», la liquidación se hubiera girado, desde luego; practicándose a continuación, y sin problema alguno, la inscripción pertinente. De otra forma el Registrador no podrá practicar la operación «no solicitada», en cuanto el precepto legal transcrito le cierra el paso para ello.

B) *El título traslativo en los excesos de cabida.*—Esta resolución, que en sus Vistos cita a la de 16 de diciembre de 1983, vuelve, apartándose de ésta, por los cauces ya tradicionales, y así diferencia entre un exceso de cabida por inmatriculación (art. 298, 5.º, C, RH) y otro por rectificación (artículo 298, 5.º, A, B y D), resultando tan sólo aplicables los requisitos de título traslativo, publicación de edictos y limitación de efectos, a la primera de las modalidades expresadas, esto es, al exceso por vía inmatriculadora.

No puede decirse que exista antinomia entre esta resolución y la an-

teriormente relacionada; por el contrario, entiendo que una es complementaria de la otra; la del año 1983 exigió título traslativo para un exceso en suelo urbano que no superaba la quinta parte de la cabida inscrita, mientras que en ésta se pone de relieve cómo basta el título meramente declarativo para un exceso de esas características en suelo rústico. En un breve trabajo que publiqué en el *Boletín del Ilustre Colegio Nacional de Registradores* (mayo de 1986, núm. 223, págs. 959 y sigs.), y perdón por la autocita, traté de conciliar esa resolución de 1983 con las que anteriormente la precedieron, y de las que materialmente se apartaba; así, ponía de manifiesto cómo dicha resolución debe interpretarse restrictivamente, limitándose exclusivamente al suelo de naturaleza urbana, excluyéndose así el rústico, y justamente esto es lo que aparece confirmado por esta resolución. Por ello, para todo lo relacionado con este punto, me remito al mencionado trabajo.

Lo que sí me deja algo perplejo es una frase que en relación a esta materia se utiliza en la resolución de la Dirección General; así, cuando dice: «considerando, además, que la declaración de mayor cabida no se contiene en un título en que exclusivamente se declare », no llego, en mi ignorancia, a entender el porqué de tal afirmación; ¿será porque el exceso de cabida debe ir necesariamente acompañado de otra operación?, ¿es que no cabe la escritura de exclusiva declaración del exceso?. Quizá fue que en mis temas de opositor existía alguna laguna; lo que un servidor recordaba, y que al escribir estas líneas confirmó con la bibliografía pertinente, es que prácticamente existía unanimidad doctrinal en torno a la posibilidad de que el exceso de cabida se hiciera constar a través de una escritura destinada a tal fin, aun cuando la misma no contuviera ningún otro acto inscribible. El «gran maestro» (ROCA SASTRE), y otros muchos, ponen de relieve cómo no existe norma legal ni reglamentaria que se oponga a esta posibilidad, aunque también reconocen que tampoco existe ninguna que la dé carta de naturaleza, con lo cual habrá que estar al axioma «lo que la Ley no prohíbe, lo permite», ya que las prohibiciones han de ser interpretadas restrictivamente. ROCA SASTRE dice con acierto cómo «lo que ocurre es que no .. es práctica corriente solicitar, de un modo aislado o exclusivo, del Registrador tal constancia .., pero esto es pura circunstancia de hecho »

Resultaría un tanto absurdo que el titular de una finca, para hacer constar en ella una mayor cabida por rectificación, tuviera que construir en la misma una obra nueva, o destruirla (segregando, dividiendo... para después agrupar), o enajenarla; es bastante más lógico que se limitara a otorgar la oportuna escritura de declaración de exceso de cabida, la cual, a mi entender, debería ser registrable por alguno de los medios recogidos en el artículo 298 (excepción hecha del apartado C), si reuniera los requisitos objetivos en dicha norma exigidos.

C) *Excesos de cabida de fincas procedentes de segregación.*—Otra cosa que también recordaba de los tiempos de opositor era la unanimidad doctrinal en torno a la necesidad de que las precauciones se extremaran cuando la finca cuyo exceso se pretende procediera de la segregación de otra, por cuanto debería haber sido objeto, en su momento, de una escrupulosa medición.

El Registrador informante pone de relieve (en su informe, no en la

nota calificadora) cómo en el caso que nos ocupa la finca que se divide procede de la segregación de otra, materia respecto de la cual la resolución nada dice. El silencio del Centro directivo creo que se debe, con acierto, al hecho de que en el recurso no pueden ser debatidas otras cuestiones que aquellas a las que la nota se refiere, y dado que en la misma el calificador no la tuvo en cuenta, el Centro directivo tampoco se pronuncia sobre el tema. Sin embargo, la materia es de por sí muy interesante.

Un servidor siempre ha sostenido, y así lo ha manifestado frecuentemente de una forma verbal, que cuando se han segregado y vendido, por ejemplo, 20 áreas, no pueden después aparecer, salvo los casos de accesión natural, 80. Si así fuera, no caben sino dos posibilidades: o se trata de un fraude fiscal (agrupaciones encubiertas, que la venta se hubiera efectuado por una mayor cabida que la consignada en el título, etc.) o, por error, se transmitió de hecho más superficie que la documentada, en cuyo caso el comprador deberá, por obligación moral, devolver dicho exceso o, en caso contrario, el apelativo que recibiría sería bastante feo.

Ahora bien, el Registrador ante semejante situación sólo posee un arma: las famosas «dudas fundadas». Si dicho funcionario hiciera empleo de las mismas, según parece resultar de la Resolución de 12 de febrero de 1981 (que también se cita en los Vistos de la presente), al comprador le bastaría con darse de alta en Catastro y aportar al Registro la correspondiente certificación administrativa. Hasta aquí el problema registral; no obstante, conviene introducirnos algo en el aspecto sustantivo. ¿Carece de armas el vendedor contra el comprador desaprensivo, o mejor dicho, «aprehensivo», de las 60 áreas indebidamente incluidas de hecho en la venta? Naturalmente, puede ser ejercitada una acción reivindicatoria, pero.. ¿qué posibilidades, tiene ésta de prosperar, sobre todo si se tiene en cuenta el artículo 1.471 del Código Civil? Dispone el párrafo 1.º del citado precepto que «en la venta de un inmueble, hecha por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo, aunque resulte mayor o menor cabida o número que los expresados en el contrato». En realidad, son dos los preceptos que debieran barajarse, uno el anteriormente transcrito, otro el artículo 1.470 del mismo texto legal, según el cual «si, en el caso del artículo precedente (venta a razón de un precio por unidad de medida o número), resultare mayor cabida o número en el inmueble que los expresados en el contrato, el comprador tendrá la obligación de pagar el exceso de precio si la mayor cabida o número no pasa de la vigésima parte de los señalados en el mismo contrato; pero, si excedieren de dicha vigésima parte, el comprador podrá optar entre satisfacer el mayor valor del inmueble o desistir del contrato».

En definitiva, todo depende de que dicha venta se considere o no como «cuerpo cierto»; en un caso carece el vendedor de toda defensa, mientras que en el otro cuenta con las posibilidades de exigir del comprador lo prescrito por el artículo 1.470.

En mi opinión, los dos supuestos pueden tener lugar en una segregación y venta; así, no es lo mismo que se segregue una superficie de la finca matriz a partir de un accidente natural o no natural que a aquella atravesaba, de forma que la porción segregada lindaría con dicha matriz por medio del mismo, con lo cual lo esencial resultan ser los linderos y

no la cabida en ellos comprendidos, que se segregue una determinada superficie que lindaría directamente con la matriz de la que procede; en este último caso lo primordial no serían los lindes, ya que uno de ellos (el de la matriz) podría situarse en las más variadas distancias, sin que por ello dichos lindes fueran alterados; por ello en este supuesto lo esencial es la superficie segregada y vendida, de modo y manera que resultaría indiferente decir que se segregan 20 áreas y se venden por 200.000 pesetas que vendiéndose a 10.000 pesetas el área se segregan y venden 20; por ello al primero de los casos apuntados le resultaría de aplicación el artículo 1471, mientras que el último se regularía por el artículo 1.470.

ALFONSO PRESA DE LA CUESTA

DISUELTO EL MATRIMONIO POR CUALQUIERA DE LAS CAUSAS LEGALMENTE ESTABLECIDAS, A CADA CONYUGE (O HEREDEROS, EN SU CASO) SE LE ATRIBUYE UNA MITAD EN EL CONJUNTO PATRIMONIAL EN LIQUIDACION, PERO ELLO NO SIGNIFICA QUE LE QUEDA ATRIBUIDA UNA MITAD «PRO INDIVISO» SOBRE CADA UNO DE LOS BIENES QUE INTEGRAN DICHA MASA PATRIMONIAL EN LIQUIDACION, SINO QUE ESTO UNICAMENTE OCURRIRA COMO CONSECUENCIA DE LA ÚLTIMA OPERACION DIVISORIA, LA ADJUDICACION DE BIENES (RESOLUCIONES DE 22 DE MAYO Y 16 DE OCTUBRE DE 1986. «BOE» DE 17 DE JUNIO Y 21 DE NOVIEMBRE DEL MISMO AÑO, RESPECTIVAMENTE).

A) *Resolución de 22 de mayo de 1986*

I. *Hechos*.—1. «Unión de Explosivos Riotinto, S. A.», interpuso demanda ejecutiva contra don Francisco Javier Cárcamo Montes, y por el Juez de Primera Instancia número 12 de Madrid se ordenó mediante el correspondiente mandamiento el embargo de la mitad *pro indivisa* de una vivienda, piso primero, de la casa de avenida José Antonio Primo de Rivera, número 83, de Haro, adquirida por el demandado en estado de casado con doña María Libe del Amo Urrutia, para su sociedad conyugal, y que dicha señora había fallecido.

2 Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Haro, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Se suspende la anotación de embargo decretada por aparecer la finca embargada inscrita —no en cuanto a una mitad *pro indivisa*, sino en su totalidad y sin atribución de cuotas— a nombre del deudor y de su esposa doña María Libe del Amo Urrutia, para su sociedad conyugal, no constando que ésta o sus herederos hayan sido demandados o recibida la notificación de la existencia del procedimiento. No se toma anotación de suspensión por no haberse solicitado.—Haro, 20 de marzo de 1984.—El Registrador (firma ilegible).»

3. Don Carlos Aparicio Alvarez, en nombre de «Unión de Explosivos Riotinto, S. A.», interpuso el correspondiente recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que es de aplicar el artículo 1.344 del

Código Civil, en cuanto indica que en la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla; que la sociedad de gananciales está disuelta desde la muerte de uno de los cónyuges (artículos 1.392, 1.º, y 85 CC), por lo que es obvio que al haber fallecido la esposa del demandado con anterioridad a la demanda hay que atribuir una mitad de los bienes a cada cónyuge, sin que pueda sostenerse la tesis de que se trata de una sociedad germánica sin atribución a cuotas, pues una vez disuelto el matrimonio esta atribución no tiene ya lugar.

4. El Registrador de la Propiedad de Haro, en defensa de la nota, alegó: Que el caso sujeto a debate no ofrece duda, ya que la cuestión planteada está resuelta de forma clara por el Derecho positivo, tanto si se refiere a la normativa de la sociedad de gananciales tras la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, como si entendemos aplicable la regulación precedente, que es la que parece más propia al tratarse de un pleito iniciado en 1978. El artículo 144 del Reglamento Hipotecario, lo mismo en su redacción dada por el Decreto de 17 de marzo de 1959 como en el actualmente vigente tras la modificación por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, es terminante, ya que exige que una vez disuelta la sociedad conyugal, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos, y así lo declara una reiterada jurisprudencia de la Dirección General. Efectivamente, la sociedad de gananciales se disuelve automáticamente por muerte de uno de los cónyuges, pero esto no significa que los bienes que forman parte de esa sociedad se atribuyan en comunidad romana al 50 por 100 o por mitad cada bien entre el cónyuge supérstite y los herederos del fallecido. Esta interpretación literalista del artículo 1.344 choca con el actual artículo 1.396 o su equivalente en la regulación anterior (art. 1.418), ya que se prevé por la Ley un proceso de liquidación de la sociedad de gananciales en el que se determinarán los bienes o cuotas de ellos que se atribuyan a los partícipes en la misma, que no deben ser necesariamente la mitad a cada uno, como equivocadamente entiende el recurrente. Los acreedores del cónyuge viudo no quedan perjudicados porque éste no liquide la sociedad conyugal, ya que pueden ser embargados íntegramente y no en cuotas, con el único requisito de demandar al cónyuge supérstite y a los herederos del premuerto, o si éstos son desconocidos, a los ignorados herederos del mismo (art. 166 del Reglamento Hipotecario), y que al haberse demandado sólo al cónyuge supérstite hay que mantener la nota recurrida.

5. El ilustrísimo señor Juez del Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid informó ser correcta la calificación del Registrador por sus propios fundamentos, ya que si bien es cierto que la sociedad de gananciales se disuelve por ministerio de la Ley, por muerte de uno de los cónyuges, hay que proceder después a su liquidación para determinar los bienes o cuotas atribuibles a cada una de las partes, y al no haberse cumplido las normas legales establecidas, no cabe proceder a la anotación de embargo solicitada.

6. El excelentísimo señor Presidente de la Audiencia, reiterando los argumentos señalados por el ilustrísimo señor Magistrado-Juez de Primera Instancia y el Registrador de la Propiedad, acordó mantener la nota de calificación y no dar lugar al recurso.

II. *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 85, 1.344, 1.392, 1.º y 1.396º del Código Civil; 1.392 y 1.418, en su redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981; 144 y 166 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 22 de septiembre de 1904, 27 de junio de 1916, 4 de noviembre de 1926, 1 de julio de 1927, 2 de diciembre de 1929, 10 de julio de 1952 y 23 de noviembre de 1983.

1. El presente recurso plantea la cuestión de si puede practicarse en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva de embargo, dictada en juicio ejecutivo, sobre la mitad *pro indiviso* de una vivienda, que aparece inscrita a nombre del marido y para la sociedad conyugal con su primera esposa, la cual había fallecido al iniciarse el procedimiento, y sin que conste que se haya liquidado la sociedad de gananciales.

2. La finca objeto del recurso, adquirida a título oneroso durante el primer matrimonio del deudor, fue inscrita a nombre de éste, en base a los artículos 1.401 y 1.407 del Código Civil (redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981), y para su sociedad conyugal, por lo que ha de reputarse que forma parte de los bienes de la sociedad legal de gananciales y se encuentra sujeta a sus cargas y obligaciones en los términos señalados por los artículos 1.408 y siguientes (hoy, 1.362 y sigs.), mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a cualquiera de los cónyuges.

3. Disuelto este matrimonio por muerte de la esposa, conforme al anterior artículo 1.417 del Código Civil (hoy, 85 y 1.392), concluyó por ministerio de la Ley la sociedad de gananciales, por lo que se hace necesario la previa liquidación de la misma y consiguiente adjudicación para atribuir al cónyuge supérstite la plena titularidad sobre bienes singulares, de acuerdo con los entonces artículos 1.426 y 1.428 (hoy, 1.404 y 1.410), y mientras se mantiene esta situación la administración y disposición corresponde al conjunto de todos sus titulares (cónyuge supérstite y herederos del premuerto).

4. Por el hecho de la disolución (arts. 1.344 y 1.404 CC) a cada cónyuge (o herederos, en su caso) se le atribuye una mitad en el conjunto patrimonial en liquidación y, en su día, en el remanente líquido de las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente durante la vigencia de la sociedad; pero ello no significa que —como afirma el recurrente— le quede atribuido una mitad *pro indivisa* sobre cada uno de los bienes que integran la masa de bienes en liquidación (con la consiguiente perturbadora posibilidad de embargo, y en su día remate, de la mitad indivisa de cada uno de los bienes), pues la atribución a uno u otro cónyuge de bienes concretos o de cuotas en *pro indiviso* sobre ellos sólo ocurrirá como consecuencia de la última operación divisoria, la adjudicación de bienes, la cual no puede venir predeterminada por la voluntad de los acreedores particulares de uno de los cónyuges. La finalidad cautelar pretendida podía haberse logrado si el mandamiento de embargo se hubiera referido a bienes gananciales concretos —y no a su mitad— y siempre que la demanda, de ser la deuda consorcial, se hubiera dirigido conjuntamente contra el viudo y los herederos —determinados o todavía indeterminados, según el caso del cónyuge premuerto, conforme a lo dispuesto en los artículos 144 y 166, 1.º, del Reglamento Hipotecario—; o, sin estos requisitos, también habría podido practicarse la anotación si el embargo se hubiese referido a la parte que al viudo demandado corresponde en la sociedad de gananciales en liquidación.

5. El Registrador ha de calificar conforme a los datos del documento presentado, sin que pueda tener en cuenta los que no se aportaron en ese momento, así como las alegaciones del escrito de apelación, y que, por otra parte, en este aspecto no afectan tampoco al supuesto —segundo matrimonio del deudor—. E igualmente ha de tener en cuenta los asientos del Registro (art. 18 LH), del que resulta que el deudor demandado no puede disponer por sí solo de la mitad *pro indiviso* del inmueble que se pretende embargar.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

B) Resolución de 16 de octubre de 1986

I. *Hechos*.—1. «Construcciones Vinícolas del Norte, S. A.», interpuso demanda en juicio civil ordinario declarativo ante el Juzgado de Primera Instancia número I-II de los de Bilbao, en reclamación de 16.500.000 pesetas, contra don Antonio Egues Echeverría y, por su fallecimiento una vez iniciado el juicio, contra la herencia yacente del mismo o sus herederos, obteniéndose tanto en primera instancia como en apelación sentencia estimatoria de la demanda; solicitado embargo preventivo sobre los bienes del deudor a la Audiencia Territorial, el excelentísimo señor Presidente de la misma dictó mandamiento el día 5 de julio de 1984.

2. Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Bilbao número 10, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la anotación preventiva del embargo por el defecto subsanable de embargarse bienes gananciales y no indicarse el cumplimiento de la regla 4.ª del artículo 144 del Reglamento Hipotecario; y, a petición del presentante, tomo anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable donde se indica en los cajetines puestos al margen de la descripción de cada una de las fincas.—Bilbao, 30 de noviembre de 1984.—El Registrador (firma ilegible).»

3. Don Emilio Martínez Guijarro, en representación de «Construcciones Vinícolas del Norte, S. A.», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que siendo don Antonio Egues quien firmó los talones que fueron objeto de reclamación judicial, procedía, en vida del mismo, dirigir la demanda contra él y no contra sus herederos legales; ahora bien, fallecido aquél, y no constando a la sociedad recurrente ni la aceptación ni la partición de la herencia del mismo, se continuó el proceso indistintamente contra los herederos del premuerto o su herencia yacente, por lo cual es correcto el mandamiento judicial y el embargo ordenado.

4. Don Juan Lorenzo González Sarmiento, titular del Registro de la Propiedad número 10 de Bilbao, emitió el preceptivo informe, incluyendo las siguientes razones: En el supuesto planteado se trata de una situación idéntica a la del último inciso del párrafo 4.º del artículo 144 del Reglamento Hipotecario: se ha disuelto la sociedad de gananciales y en el Registro no consta la liquidación de la misma, exigiéndose en este caso que la demanda se dirija contra ambos esposos o sus herederos; en este caso se ha demandado a los interesados en la herencia de don Antonio Egues, pero no a los interesados en la herencia de su esposa, es-

tándo las fincas inscritas a nombre de ambos y para su sociedad conyugal; el defecto se considera subsanable porque podría darse la posibilidad de que los herederos de la mujer fueran los mismos herederos del marido, en cuyo caso, si judicialmente se manifestase así, el defecto quedaría subsanado.

5. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao informó, en cumplimiento del artículo 115 del Reglamento Hipotecario, que resultaba inconcuso que no concurren los requisitos precisos para la anotación preventiva solicitada, aunque podía existir la posibilidad de que los herederos demandados lo fueran de ambos cónyuges.

6. El Presidente de la Audiencia Territorial de Bilbao dictó auto en el que, desestimando el recurso, confirmaba la nota del Registrador.

7. El recurrente se alzó contra el auto presidencial, aduciendo argumentos análogos a los invocados en el escrito de interposición del recurso.

II. *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 85, 1.344, 1.392, 1.º, y 1.396 del Código Civil; 144 y 166 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 22 de septiembre de 1904, 27 de junio de 1916, 4 de noviembre de 1926, 1 de julio de 1927, 2 de diciembre de 1929, 10 de julio de 1952, 23 de noviembre de 1983 y 22 de mayo de 1986.

1. El presente recurso plantea la cuestión de si puede practicarse en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva de embargo, dictada en fase de ejecución de sentencia, sobre dos fincas de carácter ganancial, habiendo fallecido ambos cónyuges y sin que conste que se haya liquidado la sociedad de gananciales.

2. Disuelta la sociedad de gananciales por muerte de ambos cónyuges, procede la liquidación de la misma y consiguiente adjudicación, para atribuir a los herederos de cada uno de aquéllos los bienes y derechos singulares que integraban la comunidad; mientras no se proceda a realizar tales operaciones de liquidación y adjudicación, la disposición y administración de los elementos patrimoniales corresponde al conjunto de los herederos de uno y otro cónyuge.

3. En armonía con las facultades dispositivas que se ostentan sobre el referido conjunto patrimonial, el Reglamento Hipotecario exige, para el embargo de los bienes que lo integran, que la demanda se dirija contra todos los herederos; o bien —siguiendo la doctrina sentada en la Resolución de este Centro directivo de 22 de mayo de 1986— que el embargo se hubiera referido a la parte que corresponda a los herederos del marido tras la liquidación de la sociedad de gananciales, toda vez que la deuda contraída por aquél y que provoca el embargo tiene carácter privativo, al haberse suscrito los talones el 22 de mayo de 1979 y haber fallecido la mujer más de cuatro años antes de esa fecha.

4. Frente a lo alegado por el recurrente en su escrito de apelación no cabía que el Registrador de la Propiedad hubiese anotado el embargo sobre la mitad indivisa de cada bien concreto de la comunidad ganancial en liquidación, porque tales cuotas o participaciones sólo son predicables respecto del total patrimonio ganancial en liquidación, no sobre los concretos bienes que lo integran, y, por tanto, si hubiera podido practicarse la anotación si el embargo *se hubiera referido a la parte que al cónyuge*

demandado hubiera correspondido en la sociedad de gananciales en liquidación.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

III. COMENTARIO A AMBAS RESOLUCIONES.—I. Cuestión previa: la sociedad de gananciales disuelta, pero no liquidada.

La sociedad de gananciales concluye al ocurrir alguna de las causas legalmente establecidas (1). Ahora bien, dicha sociedad o comunidad estaba integrada por una serie de bienes e intereses, lo cual es preciso distribuir por los interesados y entre los interesados; como consecuencia de ello, en el momento de la disolución se abre el llamado período de liquidación, que puede durar más o menos tiempo.

Así pues, cabe distinguir tres momentos concretos:

Primero. Disolución de la sociedad de gananciales

Segundo. Estado de liquidación de la misma.

Tercero. Adjudicación definitiva o reparto de la masa patrimonial.

La cuestión entonces es determinar la naturaleza jurídica de esa comunidad en estado de liquidación, con el objeto de saber la normativa que le sea aplicable. Pueden distinguirse tres concepciones:

Primera. En el momento de la disolución, y hasta su definitiva liquidación, la anterior sociedad de gananciales se ha transformado en una comunidad romana o por cuotas, recayendo tales cuotas sobre cada uno de los bienes concretos que integran la comunidad. Consiguientemente, son negociables las cuotas de cada bien por sus respectivos titulares. Esta postura fue la de la antigua jurisprudencia hipotecaria.

Segunda. En el momento de su disolución la sociedad de gananciales se transforma efectivamente en una comunidad romana, pero con la peculiaridad de que las cuotas no recaen sobre cada bien concreto, sino sobre el patrimonio en su totalidad; es lo que se ha dado en llamar comunidad romana sobre patrimonio. Consiguientemente, para disponer de bienes concretos o cuotas sobre los mismos será necesaria la intervención de todos los partícipes. Es la postura seguida por la jurisprudencia actual y gran parte de la doctrina (2).

(1) Conforme al artículo 1.392 del Código Civil, «la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho 1.º Cuando se disuelva el matrimonio. 2.º Cuando sea declarado nulo 3.º Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges 4.º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código». A lo que añade el artículo 1.393: «También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes: 1.º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia. Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial. 2.º Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad. 3.º Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar. 4.º Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas. En cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código».

(2) Son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo que recogen esta tesis (entre otras, las de 15 de marzo de 1945, 12 de febrero de 1957 y 8 de marzo de 1965 « al disolverse la sociedad conyugal todos los bienes integrantes de la comunidad ganancial se ponen en estado de liquidación y, mientras ésta no se efectúe, los actos dispositivos de bienes concretos han de hacerse por todos los interesados. »). Es particularmente interesante la de 11 de junio de 1951, según la cual « en la sociedad de gananciales existe una copropiedad de derechos entre los que constituyen el matrimonio, y a

Tercera. Se trata de una matización de la segunda. No es correcto entender que se ha producido una transformación en la naturaleza de la comunidad por el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales: lo único que ha cambiado es su régimen jurídico; por ello, no son, en principio, de aplicación los artículos 392 y siguientes del Código Civil, sino que nos encontramos ante una comunidad semejante a la hereditaria, en la que los partícipes no tienen una cuota sobre cada uno de los bienes, sino sobre el conjunto, es decir, sobre el patrimonio globalmente considerado. Es defendida por LACRUZ, SANCHEO, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, a los que sigue DE LOS MOZOS.

LACRUZ y SANCHEO la denominan «comunidad postmatrimonial», y estiman que se caracteriza por las siguientes notas (3):

1.º Serán de aplicación las normas relativas a la liquidación de la comunidad hereditaria, así como las de la copropiedad, en la misma forma y medida que son aplicables a la indivisión sucesoria.

2.º Cada cónyuge o ex cónyuge conserva la titularidad parciaria que tenía y los herederos reciben la misma posición que hubiera tenido su causante.

3.º La masa ganancial no se transforma, sino que cambia su régimen.

4.º La participación en la masa patrimonial puede ser objeto de tráfico, por lo cual: a) dicha cuota es enajenable, y los efectos de tal enajenación serían idénticos a los de la enajenación de una cuota de la herencia; b) es embargable; c) y es renunciabile.

5.º En cuanto al patrimonio común: a) se produce en él la subrogación de los bienes nuevamente adquiridos en lugar de los que sirvieron para conseguirlos; b) sin embargo, no nacen nuevas ganancias ni deudas gananciales; c) en lo relativo a los frutos se aplican las mismas reglas que en la comunidad hereditaria; d) y la disposición y administración de los bienes se rige por las normas de la copropiedad.

falta de uno de éstos entre sus herederos y el cónyuge superviviente, por el tiempo que media entre la disolución del matrimonio y la liquidación de esa sociedad ».

La Dirección General aborda el problema, igualmente, en bastantes Resoluciones (así, las de 17 de noviembre de 1917, 2 de diciembre de 1929, 16 de enero de 1941, 10 de julio de 1952, etc.). La de 20 de octubre de 1958 dice de este modo: «La sociedad de gananciales reviste durante el matrimonio la forma de una comunidad especial con las características de las de tipo germánico, hasta el momento de la disolución por muerte de uno de los esposos, ya que entonces, y en tanto no se proceda a la liquidación, cambia sus caracteres por las de tipo romano y su titularidad corresponde al cónyuge sobreviviente y a los herederos del difunto».

Por lo que se refiere a la doctrina pueden citarse a MANRESA, SÁNCHEZ ROMÁN, GARCÍA GRANERO, ROCA, CASTÁN, etc. Para ROCA (ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, en *Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 971, 7.ª ed.) «la comunidad ganancial ha cambiado de signo porque desde la disolución del matrimonio el patrimonio en común se halla en indivisión, o sea, con configuración de cuotas sobre el conjunto económico jurídico, cuyas cuotas o participaciones indivisas son negociables y encierran acción para exigir la liquidación y consiguiente división». CASTÁN (CASTÁN TOBEÑAS en *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. I, págs. 433 y ss., 9.ª ed.) señala que una vez disuelto el matrimonio (aunque hay otros supuestos de disolución del mismo) cesa el régimen peculiar de gestión y disposición de los bienes gananciales y, por ende, carece el viudo de poder para enajenar bienes determinados o cuotas concretas de los que correspondían a la sociedad, mientras no se practique la liquidación de ésta y la correspondiente adjudicación, no siendo tampoco registrable el embargo de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal ni la enajenación que se otorgue a nombre del viudo por procedimiento judicial o administrativo que contra él sólo se hubiera dirigido, pero juntamente con los herederos del cónyuge fallecido puede el superviviente enajenar los bienes gananciales, ya que representan todos juntos la integridad de los derechos pertenecientes a la sociedad en liquidación, sin que obste a la aplicación de esta doctrina el hecho de que existan acreedores de la comunidad».

(3) LACRUZ BERDEJO y SANCHEO REBULLIDA en *Elementos de Derecho civil*, IV (*Derecho de Familia*), páginas 481 y ss.

6.º Los patrimonios privativos no entran en tal régimen, por lo que sus respectivos titulares no necesitan la concurrencia de los demás partícipes de la comunidad postmatrimonial para los actos dispositivos y de administración de aquéllos.

Para Díez-PICAZO y GULLÓN su régimen es éste (4):

1.º En el patrimonio común ingresan los frutos de los bienes comunes.

2.º Tal patrimonio común sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad de gananciales (aunque las que cualquier titular contraiga con posterioridad a su disolución recaen sobre su patrimonio privativo), por lo que los acreedores pueden pedir el embargo de la cuota abstracta que su deudor tenga sobre el patrimonio común.

3.º Para realizar cualquier acto de disposición es necesario el consentimiento de todos los titulares.

4.º En cuanto a la administración se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria.

5.º En lo relativo a las adquisiciones efectuadas con bienes procedentes de la comunidad (v.gr.: dinero) hay dos soluciones: primera, el bien adquirido entra a formar parte del patrimonio colectivo (por aplicación del principio de la subrogación real); segunda, el adquirente se hace deudor frente a la sociedad por el valor de los bienes de que dispuso para adquirir, pero dicho bien adquirido pasa a ser suyo propio.

6.º En el estado de indivisión no jugará la presunción del artículo 1.361 del Código Civil.

Por lo que se refiere al Reglamento Hipotecario, en su artículo 144, 4, dice así: «Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos.» Y en su redacción anterior a la reforma de 12 de noviembre de 1982 mantenía análogo criterio: «Si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la participación de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiera dirigido contra los respectivos adjudicatarios. Si, disuelta la sociedad conyugal, no se hubiere inscrito la partición, podrá, respecto a los bienes a que se refiere el párrafo anterior, ser anotado el embargo si la demanda se hubiere dirigido conjuntamente contra el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto.»

2. La Dirección General, en las resoluciones que comento, ante esta figura jurídica.

Estas resoluciones, como tantas otras, no presentan un problema complicado que resolver, sino una cuestión ante la que tomar postura: en la primera de ellas —22 de mayo de 1986— el embargo se ordena sobre la mitad indivisa de un bien ganancial, después de disuelta la sociedad de gananciales, pretendiendo que dicha mitad indivisa pertenece al marido, en este caso cónyuge supérstite, y ordenándose también, en consecuencia, la correspondiente anotación preventiva de tal embargo. En la segunda resolución —16 de octubre de 1986— la situación es análoga, con la única diferencia de que han fallecido ambos cónyuges, pero los bienes

(4) Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS en *Sistema de Derecho civil*, vol IV, págs 261 y siguientes, 3.ª ed.

perseguidos son igualmente gananciales y tampoco se ha producido la liquidación de la sociedad de gananciales (la demanda se dirige aquí contra el marido «y, por su fallecimiento una vez iniciado el juicio, contra la herencia yacente del mismo o sus herederos»).

La pregunta es sencilla: ¿es necesario demandar a todos los titulares de estas comunidades postmatrimoniales? (en el caso de la primera resolución, además del marido, que sí aparece demandado, debería demandarse igualmente a los herederos de la esposa; y en el caso de la segunda, también, además del marido y sus herederos, que ya aparecen demandados, a los herederos de la esposa).

El recurrente en el primer caso estima que «la sociedad de gananciales está disuelta desde la muerte de uno de los cónyuges (art. 1.392, 1, y 85 del Código Civil), por lo que es obvio que al haber fallecido la esposa del demandado con anterioridad a la demanda, hay que atribuir una mitad de los bienes a cada cónyuge, sin que pueda sostenerse la tesis de que se trata de una comunidad germánica sin atribución de cuotas, pues una vez disuelto el matrimonio esta atribución no tiene ya lugar». Y para el del segundo supuesto, «siendo don Antonio Egues (el demandado) quien firmó los talones que fueron objeto de reclamación judicial, procedía, en vida del mismo, dirigir la demanda contra él y no contra sus herederos legales; ahora bien, fallecido aquél y no constando a la sociedad recurrente ni la aceptación ni la partición de la herencia del mismo, se continuó el proceso indistintamente contra los herederos del premuerto o su herencia yacente, por lo cual es correcto el mandamiento judicial y el embargo ordenado».

No obstante, la doctrina de la Dirección General está muy clara y en la línea de la postura mayoritaria de la doctrina —casi unánime— e igualmente de acuerdo con el Tribunal Supremo: «Por el hecho de la disolución. . . a cada cónyuge (o herederos, en su caso) se le atribuye una mitad en el conjunto patrimonial en liquidación. . . pero ello no significa que, como afirma el recurrente, le quede atribuida una mitad *pro indiviso* sobre cada uno de los bienes que integran la masa en liquidación (con la consiguiente perturbadora posibilidad de embargo, y en su día remate, de la mitad indivisa de cada uno de los bienes), pues la atribución a uno u otro cónyuge de bienes concretos o de cuotas en *pro indiviso* sobre ellos sólo ocurrirá como consecuencia de la última operación divisoria, la adjudicación de bienes, la cual no puede venir predeterminada por la voluntad de los acreedores particulares de uno de los cónyuges» (Resolución de 22 de mayo). Y «disuelta la sociedad de gananciales por muerte de ambos cónyuges, procede la liquidación de la misma y consiguiente adjudicación, para atribuir a los herederos de cada uno de aquéllos los bienes y derechos singulares que integraban la comunidad; mientras no se proceda a realizar tales operaciones de liquidación y adjudicación, la disposición y administración de los elementos patrimoniales corresponde al conjunto de los herederos de uno y otro cónyuge. Frente a lo alegado por el recurrente no cabría que el Registrador de la Propiedad hubiese anotado el embargo sobre la mitad indivisa de cada bien concreto de la comunidad ganancial en liquidación, porque tales cuotas o participaciones sólo son predicables respecto del total patrimonial ganancial en liquidación, no sobre los bienes concretos que lo integran. » (Resolución de 16 de octubre)

3. Conclusiones

1.ª Al disolverse la sociedad de gananciales, y hasta el momento del término de su liquidación, se forma una comunidad universal análoga a la hereditaria (aunque esta analogía no la manifiesta rotundamente la Dirección General), en la que los partícipes no ostentan titularidades sobre bienes concretos, sino sobre el patrimonio globalmente considerado.

Por tanto: *a)* sólo es negociable un bien o bienes concretos actuando todos los partícipes; *b)* únicamente es perseguible un bien o bienes concretos persiguiendo a todos los partícipes; *c)* es negociable, no obstante, por su titular o titulares la cuota que les corresponde en la masa patrimonial.

2.ª No obstante, es correcto el embargo referido a la parte que al demandado corresponde en la sociedad de gananciales en liquidación.

JUAN PABLO RUANO BORRELLA

NO ES PRECISA EN LA INSCRIPCIÓN DE BIENES ADJUDICADOS EN OPERACIONES PARTICIONALES DE HERENCIA CON LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL LA ESPECIFICACIÓN EN CADA BIEN CONCRETO DEL CONCEPTO O CONCEPTOS EN QUE SE ADJUDICA A CADA INTERESADO DE LOS DIFERENTES CONCURRENTES (EN PAGO DE GANANCIALES, DE CUOTA VIDUAL, DE LEGADO DE PARTE ALICUOTA, DE HERENCIA, DE EXCESOS DE ADJUDICACIÓN COMPENSADOS EN METÁLICO) (RESOLUCIÓN DE 30 DE ABRIL DE 1986).

I. *Supuesto de hecho*—Mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid don Francisco Lucas Fernández el día 16 de noviembre de 1982, como sustituto y para el protocolo de don Roberto Blanquer Uberos, los derechohabientes de don José María Ruiz Gálvez procedieron a la aprobación y protocolización de las operaciones particionales por óbito de éste, manifestando en el otorgamiento segundo: «Don Juan Vicente R. H. y don Antonio S. S. hacen constar que su representada doña E. H. D. ha recibido de don Juan Vicente R. H. 345.867,37 pesetas, y de cada uno de los señores don José Antonio, doña Elisa y don Javier S. R., 115.295,79 pesetas, cantidades que aquélla lleva adjudicadas de menos y éstos de más en las citadas operaciones particionales, y por cuyas cantidades les otorga la más eficaz carta de pago »

En el cuaderno particional se procedió a fijar los haberes de la viuda, distinguiendo lo correspondiente a su mitad de gananciales, su derecho de usufructo capitalizado y al legado del tercio de libre disposición, adjudicándoseles bienes y derechos concretos, pero sin especificar que unos u otros, o parte indivisa de ellos, se imputarán al pago de uno u otro de los haberes; que igualmente se procedió respecto del hijo sobreviviente, de estado civil casado, presuntivamente en régimen de gananciales, al no acreditarse nada en contrario, distinguiendo lo correspondiente a su participación en la herencia neta y lo correspondiente a la deducción a cargo del caudal relicto para gastos de última enfermedad y entierro del finado.

Nota del Registrador.—Presentada copia de la escritura en el Registro de la Propiedad número 5 de Madrid, fue calificada con nota del siguiente tenor: «Se suspende la inscripción del precedente documento en el Registro de la Propiedad número 5 por observarse el defecto subsanable de no determinarse las fincas o cuotas indivisas de fincas que se adjudican en pago de cada uno de los títulos de adquisición concurrentes, incluidos los excesos de adjudicación que se adquieren mediante contraprestación en metálico (arts. 9.º, 2, LH y 51, 6.ª, RH, y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de febrero de 1958). No se ha practicado anotación preventiva por no haberse solicitado. La presente nota de calificación se ha extendido con la conformidad de mis cotitulares.—Madrid, 7 de octubre de 1983.—El Registrador (firma ilegible con rúbrica), Manuel Amorós Guardiola.»

Alegaciones del Notario recurrente.—El Notario sustituido interpuso recurso gubernativo, a efectos exclusivamente doctrinales, contra la anterior nota, y alegó: Que de la nota parece deducirse que la atención para gastos de última enfermedad o entierro, o el pago de excesos de adjudicación, implican una causa de adquisición nueva y diversa, y que en realidad se han adquirido bienes por diversos títulos; que la Resolución de 6 de febrero de 1958, aludida en la nota, se refiere a un caso de herencia y donación, de la viuda a los hijos, de los derechos que le hubieran podido corresponder en la liquidación de la sociedad de gananciales, diverso del ahora debatido; que es evidente que la viuda adquiere bienes por título de gananciales, de legitimaria y de legataria, pero ningún precepto obliga a discriminar de entre los bienes adjudicados los que lo son por cada título o concepto; que incluso respecto de los bienes adquiridos por testamento que el cónyuge viudo estaría obligado a reservar, caso de contraer segundas nupcias, no es precisa tal especificación, según se deduce *a sensu contrario* de los artículos 184 y siguientes de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, pues si regulan el procedimiento para atribuir la condición de reservables a determinados bienes, está reconociendo como natural y posible que en la participación no se señalen qué bienes tendrían, en su caso, la condición de reservables; que la necesidad de fijar en la partición qué bienes tendrían la condición de reservables sería no sólo desagradable para el cónyuge sobreviviente y los descendientes del finado, sino intrascendente, pues hasta que surge la obligación de reservar el cónyuge sobreviviente tiene incólume su dominio; que, en cuanto a los gastos de última enfermedad y entierro, el hecho de que una adquisición gratuita obligue a pagar deudas no determina dualidad de títulos, sino minoración del contenido económico lucrado; que si tales deudas se han pagado con dinero ganancial, procederán los correspondientes reembolsos entre cónyuges; en cuanto al pago de un exceso de adjudicación a cargo del heredero casado, si según los artículos 609, 657, 659 y 1.068 del Código Civil el título de la operación participacional es la especificación de bienes adquiridos por herencia, no es aplicable a la operación de abono de exceso del artículo 1.354 del Código Civil referente a bienes adquiridos por precio en parte privativo y en parte ganancial, y ello sin perjuicio de los abonos y compensaciones entre cónyuges; que el carácter accesorio y participacional del pacto de exceso de adjudicación impide la existencia de «títulos de adquisición concurrentes.»

Informe del Registrador.—El Registrador informó: Que a la viuda se adjudican diversas fincas en pago de su mitad de gananciales, del usufructo del tercio de mejora capitalizado y del legado del tercio de libre disposición, sin determinar las fincas que adquirió en pago de cada uno de dichos títulos; que, igualmente, de las porciones indivisas adjudicadas al hijo y a los nietos parte les corresponde por herencia, parte por adjudicación para pago de deudas y parte por adquisición onerosa mediante contraprestación en metálico, sin que tampoco se determinen las partes adjudicadas en pago de cada uno de dichos títulos concurrentes; que el problema planteado en el presente recurso es el de la mezcla de varios títulos de adquisición, ya que unos son gratuitos; otros, onerosos, y otros, fiduciarios; que la distinta naturaleza causal de los diversos títulos concurrentes se traduce en que los efectos jurídicos que de ellos resultan, y que se proyectan sobre los bienes adquiridos en virtud de cada uno de ellos, son también distintos, pues, aparte de numerosas consecuencias en el orden civil, la protección que en el orden registral atribuye el artículo 34 de la Ley Hipotecaria a los títulos onerosos y gratuitos es bien distinta; que el principio de especialidad, esencial en nuestro sistema registral inmobiliario, se proyecta no sólo entre las fincas y los derechos inscritos, sino también sobre los títulos de adquisición, de manera que no pueden inscribirse títulos concurrentes o mezclados —como ya puso de relieve la Dirección General en Resolución de 6 de febrero de 1958—, sino que deben determinarse las fincas o porciones indivisas de las mismas que se adquieren en virtud de cada uno de ellos; que la exigencia de la determinación de los títulos concurrentes, presente en el plano civil por razón de su distinta eficacia jurídica, adquiere en el plano registral una especial trascendencia y está apoyada en los artículos 9.º, 2, de la Ley Hipotecaria, y 51, 6.º, del Reglamento Hipotecario; que esa determinación de los diversos títulos concurrentes y de las adquisiciones en que en ellos encontraron su causa resulta igualmente necesaria para el adecuado desarrollo de una serie de situaciones que pueden plantearse como consecuencia de las particiones hereditarias, como la preterición y consiguiente anulación de la institución de heredero, la reducción de legados, la reserva viudal, la certificación registral de títulos de adquisición, etc.; que esa necesaria determinación de los títulos inscribibles aparece justificada por la deseable claridad de los asientos registrales para que los terceros puedan conocer con exactitud los derechos inscritos, como puso de relieve, entre otras, la Resolución de 7 de diciembre de 1978; que no es cierto que la Ley Hipotecaria, en sus artículos 184 y siguientes, reconozca como natural que en las operaciones practicadas de un cónyuge no se señalen los bienes adjudicados que serían reservables, a efectos de la ulterior constancia registral de tal cualidad, en la reserva viudal, pues sólo si se determina qué bienes recibe el cónyuge viudo por herencia y cuáles en pago de gananciales podrán luego calificarse como bienes reservables los que tengan tal carácter cuando nazca la obligación de reservar; que tampoco es correcta la afirmación, hecha por el funcionario recurrente, de que las adjudicaciones hechas en el cuaderno particional lo son por título de partición hereditaria, pues los bienes adjudicados en pago de gananciales, aunque se formalice dentro del cuaderno particional, no se adquieren por título de partición de herencia, como tampoco puede en-

tenderse adquirida por herencia la adjudicación onerosa mediante contraprestación en metálico, aunque revista la forma de exceso de adjudicación, ni tampoco la adjudicación fiduciaria de bienes, por vía de comisión o encargo para pago, implica adquisición por título gratuito de herencia.

Fallo presidencial.—El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid dictó auto estimando el recurso y revocando la nota, por considerar que la determinación de las fincas que se adjudican en pago de cada uno de los diversos títulos o conceptos no pueden considerarse como obligatoria, al no venir impuesta por precepto legal alguno.

II. *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 402, 622, 657, 659, 660, 968 y siguientes, 1033, 1.062, 1.068, 1.083, 1.084, 1.354, 1.358, 1.373, 1.384 y 1.397, 3.º, del Código Civil; 9.º, 2; 32, 34, 158, 159 y 185 de la Ley Hipotecaria, y 51 del Reglamento para su ejecución, y las Resoluciones de 6 de febrero de 1958 y 7 de diciembre de 1978.

1) Considerando que en este recurso se plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de aprobación y protocolización de operaciones particionales con liquidación de sociedad conyugal en la que se adjudican bienes a la viuda y herederos en los diversos conceptos habidos (en pago de gananciales, pago de deudas, adjudicaciones con exceso de haber con pago en metálico), sin que se especifique en cada bien concreto la atribución del concepto o, en su caso, concurrencia de ellos por el que se han adquirido tales bienes.

2) Considerando que en el Ordenamiento jurídico patrio los derechos vienen configurados en su naturaleza, contenido y extensión por el título material que los origina, dado el ámbito de autonomía que se reconoce a la voluntad privada (art. 1.255 CC), y por eso para la correcta constatación en los libros registrales de las titularidades reales se hace necesario extraer del título todas aquellas circunstancias que contribuyen a delimitarlas, y así se previene en el artículo 51, 6.º, del Reglamento Hipotecario; y por eso si concurren varios títulos adquisitivos a favor del mismo sujeto, todos ellos determinantes de titularidades idénticas en su modo de ser y coincidentes en el objeto, no será preciso, a efectos del principio de especialidad, la fijación de las cuotas recibidas por cada uno de ellos, y será suficiente que aparezcan los datos necesarios para que la titularidad global quede fielmente reflejada.

3) Considerando que si se enfoca la cuestión desde la perspectiva de la protección registral dispensable al adquirente por la posibilidad de varios títulos concurrentes, su no especificación en todo caso privaría al titular inscrito de la especial protección que le brinda la fe pública registral si alguno de aquéllos fuere oneroso, y no apareciese señalado, pero ello no puede suponer un obstáculo que impida la inscripción y sus peculiares efectos legitimadores, máxime cuando la titularidad aparece perfectamente deslindada en su naturaleza, contenido y demás efectos trascendentes frente a terceros.

4) Considerando que en el presente caso se ha llevado a cabo la liquidación de un patrimonio en su día ganancial, en el que por fallecimiento de uno de los esposos se procede entre los interesados a partir su

herencia, previa liquidación de la sociedad conyugal, por lo que una de las dos porciones ideales integra una masa patrimonial —la que como ganancial corresponde al cónyuge sobreviviente— y la otra es la hereditaria del premuerto, de modo que, asumidas las deudas de la herencia por los herederos, el proceso se simplifica en dos fases: una primera de determinación de las cuotas sobre el patrimonio ganancial, que en función de las vicisitudes de la sucesión del cónyuge premuerto corresponden a todos y cada uno de los interesados, y una segunda de adjudicaciones en pago de esas cuotas globales, y todo ello constituye una unidad negociada de finalidad liquidatoria que las condiciona, recíprocamente, y las sujeta a un tratamiento unitario.

5) Considerando que, a mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que por el hecho de que los herederos paguen los gastos de última enfermedad y entierro del causante no supone que haya una dualidad de títulos —gratuito y oneroso—, sino un menor contenido económico (véase, además, art. 622 CC), e igualmente sucede con los suplementos a metálico o excesos de adjudicaciones que son posibles en las operaciones particionales (véanse arts. 402 y 1.062 CC), todo ello compatible si uno de los herederos es casado con los reintegros y compensaciones entre los esposos; y, finalmente, en cuanto a la posibilidad de una futura reserva viudal, la propia Ley Hipotecaria (art. 185 y concordantes) establece, si llega ese evento, la forma de determinar los bienes sujetos a reserva.

6) Considerando, por último, que aun cuando la terminología utilizada pueda inducir a la creencia de que parte de los bienes adjudicados a los herederos lo han sido para pago de deudas, la lectura del cuaderno particional pone de relieve que la intención de los interesados es manifiestamente contraria a tales adjudicaciones, y la poco feliz expresión utilizada no debe enturbiar la finalidad perseguida, como lo demuestra la existencia de hijuela única para cada heredero en la que se adjudica en pago de su haber bienes en pleno dominio, aparte de lo ilógico que resultaría adjudicar a cada heredero para pago de deudas bienes que sólo permitirían satisfacerlas parcialmente.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

III. COMENTARIO.—Curioso fallo del Alto Centro directivo, que viene a proclamar, frente al camino iniciado por la Resolución de 6 de febrero de 1958, la posibilidad registral del *totum revolutum*, en la feliz y significativa expresión introducida por MARTÍNEZ SANTONJA.

En un rápido análisis de la argumentación que contiene la resolución para llegar a esta conclusión cabe distinguir:

1) La titulación material en sí misma considerada y derechos nacidos de la misma, en relación con el principio de especialidad registral. El segundo Considerando fija la idea general al respecto, idea que intenta aplicar al supuesto concreto en el Considerando cuarto, dándose argumentos marginales en el quinto y el sexto.

2) Una consecuencia fundamental de dicha titulación material, cual es la protección registral que de los derechos nacidos de la misma deba tener el adquirente, punto al que se refiere el Considerando tercero.

Analizando cada uno de estos puntos:

1) *Titulación material en sí y principio de especialidad.*—a) La idea general de que parte el segundo Considerando parece correcta, al establecer que «si concurren varios títulos adquisitivos a favor del mismo sujeto, todos ellos determinantes de titularidades idénticas en su modo de ser y coincidentes en el objeto, no será preciso, a efectos del principio de especialidad, la fijación de las cuotas recibidas por cada uno de ellos, y será suficiente que aparezcan los datos necesarios para que la titularidad global quede fielmente reflejada».

Más dudosa y peligrosa, registralmente hablando, se ofrece la derivación que, para llegar a la conclusión final, se contiene en el Considerando cuarto, al calificar la operación particional como una «unidad negocial de finalidad liquidatoria que las condiciona (las adjudicaciones resultantes) recíprocamente y las sujeta a un tratamiento unitario». Y es que conceptualmente no existe dicha unidad negocial. La liquidación de la sociedad de gananciales es, en efecto, una operación distinta y totalmente independiente de la de partición de herencia *stricto sensu*, aunque sea práctica habitual realizarlas simultáneamente, como en el presente supuesto. Como señala LACRUZ, entre las titularidades que integran el caudal relicto se halla, en su caso, la cuota del causante en la comunidad conyugal en liquidación, y de hecho se suele dividir y liquidar a la vez las dos comunidades, conyugal y hereditaria, en el mismo instrumento, y aquélla como antecedente de ésta. Pero se trata siempre de dos negocios distintos relativos a patrimonios diferentes, y ni es indispensable que esté liquidada la comunidad conyugal para realizar la división de la herencia, ni la división de los bienes gananciales impone necesariamente el inmediato reparto de los objetos adjudicados al caudal relicto.

Operación distinta, pues, como apuntamos, y normalmente previa a la propia partición de herencia. Por ella se determinan los bienes que hayan de corresponder al cónyuge viudo y los correspondientes teóricamente al cónyuge fallecido, y así, a su herencia, para integrarlos en el caudal partible de ésta. Como operación distinta que es, tiene reglas propias para ser llevada a efecto (arts. 1.392 a 1.410 CC). Como operación distinta que es, su realización no corresponde exclusivamente a los herederos (o contador-partidor nombrado, en su caso), requiriéndose en todo caso la intervención del otro titular del patrimonio ganancial, el cónyuge viudo, con independencia de que resulte o no interesado, además, en el concepto que sea, en la herencia. Como operación distinta que es, referida a patrimonio distinto del hereditario, tiene consecuencias propias en cuanto a las deudas de la disuelta sociedad de gananciales (art. 1.401 CC).

Frente a la partición de herencia, que tiene por objeto la distribución entre los herederos del patrimonio adquirido por éstos por título hereditario, el objeto de la liquidación de los gananciales es distribuir entre los titulares de los mismos —ambos cónyuges o el viudo y la herencia del fallecido— el patrimonio ganancial, adquirido por ambos cónyuges a título oneroso durante la vigencia de dicho régimen. Así, las adjudicaciones resultantes de una y otra operación tienen distinto carácter. Para los herederos del cónyuge fallecido el título de adquisición es gratuito en todo caso, con independencia del origen, privativo o ganancial, de los bienes

(pues por la liquidación de los gananciales todos los bienes que originalmente tenían tal carácter pasan a ser privativos del cónyuge fallecido, y sobre la base de esa atribución al cónyuge fallecido se hace la partición de la herencia). Para el cónyuge sobreviviente, en cambio, y dado el carácter determinativo o especificativo de la liquidación de los gananciales, el título de adquisición tiene el mismo carácter que tuvo en su día la adquisición del bien ganancial en cuestión: oneroso, normalmente.

Consecuentemente, la «titularidad idéntica en su modo de ser» a que se refiere el Considerando primero para no considerar necesaria la distinción a efectos del principio de especialidad no existe en el supuesto. La «unidad negocial de finalidad liquidatoria» que sujeta las adjudicaciones a un «tratamiento unitario», tampoco, conceptualmente hablando. En un sentido puramente práctico sí existió en este caso en concreto la unidad negocial indicada en el Considerando cuarto, al partirse exclusivamente de un patrimonio ganancial, dado que no se inventariaron bienes privativos del causante. Las diferencias, sin embargo, apuntadas antes, y las consecuencias jurídicas de uno y otro tipo de adjudicación (en pago de gananciales y en pago de haber hereditario), entendemos que hacen defectuosas, por incompletas, las adjudicaciones globales realizadas, tanto desde el punto de vista estrictamente civil como, sobre todo, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, dada su finalidad y principios que lo rigen.

b) El Considerando quinto, ya con referencia a diversos tipos de adjudicación típicos de la partición de herencia en sentido propio, desenvuelve otros puntos dentro de la idea de «unidad» predicada en el cuarto, y comienza apuntando que el hecho de que los herederos paguen los gastos de última enfermedad y entierro del causante no supone dualidad de títulos, sino un menor contenido económico. Esto es claro. Pero ese «menor contenido económico» puede encauzarse jurídicamente de muy diversas maneras. En el supuesto que nos ocupa, tras señalarse el montante de los gastos de enfermedad y entierro como bajas de la herencia, se distribuyó dicha cantidad entre los herederos con cargo a los bienes adjudicados a cada uno bajo el epígrafe «para pago de deudas», lo que tiene un significado jurídico muy concreto. El sexto Considerando se refiere a ello, estimando incorrecta dicha expresión, al no parecer que fuera ésa la intención de los interesados, «como lo demuestra la existencia de una hijuela única para cada heredero en la que se adjudica en pago de su haber bienes en pleno dominio, aparte de lo ilógico que resultaría adjudicar a cada heredero para pago de deudas bienes que sólo permitirían satisfacerlas parcialmente». Con ello, el hecho de no haberse realizado correctamente la operación, que ha quedado incompleta al no realizarse una adjudicación concreta por ese concepto, se interpreta como no haberse querido realizar realmente tal operación. Esto parece muy peligroso, pues ¿no sería más lógico apuntar dicho defecto y que fueran los propios interesados los que aclararan su intención real, suprimiendo, de no haber sido ello lo querido, la expresión «para pago de deudas»?

La otra razón que se da en pro de la interpretación de la intención de los interesados, que es «lo ilógico que resultaría adjudicar a cada heredero para pago de deudas bienes que sólo permitirían satisfacerlas parcialmente», no parece tampoco admisible. Aparte de que al no haberse

concretado los bienes adjudicados «para pago» —problema básico apuntado en la nota recurrida—, difícilmente puede saberse si serían suficientes para hacer frente al pago de las deudas, no parece que quepa entrar en el problema de si los bienes son o no suficientes para dicha finalidad establecida por los interesados.

En este punto, pues, la resolución, entendiendo que no hubo propiamente una adjudicación para pago de deudas, considera innecesaria la concreción de los bienes adjudicados por tal concepto. Con ello deja en pie un problema, y es: ¿qué hubiese ocurrido si se hubiese entendido querida por los interesados esa «adjudicación para pago de deudas» en sentido técnico? ¿Habría sido precisa en tal supuesto la concreción de los bienes atribuidos en tal concepto, o se hubiese estimado la titularidad resultante idéntica a las demás producidas por la operación particional, no exigiéndose, en consecuencia, registralmente su determinación? —configurada por la propia Dirección General y jurisprudencia del Tribunal Supremo la adjudicación para pago de deudas como negocio fiduciario y complejo, integrado por dos elementos, de disposición (= transmisión del dominio a un heredero por los demás) y obligacional (= el adjudicatario asume la obligación de pagar determinadas deudas de la herencia con el importe de la venta de los bienes adjudicados), indudablemente, dada la evidente diferencia con la titularidad ordinaria derivada de las demás adjudicaciones hereditarias, se hubiera exigido en el fallo la perfecta concreción precisada por el principio de especialidad, a efectos de su inscripción.

c) Se refiere el quinto Considerando a continuación a los suplementos a metálico o excesos de adjudicación, indicando igualmente que no implican la existencia de dualidad de títulos, al ser posibles en las operaciones particionales (arts. 402 y 1.062 CC) y compatibles, si alguno de los herederos es casado, con los reintegros y compensaciones entre los esposos.

Sin embargo, esto no parece que sea necesariamente así, al menos con el sentido con que lo enfoca el fallo directivo. Por supuesto que en principio estamos ante un único título adquisitivo, de carácter hereditario. La causa base y fundamental de la adquisición por exceso de adjudicación está en la herencia; se adquiere como heredero y precisamente en base a esta cualidad, y el bien adquirido se considerará, como se desprende de este Considerando, privativo del heredero, aunque esté casado en régimen de gananciales, sin perjuicio del reintegro correspondiente a la sociedad de gananciales en su día. Pero no es menos cierto que la causa próxima de la adquisición, en lo que al exceso se refiere, es onerosa. Se adquiere sobre la base de la condición de heredero del adjudicatario, pero a cambio del pago de su valor en metálico a los demás interesados.

En tal sentido, el adjudicatario del exceso adquiere en un doble concepto:

- como sucesor del causante, en cuanto a la porción correspondiente a su cuota en la herencia;
- a título singular, como señalan LACRUZ y SANCHO, en cuanto al exceso.

Existiendo, en el sentido que se indica, un doble título adquisitivo, gratuito y oneroso, la titularidad dimanante de ambos, dadas sus dife-

rentes consecuencias jurídicas, no puede estimarse tenga la identidad predicada en el Considerando primero para no ser necesaria, a efectos registrales al menos, la fijación de las cuotas correspondientes a uno y otro. Además, por medio de los excesos de adjudicación, previstos en principio como operación particional típica para el supuesto que determina el artículo 1.062 del Código Civil —cosa indivisible o que desmerezca mucho por su división—, puede desbordarse, y en la práctica es frecuente verlo así, la finalidad de dicho precepto, encubriéndose en el mismo verdaderas compraventas entre los coherederos, compraventas que, realizadas fuera del marco de la partición, determinarían una diferente titularidad, ganancial o presuntivamente ganancial, de los bienes así adquiridos. Se puede encubrir en ellos un verdadero fraude de ley. Es, desde luego, un problema de apreciación fáctica que, en principio, parece debe escapar a la calificación registral. Pero, aparte de la diferente naturaleza onerosa, de la titularidad emanada de estos excesos de adjudicación, el posible reconocimiento ulterior, judicial o extrajudicialmente, del posible fraude de ley hace por lo menos conveniente la determinación de los bienes o cuotas indivisas adquiridas por tal concepto, bienes o cuotas a los que se limitaría la posible alteración del carácter privativo o ganancial del bien, sin afectar para nada a los adquiridos directa y exclusivamente por herencia.

d) Concluye el Considerando quinto que venimos comentando con una referencia a la posibilidad de una futura reserva viudal, indicando que el artículo 185 de la Ley Hipotecaria ya establece, llegado ese evento, la forma de determinar los bienes sujetos a reserva. Se quiere entender con ello, *a sensu contrario*, como defendía el recurrente, que la Ley Hipotecaria no exige la concreción de los bienes o cuotas de ellos adquiridos por la viuda por herencia —reservables— y los adquiridos en pago de sus gananciales o por cualquier otro concepto no determinante de la obligación de reservar.

Discrepamos igualmente de esta idea. El citado artículo 185 de la Ley Hipotecaria no tiene por qué estar pensando en la posibilidad de que no figure en el Registro el título concreto de adquisición de los bienes que pueda determinar, en su caso, su carácter reservable. Por el principio fundamental de especialidad hemos de partir de la idea de que es necesario ese perfecto reflejo del título de adquisición en toda inscripción, y partiendo de esta idea habrá que interpretar el artículo 185, buscando su sentido, de modo que no resulte discordante o una posible excepción a dicho principio general. Así, a nuestro juicio, el artículo 185 no está pensando en un problema de títulos de adquisición. El título de adquisición es un requisito imprescindible para la atribución de carácter reservable a los bienes, pero no el único, y la necesidad y exigencia legal de la declaración del reservista, o de acuerdo entre éste y los demás interesados, o, en otro caso, resolución judicial determinando los bienes reservables a efectos de su constancia registral, obedece a otros motivos.

Así, a modo de ejemplo, cabe señalar:

— El propio título de adquisición puede ser dudoso y discutible en cuanto a la posibilidad de atribución de carácter reservable a los bienes: es el caso del artículo 969 del Código Civil, que, en la reserva viudal, atribuye tal carácter a los bienes que, por herencia, donación o cualquier

otro título lucrativo haya adquirido el viudo o viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio, y los que «haya habido de los parientes del difunto por consideración a éste».

Con dicha condición «por consideración a éste» se introduce en la determinación de los bienes sujetos a reserva un elemento de hecho que no tiene por qué estar explícito en el título adquisitivo del bien reservable y que implica, en consecuencia, una posible discusión en cuanto a su existencia, lo que justifica la exigencia del acuerdo o reconocimiento de los interesados o bien la decisión judicial correspondiente.

— El artículo 970 del Código Civil priva de la condición de reservables a los bienes dados o dejados por los hijos a su padre o madre, «sabiendo que estaban por segunda vez casados». Nuevamente, pues, un dato puramente fáctico y perfectamente discutible por los interesados, que puede condicionar la norma comentada.

— Aun dándose registralmente todos los requisitos para atribuir carácter reservable a determinados bienes, podría ocurrir que hubieran perdido tal condición por haber sido enajenados previamente en una transmisión no inscrita, o por cualquier otro motivo no consignado registralmente. De ahí, nuevamente, la necesaria intervención de los interesados o resolución judicial para hacer constar en el Registro la cualidad de reservables, excluyéndose expresamente, como hace el artículo 265 del Reglamento Hipotecario, toda actuación de oficio del Registrador en tal sentido, estableciendo el propio precepto que «a efectos registrales no serán suficientes para reputarlos reservables los datos o indicaciones que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones».

El artículo 185 de la Ley Hipotecaria correctamente interpretado no parece, pues, que deba ser un argumento en pro de la no necesidad de una perfecta consignación registral del título de adquisición en toda inscripción, y aunque en algún caso la norma que contiene pudiera servir para subsanar la omisión del título inicialmente padecida, ello no supone la consagración de esa posibilidad como legalmente correcta.

En definitiva, y para concluir este apartado, examinados en la forma expuesta los diferentes tipos de titularidad creados por las adjudicaciones realizadas en el supuesto, el principio registral de especialidad habría requerido un adecuado desglose de las mismas en los bienes adjudicados.

Conforme a dicho principio, en efecto, la inscripción debe publicar con toda exactitud el titular de cada derecho, la finca sobre que recae, el contenido del derecho y, como determinante del alcance y carácter del mismo, su título de adquisición.

Se alegaba por el Notario recurrente, y así se aceptó igualmente en el auto presidencial, que ningún precepto exige la especificación de títulos. Sin embargo, junto a la aplicación concreta al supuesto del principio de especialidad, como se ha apuntado, cabe señalar, como manifestaciones del mismo en este punto específico:

— Artículo 9.º, 2, de la Ley Hipotecaria, señalado en la nota de calificación, que exige, entre las circunstancias necesarias en toda inscripción, la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba. Así, en la medida en que el título condiciona la naturaleza jurídica y extensión del derecho inscrito, su consignación registral parece inevitable.

— El artículo 51, 6.º, del Reglamento Hipotecario, igualmente citado en la nota, señala que para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente. Aunque ello, como señalaba AMORÓS, Registrador recurrido, en su escrito de apelación, hace referencia a las circunstancias que ya constan en el título, imponiendo su necesario traslado al asiento, parece claro que cuando esas circunstancias delimitadoras del derecho que se va a inscribir no consten en el documento, la inscripción resultante sería defectuosa por incompleta, por lo que el título en que se aprecie esa omisión no debe ser inscribible.

— El artículo 54 del propio Reglamento Hipotecario, tras señalar en su apartado 1 que «las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente», apunta en el apartado 2 que «esta regla se aplicará cuando las partes de un mismo bien, aun perteneciendo a un solo titular, tengan distinto carácter o distinto régimen». Aquí se ve clarísima la necesidad de distinguir las porciones indivisas (y con mayor razón, en su caso, las fincas completas) adjudicadas por distintos títulos, como se pretendía en la nota recurrida.

— La propia Dirección General, en su conocida Resolución de 6 de febrero de 1958, ya tuvo ocasión de tocar el problema, esta vez en sentido distinto al actualmente mantenido. En el supuesto que tocaba se trataba de un caso de herencia y donación, de la viuda a los hijos, de los derechos que le hubieran podido corresponder en la liquidación de la sociedad de gananciales, formándose con todos los bienes un solo cuerpo partible, y, como señalaba dicha resolución en su tercer Considerando, «aunque al hacer las adjudicaciones a los herederos se mencionan los dos títulos de herencia paterna y donación materna, ambos de carácter gratuito, pero se involucran bienes de una y otra procedencia, es indudable que ello puede dar lugar a confusiones cuando se hagan constar en los asientos registrales las circunstancias exigidas por los artículos 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento...»

Estas ideas se potencian si tenemos en cuenta el segundo aspecto que, como señalábamos al comienzo, toca la resolución en su tercer Considerando:

2) *La protección registral que de los derechos nacidos de la titulación material deba tener el adquirente.*—El Considerando tercero indica que «si se enfoca la cuestión desde la perspectiva de la protección registral dispensable al adquirente por la posibilidad de varios títulos concurrentes, su no especificación en todo caso privaría al titular inscrito de la especial protección que le brinda la fe pública registral si alguno de aquéllos fuere oneroso, y no apareciese señalado, pero ello no puede suponer un obstáculo que impida la inscripción y los peculiares efectos legitimadores, máxime cuando la titularidad aparece perfectamente deslindada en su naturaleza, contenido y demás efectos trascendentes frente a terceros».

Con ello parece abrirse una importante brecha en nuestro sistema, pues se configura la protección por la fe pública registral como algo que incumbe exclusivamente al adquirente. Así, en el supuesto de concurrencia

de varios títulos de adquisición, sólo en la medida en que el adquirente determine las cuotas o bienes adquiridos por cada concepto gozará, cuando fuere oneroso, de la máxima protección que otorga el sistema, perdiéndola en otro caso.

Frente a esta idea, no hay que olvidar, sin embargo, la finalidad suprema de la institución registral, cual es la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, seguridad jurídica que —es un valor constitucional (artículo 9.º, 3, CE)— trasciende del interés puramente particular del adquirente. No se trata ya sólo de la protección de que pueda gozar por sí dicho adquirente, sino de la proyección que dicha protección tiene en los futuros adquirentes.

En tal sentido, parece claro que no cabe una renuncia anticipada a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni expresamente (al adquirir con los requisitos que dicho precepto establece), ni tácitamente, mediante la no especificación de títulos de adquisición que privaría, según la afirmación contenida en este Considerando, de la expresada protección.

Es un problema de interés público.

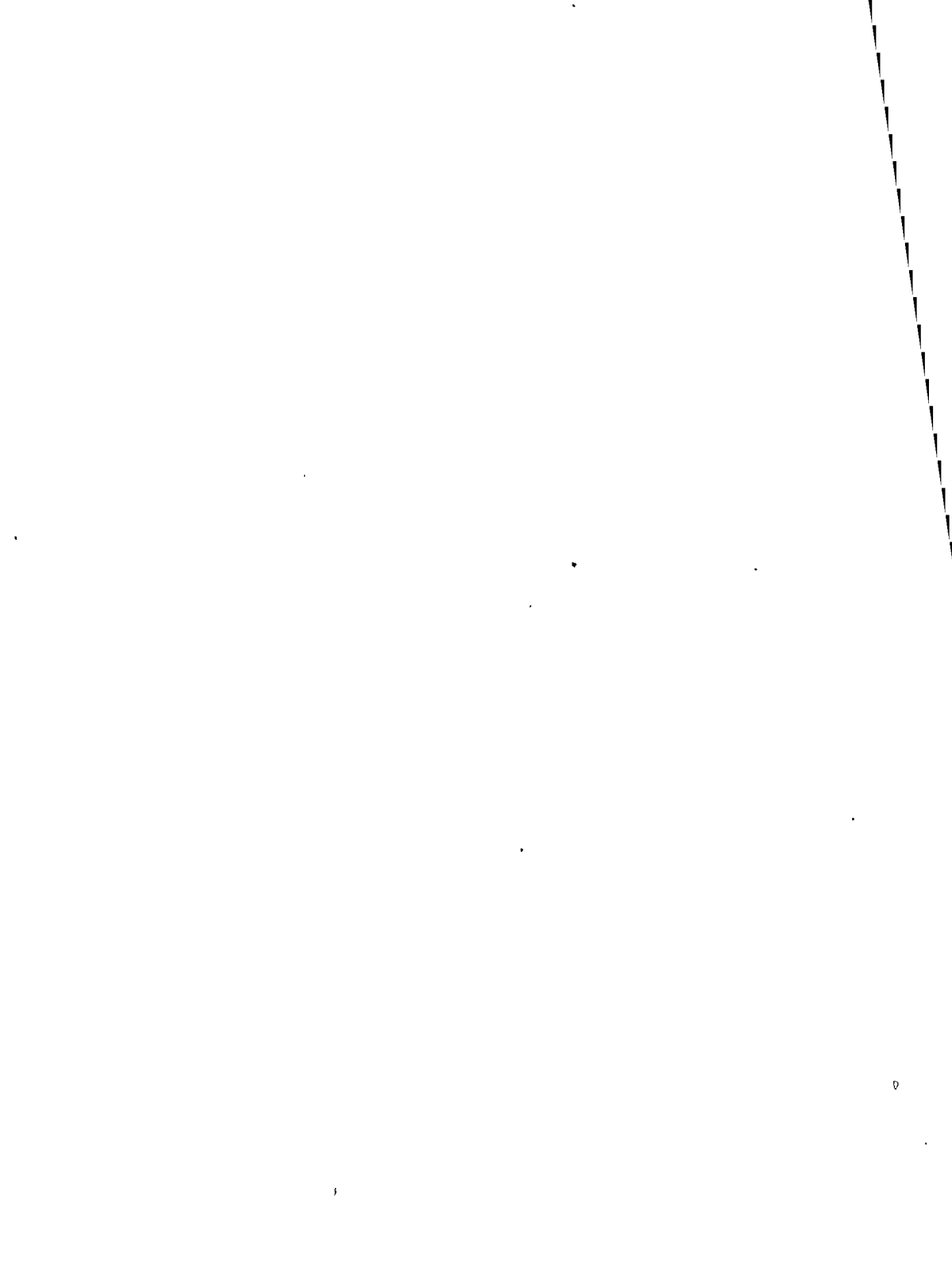
La no especificación de títulos arrastra un desconocimiento del grado de eficacia de los derechos inscritos para los terceros que consultan el Registro, y así, de la posible aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, con el grave perjuicio consiguiente para la seguridad del tráfico.

En el supuesto que toca la resolución no parece darse, según lo expuesto, el perfecto deslinde que predica este Considerando en cuanto a la «naturaleza, contenido y demás efectos trascendentes frente a terceros» de la titularidad. Consecuentemente, hubiera parecido más correcto apreciar el defecto apuntado por el Registrador en su nota, desestimándose el recurso interpuesto.

Conclusiones.—Siguiendo las ideas de AMORÓS, Registrador apelante, de generalizarse la doctrina resultante de la resolución que comentamos se producirían consecuencias inaceptables en nuestro Ordenamiento jurídico y perniciosas para nuestro sistema registral. En efecto:

- Se desconocería el principio de especialidad.
- Se vulneraría el principio fundamental de nuestro sistema de la distinta eficacia reconocida a los títulos onerosos y gratuitos.
- Se haría imposible la aplicación del fundamental artículo 34 de la Ley Hipotecaria, manifestación básica del principio de fe pública registral.
- Se haría inútil, en fin, la protección del tráfico jurídico perseguida por la institución registral, al no reflejarse en el Registro de la Propiedad un dato fundamental para conocer y así confiar con certeza en el alcance de su amparo.

JORGE SALAZAR GARCÍA



III. Sentencias del Tribunal Supremo

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

1. DERECHO CIVIL

A) PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES

ABUSO DEL DERECHO.—EJERCICIO ANTISOCIAL (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1986).

Iniciada la construcción de un edificio, los propietarios de otro colindante promovieron interdicto de suspensión de obra nueva. El dueño del edificio afectado por la suspensión de la obra, una vez continuada ésta, demanda daños y perjuicios a los actores del interdicto, en cuantía de 3.723.696 pesetas, más las costas.

El Juzgado de Primera Instancia de Denia estimó la demanda, condenando a los demandados al pago de esa cantidad, sentencia que fue confirmada por la de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante, considerando que la paralización de las obras no producía ningún beneficio a los demandados, quienes no solicitaron del Juez que se alzara la suspensión, produciendo ésta, en cambio, un evidente perjuicio al actor, haciendo suyas las conclusiones de la Audiencia, consistentes en que las actuaciones de los interdictantes encajan en el número segundo del artículo 7.º del Código Civil, pues la utilización de un medio legal para un fin notoriamente no ajustado a Derecho, produciendo un evidente perjuicio, conlleva la obligación de reparar, ya que resultó probado que el edificio construido no estaba siendo gravemente amenazado por las obras que se realizaban en el solar colindante, la paralización de las cuales no producía beneficio alguno a los recurrentes, quienes en ningún momento solicitaron se alzase la suspensión de las obras. Y afirma nuestro más Alto Tribunal que los términos abuso —que hay que entender como abuso en el ejercicio del derecho— o ejercicio

antisocial empleados en el artículo 7.º, apartado segundo, del Código Civil, aun cuando ofrezcan diferencias sutiles y de matiz, carecen por regla general de trascendencia práctica y que constituyen requisitos para la apreciación del abuso: que exista intención de perjudicar, la falta de un interés serio y legítimo, el exceso en el ejercicio del derecho y la producción de un daño o perjuicio, según ya proclamaron las Sentencias de 2 de junio de 1981, 17 de marzo y 6 de noviembre de 1984, entre otras.

F. C. L.

INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL.—Artículos 200, 210, 211 y 287 del Código Civil (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1986).

Desestimada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Orense la declaración de incapacitación de doña E. V. R., y estimada la apelación interpuesta contra esa sentencia por el Ministerio Fiscal, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña declaró su incapacitación, disponiendo que por el organismo judicial de origen del procedimiento se constituyese la tutela correspondiente en forma legal, que ha de quedar limitada, en cuanto a la persona, durante los períodos de la fase activa de la enfermedad que padece, incluyéndose la posibilidad del internamiento en un establecimiento psiquiátrico adecuado, y en cuanto a la administración de sus bienes, dejando en manos de la incapaz solamente la cantidad dineraria que el órgano tutelar estime necesaria para los gastos ordinarios de manutención y vestido, de la que podrá disponer libremente dicha incapaz en los períodos de tiempo en que la enfermedad no se muestre activa.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, acoge el segundo de los motivos del recurso de casación formulado por la representación de doña E. V. R. y, estimando en parte dicho recurso y en parte la demanda, declara incapacitada a doña E. V. R., con extensión y límite a los actos que excedan de una normal, ordinaria y regular administración de su patrimonio, en proporción al contenido de éste, y a los actos de disposición y gravamen sobre el mismo patrimonio, a cuyo fin deberá procederse a la constitución de la correspondiente curatela.

El fundamento esencial del fallo consiste en que si ciertamente, como la propia sentencia recurrida reconoce, la enfermedad que padece doña E. V. R., por su singular característica de evolución crónica, con base paranoica, determinada por una psicosis fásica maníaco-depresiva, con acusada sintomatología, que cuando entra en fase cíclica, o sea crítica, le produce pérdida de juicio de la realidad y otras deficiencias, tiene la consideración jurídica de persistente a que se refiere el citado artículo 200 del Código Civil, a efectos de generar causa de incapacitación, desde el momento que su dicho carácter crónico y el no constar precisión de cuándo la afectada por la referida enfermedad entra en las indicadas fases cíclicas o críticas, evidentemente significa, a efectos jurídicos, persistencia, ya que ésta, como ya lo revela su significación gramatical, es

su permanencia firme y constante, o lo que es lo mismo, su duración permanente en el tiempo, con independencia en su consecuencia de su mayor o menor intensidad periódica, tampoco cabe desconocer que el invocado artículo 200 del Código Civil, mediante el adecuado cumplimiento de lo normado en el artículo 208 del mismo Cuerpo legal sustantivo, graduando posibles aspectos de incapacitación que depare la realidad, previene que ha de determinarse su extensión y límites, así como el régimen a que por su derivación haya de quedar sometido el incapacitado, conduce a que se produzca infracción del referido artículo 200 cuando, como en la sentencia recurrida ocurre, se hacen limitaciones, con proyección a la causa de incapacitación, y su alcance, que genera la apreciada enfermedad, que enervan la propia y singular característica de ésta, tanto en sus fases cíclicas como intercíclicas, como son el de hacer sometimiento a tutela, reducir la cantidad de posible disposición por parte de doña E. V. R. a la cantidad que se estime necesaria para gastos ordinarios de manutención y vestido y posibilidad de internamiento en establecimiento psiquiátrico adecuado; lo primero, porque las características de las causas determinantes de la incapacitación de la referida doña E. V. R., con sus fases cíclicas o intercíclicas, evidentemente llevan a que no sea la guarda adecuada la que emana de la tutela, sino de la protutela que autoriza el artículo 287 del Código Civil, en atención al grado de discernimiento al revelarse que la falta de éste surge solamente en las fases cíclicas o críticas de la tan aludida enfermedad; lo segundo, debido a que una limitación tan restringida como la repetida sentencia recurrida establece en el aspecto económico más propia de una incapacitación acorde al supuesto en cuestión es más propia de la prodigalidad, que para ser apreciada requeriría, en su caso y por quien estuviese legitimado para ello, el planteamiento del correspondiente expediente de prodigalidad, cuya naturaleza no tiene el ahora examinado y motivador de la presente resolución; y lo tercero, a causa de que el internamiento en un establecimiento psiquiátrico no es una normal consecuencia de la expresada incapacitación conferible a quien sea encargado de la custodia del incapacitado, ni en consecuencia emana de la normativa contenida en el artículo 200 del Código Civil, con su complemento del artículo 208 del mismo Cuerpo legal, sino de una específica regulación establecida en el artículo 211 del referido Código, para el caso de que un incapaz requiera internamiento, y cuya facultad no viene encomendada al órgano de guarda constituido, sino exclusivamente al Juez correspondiente, con acomodo a la expresada normativa contenida en el citado artículo 211, a la que, en su caso y momento, de estimarse que se dan las circunstancias para su aplicación, habrá de acudir, y mucho más en cuanto que las limitaciones de índole personal, como son las de internamientos en centros psiquiátricos, no pueden establecerse *a priori* y genéricamente, sino en el momento y concretamente para cuando se dé la causa que requiera tan extraordinaria medida afectante a la personalidad.

COMENTARIO.—En esta sentencia se tratan dos cuestiones diversas, aunque íntimamente relacionadas: una, la de la posible incapacitación de doña E. V. R. y la extensión o límites de la misma; otra, la medida más adecuada para su protección.

Y decimos que son dos cuestiones distintas porque la primera atañe directamente a la persona, razón por la cual se estudia entre nosotros en la llamada Parte general del Derecho civil, mientras que las medidas de protección de los incapaces son objeto del Derecho de familia. Ahora bien, cabe preguntarse si existen razones fundadas para tal dualidad de tratamiento, con las consiguientes dificultades que plantea. Como posición personal, he de confesar que no he acabado de entender la necesidad de tal dispersión, siendo partidario de un estudio unitario, dentro de la parte general, entre otras razones porque las medidas de protección no son más que una lógica consecuencia de la incapacitación, y si se estudia la causa debe seguidamente, y sin solución de continuidad, estudiarse igualmente el efecto.

En el presente caso no ofrece dudas a ninguno de los dos órganos jurisdiccionales superiores que doña E. V. R. adolece de una anomalía psíquica, en virtud de la cual procede su incapacitación. Y que esta incapacitación no ha de ser absoluta. La diferencia está en que mientras la sentencia de la Audiencia no estima preciso determinar ella misma la extensión y límites de tal incapacidad, dejando esta precisión al Tribunal *a quo*, en período que pudiéramos llamar de ejecución de sentencia y admitiendo que sea delegada en el órgano tutelar, el Tribunal Supremo entiende que es en la propia sentencia donde ha de determinarse la extensión y límites de la incapacidad, pues así lo impone el artículo 210 (y no el art. 208, como por error se expresa en la sentencia) del Código Civil.

Al propio tiempo se establece claramente que cuando la anomalía psíquica se repite en determinados períodos, esto es, no es continuada e ininterrumpida, sino que tiene carácter cíclico, de suerte que entre los períodos de anormalidad existen intervalos normales, ello no impide su calificación de persistente. De modo que se diferencia la continuidad de la persistencia. Y otra cuestión interesante y ciertamente importante por la limitación personal que encierra es la de que el internamiento del incapaz en un establecimiento adecuado no puede establecerlo el organismo tutelar o de protección, sino que incumbe exclusivamente al Juez, apreciadas las circunstancias del caso y momento concreto o determinado. Ya que el propio artículo 211 establece que en caso de urgencia habrá de darse cuenta al Juez en todo caso dentro de las veinticuatro horas.

La segunda cuestión, relativa a si procede la tutela o es más adecuada la curatela, la resuelve el Tribunal Supremo en este último sentido, en razón a una doble consideración: la primera, que parece leerse entre líneas, derivada de la falta de continuidad de las anomalías; la segunda, de que la falta de discernimiento surge solamente en esas fases cíclicas o críticas de la enfermedad, reflejándose únicamente en el aspecto económico, lo que haría más aconsejable la incapacitación por prodigalidad. En el bien entendido de que la amplitud con que está redactado el artículo 287 deja un amplio margen al Tribunal para estimar si procede una u otra forma de protección, con el único límite de que aquélla por la que opte sea congruente con el grado de discernimiento declarado por el mismo Tribunal.

F. C. L.

DERECHOS REALES

ACCION DE DECLARACION DE PROPIEDAD. COMPRAVENTA EN DOCUMENTO PRIVADO (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1986).

Interesando el actor y apelante que se declarase la propiedad a su favor de la casa construida en solar comprado por sus padres con dinero que al efecto les remitió desde Alemania, donde se encontrába trabajando, y desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia de Pozoblanco, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, declarando que la casa es propiedad del demandante, conforme a los siguientes fundamentos:

1. En la demanda deducida por don A. M. M. contra sus padres don A. M. J. y doña A. M. P., se solicitó la declaración de que la casa número 3 de la calle de Córdoba, de Santa Eufemia, objeto de litis, es propiedad del actor, por haberla construido a sus expensas sobre el solar resultante de la demolición de la vieja casa existente, adquirida también con dinero enviado a sus padres, los demandados, pretensión a la que se opusieron éstos, que negaron los presupuestos en que se basa la demanda. La sentencia de primera instancia desestimó la pretensión y absolvió a los demandados, sentencia que fue confirmada en apelación, con base en los siguientes hechos: *a)* el actor no ha acreditado la propiedad del terreno sobre el que levantó la casa actual, pues lo único probado es que los demandados, padres del actor, emplearon en la compra de la antigua casa «treinta y dos mil duros» enviados por dicho demandante; *b)* a nombre del demandado se celebró el contrato de compraventa reflejado en el documento privado referido a tal casa; *c)* no existe indicio de convenio o compromiso relativo a que el demandado actuase en dicho contrato en calidad de representante del actor, ni acto alguno de cualquier índole en el que aparezca el actor como adquirente; y *d)* queda al margen del litigio la situación creada por la construcción a cargo del demandante del nuevo edificio en terreno ajeno, al no fundar su pretensión en el mecanismo de la accesión respecto a inmuebles regulado en los artículos 361 a 365 del Código Civil.

2. Frente a dicha sentencia, desestimatoria de la acción declarativa del dominio ejercitada, se formula el presente recurso, cuyo primer motivo, amparado en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley procesal, denuncia el 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, error que, según el recurrente, comete el Tribunal de instancia al conjugar la certificación del acto de conciliación y el documento privado de compraventa de la antigua casa, posteriormente derruida, y no considerar probado que tal inmueble fue comprado por el actor con dinero enviado desde el extranjero a sus padres; motivo que no puede prosperar, pues aunque se admitiese que tales documentos, y más concretamente la certificación del

acto de conciliación, acreditan que efectivamente la casa antigua fue comprada por el padre demandado con dinero entregado por el hijo, tal afirmación no llevaría a la consecuencia de estimar también probado que la compra se hizo para el demandante, actuando el demandado como simple mandatario, pues precisamente lo que constata el documento privado es que quien compra es el padre y lo que se consigna en el certificado del acto de conciliación es que o bien intervinieron otros hijos con sus aportaciones al precio de compra de la casa (manifestación de la madre), o bien esta adquisición se realizó en beneficio de toda la familia (manifestación del padre); en definitiva, que tales documentos no acreditan el error denunciado en cuanto su contenido —con independencia de su veracidad, cuestión no discutible por esta vía del número cuarto— está plenamente acorde con lo declarado probado por la sentencia.

3. El segundo motivo, apoyado en el ordinal quinto del artículo 1.692, acusa la infracción de los artículos 361 a 365 del Código Civil, en el sentido y alcance con que trata de aplicarlos la Sala, toda vez que, a su juicio, no puede hablarse de un caso de accesión cuando, además de haber construido la nueva casa por su cuenta, lo hizo sobre suelo propio; motivo que debe correr la misma suerte desestimatoria, dado que, por una parte, se hace supuesto de la cuestión al afirmarse, frente a lo sostenido por la sentencia recurrida, que se construyó sobre suelo propio, y, por otro lado, el tercer Considerando de la sentencia impugnada lo único que afirma es que el problema de la accesión como consecuencia de la construcción por el actor en suelo ajeno queda al margen del proceso, en cuanto el actor no funda su pretensión en dicho mecanismo.

4. El tercer motivo, amparado en el ordinal quinto del artículo 1.692, denuncia la infracción del artículo 1.253 del Código Civil, en cuanto la sentencia recurrida, después de estimar probados determinados hechos básicos, no llega a la consecuencia lógica de que el padre compró como representante o mandatario verbal del hijo; motivo que debe prosperar, pues si bien es cierto que, por regla general, la presunción sentada por el Juzgador debe atacarse bien impugnando la existencia y realidad del hecho en que la deducción se apoya, bien censurando el juicio lógico que ha llevado al órgano jurisdiccional a sentar el hecho deducido cuando se falla a las reglas del raciocinio lógico o, como dice el precepto, cuando falta el «enlace preciso y directo» entre el hecho base y el hecho consecuencia, y también es cierto que por regla general no se infringe el citado precepto cuando el Juez no utiliza el medio indirecto de las presunciones, no lo es menos que, por excepción, cuando un hecho se tenga por completamente acreditado y de él se infiera, con la fuerza lógica que la Ley exija, la realidad de otro, si el Tribunal así no lo reconoce, cabe la denuncia de la infracción de tal precepto; siempre que se trate de materia discutida en el período expositivo del juicio (Sentencias de 16 de marzo de 1966, 21 de octubre y 9 de diciembre de 1982, etc.). Sentada, pues, la posibilidad de atacar en casación la no aplicación por el Tribunal de instancia de la prueba de presunciones, y teniendo en cuenta que la resultancia fáctica no puede modificarse por no haber tenido éxito el motivo de la prueba basado en documentos obrantes en autos, la cuestión planteada queda centrada en determinar si de los hechos que la sentencia declara probados, y aplicando las reglas del criterio humano, debió

llegarse por el Juzgador a la consecuencia pretendida, cuestión que debe decidirse en sentido afirmativo, pues si el actor desde el extranjero, donde se encontraba trabajando, envió a su padre, con anterioridad a la compra de la casa, treinta y dos mil duros, sin que conste que lo hiciera por pura liberalidad; si después se compró la casa por precio de veintidós mil duros; si, posteriormente, y previa demolición de la antigua casa, se construyó la nueva a cargo del actor, sin que tampoco conste que lo hiciera en interés de la familia, ni que en dichos actos de demolición y nueva construcción intervinieran sus padres o hermanos, la conclusión lógica que de tales hechos básicos cabe deducir no es otra que la de afirmar que la antigua casa se compró para el actor, aunque en el documento privado de compraventa se hiciera constar que compraba el padre, quien actuaba por cuenta del hijo y como su mandatario.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—VIVIENDA DEL PORTERO (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1986).

Establece que la vivienda destinada a portería es elemento común, aun cuando fuera inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del constructor o promotor, cuando no se hace salvedad expresa en la escritura de propiedad horizontal y declaración de obra nueva.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL. — NATURALEZA. TITULO CONSTITUTIVO (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1986).

Contiene la declaración de que en la propiedad horizontal priman las relaciones de vecindad, para cuya salvaguarda se han dictado sus preceptos reguladores, por lo que, operada la constitución de dicho régimen de propiedad, aun cuando sólo fuere de *hecho*, esto es, mediante la enajenación de alguno de los pisos o locales del inmueble aun sin concluir e incluso solamente proyectado, para conferir a dicho presupuesto fáctico la necesaria investidura jurídica se hace preciso el otorgamiento en debida forma del llamado «título constitutivo del régimen de propiedad horizontal», acto mixto, en cuanto a la vez real y convencional (Sentencia de 23 de mayo de 1984), en el que deben intervenir o el propietario único del edificio o quienes en el momento del otorgamiento fueren titulares dominicales de todos o alguno de los pisos o locales en que el inmueble estuviere dividido, sin cuya concurrencia, directa o a través de representación debidamente acreditada, el acto será nulo (Sentencias de 9 de junio de 1967, 3 de febrero de 1975, 13 de abril de 1977 y 25 de mayo de 1984), salvo que la adquisición se hubiese realizado a título de compraventa con

pacto de reserva de dominio, dado que en tal supuesto la cualidad de adquirente no se consolida hasta la total satisfacción del precio convenido (Sentencia de 19 de octubre de 1982).

F. C. L.

BUENA FE. TERCERO HIPOTECARIO.—Artículo 34 de la Ley Hipotecaria (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valladolid, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho, de los que resulta la reiterada doctrina de que la buena fe es requisito indispensable para gozar de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y que la misma no queda cubierta por tratarse de una compraventa judicial.

El presente recurso se concreta y reduce a una cuestión básica y decisiva de la que depende la posibilidad de que éste prospere en casación: la pretendida buena fe de la recurrente doña J. R. M. en la adquisición en escritura pública por venta judicial otorgada por el Juez de Primera Instancia número 1 de Valladolid y posterior inscripción en el Registro de la Propiedad del local comercial situado en planta baja de la calle Luis Rojo, sin número, y con vuelta a las calles de Tahona y Sinagoga de la ciudad de Valladolid. Los cinco motivos del recurso giran sobre esa cuestión clave y asentándose sobre la misma (la buena fe de la recurrente) denuncian, con reiteración de tal argumento, error en la apreciación de la prueba e infracción de los artículos 1.473, párrafo 2, del Código Civil, y 34 de la Ley Hipotecaria y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la presunción de buena fe, con cita escrita de la Sentencia de esta Sala de 11 de junio de 1954. La recurrente ampara correctamente los motivos del recurso en los números 4 y 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: los dos primeros por la vía del número 4 y los tres siguientes al amparo del número 5 del citado precepto procesal en su nueva redacción vigente al tiempo de interposición del recurso.

En los motivos primero y segundo la recurrente denuncia, como queda dicho, al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, relacionando en el primero de dichos motivos una serie de documentos relativos a diligencias judiciales del juicio ejecutivo número 265/79 y en el segundo un requerimiento notarial otorgado con fecha 21 de mayo de 1985, aportado con el escrito de formalización del recurso y traído a los autos de acuerdo con el artículo 1.724, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 506 de la misma Ley ritual. Uno y otro motivo, examinados conjuntamente, han de ser desestimados por cuanto que ninguno de ellos permite desvirtuar concluyentemente la declaración que la Sala de instancia establece

en orden a la ausencia de «la necesaria buena fe» en la recurrente, fundamentada tal afirmación en los hechos que declara probados y de los que literalmente deduce «que dicha señora conocía en el momento de adquirir el local —embargado a su instancia en juicio ejecutivo por la misma promovido— que pese a figurar en el Registro de la Propiedad como titular dominical del mismo el ejecutado señor R. P., el verdadero propietario lo era el demandado don A. A. Y. y, en consecuencia, no puede ampararle la presunción registral de buena fe, puesto que conocía la inexactitud del Registro». Como es sabido la buena o mala fe es una cuestión de hecho cuya determinación compete al Juzgador de instancia en la medida en que es un concepto jurídico que se apoya y resulta de la valoración de conductas y comportamientos deducidas de unos hechos ampliamente examinados en instancia, de forma que tal apreciación, a tenor de la nueva redacción del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo puede ser combatida por el cauce de los números 4 (antiguo error de hecho) y 5 (antiguo error de Derecho) de dicho precepto procesal. Sin embargo, articulado correctamente el presente recurso de casación y amparada la recurrente en que la buena fe está favorecida por la presunción legal resulta en todo caso que lo único que acreditan los documentos relacionados en el primer motivo es la existencia innegable e indiscutida del juicio ejecutivo número 265/79, instado por la recurrente y en el que se cumplieron los correspondientes trámites judiciales; y respecto del requerimiento base del segundo motivo demuestra que don J. L. R., hijo de la recurrente, se colegió como abogado en ejercicio del Ilustre Colegio Provincial de Valladolid el 6 de febrero de 1981, lo que no excluye su posible conocimiento o participación en alguna reunión con el letrado del recurrido (como en la contestación al requerimiento se dice) en relación con la situación legal del local cuestionado y procedimiento judicial sobre el mismo instado por su madre, estando probado en autos y así declarado en la Sentencia de la Audiencia que en el mismo edificio donde se encuentra ubicado el repetido local vivía una prima carnal de la propia recurrente, que en consecuencia formaba parte de la comunidad de propietarios del mismo edificio, en la cual se tenía conocimiento de que el titular del local no era el señor R. P.

Al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los motivos tercero, cuarto y quinto se denuncia infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, recogiendo concretamente la supuesta infracción de los artículos 1.473 del Código Civil, «especialmente en su párrafo segundo» (motivo tercero), del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (motivo cuarto) y de la jurisprudencia aplicable al concepto de buena fe (motivo quinto). Los argumentos contenidos y reseñados en la representación de doña J. R. M. en los tres motivos permiten y aconsejan también su agrupamiento en un fundamento de Derecho común en el que aquéllos han de ser desestimados. En realidad el demandado y ahora recurrido don A. A. Y. es el verdadero propietario del local cuestionado al haberlo adquirido por compra al vendedor don R. R. P. en fecha muy anterior a la posterior venta judicial hecha a favor de la recurrente doña J. R. M. Al margen de posible transmisión anterior no instrumentalizada debidamente es lo cierto que el citado señor A. Y. es titular legítimo de ese local adquirido en escritura

pública de venta con fecha 28 de abril de 1968 al señor R. P. Ante ese título legítimo y plenamente válido, no puede prosperar la pretensión de la actora y recurrente basada en título posterior de 4 de noviembre de 1980, pues aunque esta venta judicial sí accedió al Registro de la Propiedad (el 30 de mayo de 1981) a instancias de la propia doña J. R., la meritada carencia de buena fe en ésta le impide a la misma el beneficio de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, respecto del cual y de toda la copiosa jurisprudencia que así lo avala, la exigencia de la repetida buena fe resulta presupuesto indispensable y necesario para que opere la protección privilegiada que en dicho fundamental precepto se contiene, no pudiéndose hablar de una doble venta, como la recurrente alega al citar la infracción del artículo 1.473, párrafo 2, del Código Civil, más que desde un punto de vista de apariencia registral, en la medida en que al no inscribir oportunamente su título en el Registro de la Propiedad el demandado y hoy recurrido dio pie a la discordancia entre realidad y Registro que permitió el procedimiento posterior, desconocido para el demandado, de venta judicial del tantas veces repetido local, el cual en el momento de operarse la venta judicial en rigor ya no se encontraba en el patrimonio de quien aparecía como vendedor, señor R. P., quien había dispuesto de él años antes al otorgar la escritura de venta en favor del señor A. Y. el 28 de abril de 1978, entrando éste en posesión del local al menos en dicha fecha, situación en la que permanecía al producirse la escritura de compraventa judicial, otorgada el 30 de mayo de 1981.

F. C. L.

b) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

EN LAS ACCIONES RELATIVAS A CONTRATOS HAN DE FIGURAR EN LA LITIS LOS QUE ACTUARON COMO PARTES (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Aun cuando los actores puedan dirigir libremente su demanda contra la persona o personas que tengan por conveniente, esta Sala tiene declarado con reiteración que cuando por la naturaleza jurídico-material del derecho ejercitado no pueda pronunciarse una declaración sino con referencia a varias partes, éstas han de figurar como demandantes o demandadas en el proceso, dado su interés en el derecho sometido a controversia, pues el principio de orden público de veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el procedimiento de todos los que debieron ser demandados, cuidando que el litigio se ventile con los que claramente puedan resultar afectados por las declaraciones de la sentencia. Para que opere la forzosidad de este litisconsorcio pasivo necesario se exige una unidad de relación material que vincule a los interesados

de manera que fuesen titulares de un derecho susceptible de padecer lesión a consecuencia de la sentencia por hallarse directa e inseparablemente ligado *in actu* tal derecho a la relación jurídico-material nacida del contrato, por lo que en los supuestos de acciones relativas al nacimiento, vicisitudes y extinción de los contratos, no pueden los Tribunales pronunciarse cuando no figuren en la litis las personas que en tales contratos actuaron como partes o sus respectivos causahabientes.

DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES: EL RESPONSABLE ES EL POSEEDOR Y NO EL PROPIETARIO (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1986).

Hechos.—Un automóvil colisionó con una vaca que había irrumpido en la carretera. Los graves daños sufridos por los ocupantes del vehículo deben ser indemnizados por el poseedor del animal.

Doctrina de la sentencia.—Con precedentes remotos en la romana *actio de pauperie (si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege doudecim tabularum descendit*: D. 9.1.1.) y en la legislación alfonsina, que ya reguló acerca de «como es tenuto el señor del cavallo o de otras bestias mansas de pechar el daño que alguna dellas fizieren» (Ley 22, Título 15, Partida 5.^ª), el artículo 1095 del Código Civil contempla una responsabilidad de carácter no culpabilista o por riesgo, inherente a la utilización del animal, que procede en principio por la mera causación del daño y con exoneración en los singulares casos de fuerza mayor, lo que significa exclusión del caso fortuito, y culpa del perjudicado, en el bien entendido que según se desprende del texto legal y así lo destaca la doctrina, la responsabilidad viene anudada a la posesión del semoviente y no por modo necesario a su propiedad, de donde se sigue que basta la explotación en el propio beneficio para que surja esa obligación de resarcir.

EL BENEFICIO DE EXCUSION EXIGE DESIGNACION DE BIENES DETERMINADOS (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—El beneficio de excusión no puede entenderse ejercitado, como se deduce de la Sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1915, con la mera referencia a unos bienes indeterminados, sino que exige la designación de bienes determinados, realizables, suficientes para el completo pago y con garantía de una existencia real y efectiva.

Los conceptos de «aval» y «fianza» son sustancialmente equivalentes, máxime cuando ahora se habla de «aval» fuera del marco estrictamente cambiario, como ocurre en esta litis en que la letra de cambio quedó reducida a simple principio de prueba por escrito desprovista de su eficacia cambiaria, y lo único que se trata es de calificar la obligación de fianza que contrajo por escrito el recurrente, siendo indiferente en definitiva que en esta perspectiva se hable de mera fianza o de aval no cambiario.

NO EXISTE INCOMPATIBILIDAD ENTRE LAS ACCIONES EDILICIAS Y EL ARTICULO 1.101 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La Jurisprudencia de esta Sala muy genéricamente declaró en su Sentencia de 6 de mayo de 1911 que las disposiciones del Título I del Libro IV del Código Civil, y principalmente las contenidas en el Capítulo I que lleva por epígrafe «Disposiciones generales», son aplicables a toda la materia contractual a no ser que disposiciones especiales reguladoras del contrato de que se trate estén en oposición con aquéllas, en cuyo caso a las especiales hay que atenerse exclusivamente; entendiéndose que no existe incompatibilidad entre las acciones edilicias y el artículo 1.101, en relación con el 1.103 y 1.104; habiendo, además, a partir de la Sentencia de 1 de julio de 1947, admitida la aplicación al contrato de compraventa, no estorbándolo el régimen de las acciones edilicias, de los artículos 1.101 y 1.124 en función del 1.461. Tampoco faltan sentencias que admiten la concurrencia con las edilicias de las acciones nacidas de error sustancial o dolo, llegando a decir la de 6 de junio de 1953 que la voluntad racional y consciente es la esencia del acto jurídico, que puede estar afectado en su formación por un vicio que excluya o disminuya sus características de inteligencia o discernimiento y tal es el error, que anula el consentimiento en virtud del principio general que sienta el artículo 1.265.

Ningún precepto de nuestro Código excluye la concurrencia de la acción de impugnación por error con las que se derivan de otros artículos, cuya elección corresponde a aquél a quien asisten.

EL QUE HA SUSPENDIDO PAGOS CONSERVA LA ADMINISTRACION DE SUS BIENES (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La declaración judicial de suspensión de pagos no produce en el deudor ninguno de los efectos personales inmediatos que origina la declaración de quiebra, pues conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, con las limitaciones que el Juez estime convenientes y siempre contando con el concurso de los interventores para determinadas operaciones, lo que lleva consigo la posibilidad de que aún después de surgida tal situación, sean entablados juicios ordinarios contra el suspenso, y sin que a ello sea obstáculo la declaración de insolvencia provisional.

TRANSPORTES INTERNACIONALES MARITIMOS: EL PLAZO DE UN AÑO PARA RECLAMAR ES DE CADUCIDAD (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La Ley de 22 de diciembre de 1949 que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las reglas del Convenio de Bruselas, que somete a su régimen los transportes internacionales de mercancías por mar, dispone en su artículo 22, párrafo 4.º, que «en todo caso, el porteador y el buque estarán exentos de toda responsabilidad por pérdida o daños, a menos que se ejercite una acción dentro del año

siguiente a la entrega de las mercancías o a la fecha en que éstas hubieran debido ser entregadas», lapso anual de tiempo que debe calificarse de caducidad y no de prescripción, y ello no sólo porque de la literalidad del citado precepto se desprende que a la acción concedida para reclamar por pérdidas o daños se le concede una duración limitada de forma que la inactividad durante el referido plazo exonerara en todo caso de responsabilidad al porteador y al buque, sino también, y con independencia de cualquier otra consideración porque así lo tiene declarado esta Sala en Sentencias de 31 de octubre de 1978, 30 de mayo de 1984 y 29 de enero de 1985, calificación de caducidad que lleva aparejada que los modos interruptivos aplicables a la prescripción, como la interposición de la demanda de conciliación, no lo sean a la caducidad.

EL ESTADO NO ES RESPONSABLE CIVIL DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR UNOS PENADOS A QUIENES SE LES DIO PERMISO DE SALIDA DE LA CARCEL (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—Unos peligrosos delincuentes, condenados por numerosos delitos, se aprovecharon de un permiso de salida del establecimiento penitenciario y cometieron varios atracos, entre ellos a una joyería, donde dieron muerte al propietario. La viuda de éste demanda a los ladrones-homicidas y a la Administración. La última es absuelta.

Doctrina de la sentencia.—No puede ser base directa de la responsabilidad que se pretende a cargo de la Administración del Estado, pues que al provenir la de los autores del hecho de delito, se rige por las disposiciones del Código Penal, que en manera alguna tienen aplicación a la Administración del Estado, tanto por no tener la consideración de responsable criminalmente del expresado delito de robo con homicidio, cuando por no alcanzar a la Administración del Estado responsabilidad subsidiaria en virtud de la comisión del expresado delito, prevenida en los artículos 21 y 22 del aludido Código Penal, en defecto de los que sean responsables criminalmente, pues ni éstos cometieron el delito en cuestión en el Centro penitenciario regido por la Administración Pública, con infracción de los reglamentos generales o especiales de policía relacionada con el hecho punible cometido, ni se trata del supuesto que en cuanto a efectos robados en posadas considera el párrafo segundo del mismo artículo 21, como tampoco de delito en que hubieran incurrido criados, discípulos, oficiales, aprendices, empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio a que se contrae el artículo 22 del invocado ordenamiento jurídico-penal.

COMENTARIO —Sentencia ésta demasiado apegada a la letra de la ley, con evidente olvido de su espíritu, y a la que en consecuencia cabe calificar de retrógrada y entorpecedora; ahora que existe la idea de que la Administración indemnice a las víctimas de la delincuencia, este sería uno de los casos más claros para ser aplicado.

El Supremo niega que se puedan acumular las acciones contra los autores de los hechos y contra la Administración, porque las causas de pedir son distintas. Correcto razonamiento, pero que lleva a la conclusión de que

la viuda, para poder cobrar indemnización, precisa no menos de tres procedimientos, penal, civil y contencioso-administrativo. Buen ejemplo de economía procesal.

ARRENDAMIENTO DE OBRA: SU NOVACION POR EL DUEÑO DE LA OBRA PUEDE SER TACITA (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La doctrina jurisprudencial tiene declarado que el principio de invariabilidad en el precio de una obra contratada por el ajuste alzado, con arreglo a lo prevenido en el artículo 1.593, carecerá de aplicación en la hipótesis de que se introduzcan variaciones mediante trabajos adicionales con el cauce novatorio, simplemente modificativo en la generalidad de los casos, en forma de cambios de ejecución, alterando el proyecto primitivo y produciendo aumento de obra, bien por incremento del volumen de la construida, ora por un mayor valor de la ejecutada en razón de la superior calidad de los materiales empleados, pero siempre que concurra la indispensable autorización del dueño consistente para tales innovaciones en la prestación clara de la otra parte, elemento respecto del cual dicho artículo no exige constancia en forma determinada, por lo que no es preciso que la avenencia del dueño de la obra sea recogida documentalmente, siendo suficiente la autorización verbal e incluso la tácita.

INCONGRUENCIA: NO LA HAY CUANDO AL SER ESTIMADO EL PEDIMENTO DEL ACTOR QUEDA IMPLICITAMENTE REPELIDO EL DE SU ADVERSARIO (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Alegada incongruencia por omisión de pronunciamiento (*minus petita partium*) debe tenerse en cuenta que, si bien por regla general la reconvencción precisa de un tratamiento autónomo al introducir en el debate un nuevo elemento litigioso, ampliando el primitivo, sin que el ordenamiento exija una relación o conexión causal u objetiva entre el contenido de la demanda y el de la pretensión reconvenccional, hay supuestos en que la estimación de la primera determina por modo necesario la repulsa de la segunda, como acontecerá si entre la acción principal y la esgrimida por el demandado se da una relación de dependencia, de manera que al ser estimado el pedimento del actor queda implícita pero forzosamente repelido el de su adversario, sin que por ello puedan entenderse quebrantados los principios de congruencia y exhaustividad que han de guardar las resoluciones judiciales.

DISTINCION ENTRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y LA PROMESA DE VENTA (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—En orden a la distinción entre el contrato de compraventa y la simple promesa de venta, ha declarado la Jurisprudencia que, «si ciertamente en estas situaciones jurídicas, cuya especialidad consiste en que a lo que las partes se comprometen es a celebrar

un futuro contrato sobre las líneas del primero, que por ello mismo puede calificarse de auténtica ley de bases del siguiente y cuya fuerza vinculante queda atemperada a la que deriva de su propia esencia consistente en 'obligarse a obligarse'.

No sigue nuestro ordenamiento jurídico, según tiene proclamado esta Sala en Sentencia de 7 de febrero de 1966, el principio de equivalencia a la compraventa, acogido en el artículo 1.589 del Código Civil francés, inspirador en muchos aspectos del Código Civil español, que con base en la regla antigua *pactum de vendendo est venditio*, proclamó que la promesa de venta equivale a la venta siempre que exista consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio, por entender que las dos partes han contraído obligaciones que son en esencia idénticamente iguales a las que asumen el comprador y el vendedor, dado el carácter de contrato sinalagmático que es la compraventa, pero cuya apreciación viene jurisprudencialmente rechazada, pues, aparte que en el aspecto histórico, constatado concretamente en los «Motivos y comentarios» redactados por la presidencia de la Comisión elaboradora del Proyecto del Código Civil español de 1851, ya se cuidó de resaltar alguna importante diferencia que separa en todo caso la promesa de vender y la venta misma, la interpretación lógica exige que la voluntad de los contratantes sea respetada, distinguiendo el contrato definitivo de compraventa de la mera promesa de compraventa, aplicando al primero las reglas de este específico contrato, y a la segunda simplemente las normas generales relativas a obligaciones y contratos, descartando en consecuencia el criterio de equiparación e identidad entre ambas figuras jurídicas.

**LA FIJACION DEL PRECIO EN LA COMPRAVENTA POR UN TERCERO
PUEDE SER IMPUGNADA CUANDO ÁQUEL HAYA FALTADO MANIFIESTAMENTE A LA EQUIDAD (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1986)**

Doctrina de la sentencia—La figura del arbitrio de un tercero («arbitrador»), aludida para diferenciarla del arbitraje en el artículo 2, párrafo 2, de la Ley de 22 de diciembre de 1953, y contemplada por el artículo 1.447 del Código Civil para la determinación del precio en la compraventa cuando así lo convinieren los contratantes a modo de negocio *per relationem*, desemboca en una decisión de obligado acatamiento para comprador y vendedor; y a pesar de que ese precepto no regula la posibilidad de impugnación como lo hiciera el Derecho histórico (Partida V, Título 5, Ley 9: «... e si éste, en cuya mano lo meten, señalase el precio dessaguissadamente, mucho mayor o menor de lo que vale la cosa, entonces deve ser endereçado el precio según alvedrío de omes buenos»), tanto la doctrina científica, que acude por analogía al artículo 1.690 del propio Código, como la jurisprudencial, contenida en las Sentencias de 21 de abril de 1956 y 22 de noviembre de 1966, dan paso a la posibilidad de tal censura, cuando el arbitrador prescinde de las instrucciones señaladas por las partes para la fijación del precio, faltando manifiestamente a la equidad con menoscabo de las prudentes pautas de un *arbitrium boni viri*

REQUISITOS PARA QUE PROSPERE LA ACCION RESOLUTORIA DEL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL.

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina de esta Sala la de que para que la acción resolutoria implícita establecida por el párrafo primero del artículo 1.124 del Código Civil, pueda prosperar, es preciso que quien la alegue acredite los siguientes requisitos: Primero. La existencia de un vínculo contractual vigente.—Segundo. La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad.—Tercero. Que el demandado haya incumplido de forma grave las obligaciones que le incumbían.—Cuarto. Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa del deudor que de un modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable lo origine, actuación que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante.—Quinto. Que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso. Este Tribunal Supremo tiene igualmente declarado que la facultad de resolver las obligaciones recíprocas solamente puede ejercerla el perjudicado, pero no quien dejó de cumplir lo estipulado, que ha de aceptar las consecuencias jurídicas de ese incumplimiento.

J. Q. S.

c) ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LOS ARRENDATARIOS NO TIENEN LA CONDICION DE CULTIVADORES DIRECTOS POR LO QUE NO PUEDEN ENERVAR LA RESOLUCION DEL CONTRATO POR VENCIMIENTO DE PLAZO AL AMPARO DE LA LEGISLACION ANTERIOR, VIGENTE SEGUN LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA DE LA LEY DE 1980 (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1984).

Ante el Juzgado de Morón de la Frontera se presenta demanda de resolución por extinción del contrato de arrendamiento de una finca que tenía, primeramente la cualidad de ganadera, pero que se había transformado en agrícola, sin que los arrendatarios tengan la condición de cultivadores directos y personales. El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior y dio lugar al desahucio, por expiración del término.

Se desestima igualmente el recurso de casación. La Audiencia declaró que se había extinguido el contrato por haber vencido el plazo y no tener los arrendatarios la cualidad de cultivadores directos y personales, sin que éstos hubieran dado el preaviso exigido por el Reglamento de 1959, aplicable a este contrato, según la disposición transitoria primera de la Ley de 1980. Los arrendatarios llevan otras fincas, precisando para la normal explotación de la asistencia de más de doce obreros y la mitad con carácter fijo. La finca que inicialmente se dedicó a la explotación gana-

dera, al autorizarse la siembra y explotación agrícola se transformó en un arrendamiento de tal carácter, pero es indiferente la naturaleza de la finca, ya que el plazo de seis años y, vigente el contrato, durante la aplicación de los Reales Decretos de 1978, 1979 y 1980, las medidas de prórroga forzosa establecidas en tales normas eran aplicables a ambas modalidades contractuales en relación con el concepto de cultivador directo y personal. La finalidad de la Ley vigente es clara, al excluir a quienes sean titulares de una explotación agraria o varias de más de 500 hectáreas de secano o 50 de regadío, siendo los arrendatarios cultivadores de más de mil hectáreas y no puede tenerse en cuenta el argumento del recurrente que limita esa extensión a la finca que es objeto de la acción resolutoria contraviniendo la dicción legal que habla de otras explotaciones agrarias para computarlas en la definición de agricultor modesto y a la vieja doctrina de este Tribunal que negó la condición de arrendatario protegido a quien tuviera varios contratos, aunque en cada uno la renta no exceda del límite legal, en Sentencias de 28 de noviembre de 1946 y 28 de abril de 1952, lo que, en definitiva, supone estimar cumplido lo dispuesto por la disposición transitoria primera de la Ley vigente.

DESAHUCIO.—EL DERECHO DE PRORROGA DEL ARRENDATARIO QUEDA SIN EFECTO POR EL DESEO DEL PROPIETARIO DE CULTIVAR PERSONALMENTE LA FINCA, TANTO POR PACTO COMO POR LEY. CUALQUIERA DE LOS COPROPIETARIOS ESTA LEGITIMADO PARA ENTABLAR LA ACCION RESOLUTORIA, SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA (SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 1985).

Vencido el plazo contractual de seis años, se notificó el propósito de prorrogar el contrato por otro plazo igual, a lo que se opusieron los arrendadores con un año de antelación al vencimiento del plazo por pretender el cultivo directo y personal y, fracasadas las gestiones amistosas, se entabla la demanda de desahucio ante el Juzgado de Ecija, que la admitió, así como la Audiencia de Sevilla.

No triunfa el recurso de casación. El contrato dice que los arrendatarios podrán solicitar la prórroga legal, siempre que los propietarios no se opongan, por recabar el cultivo directo de las fincas y, si le fuere negado, los arrendatarios pagarán 10.000 pesetas anuales por fanega de tierra, entendiéndose la sentencia que dicha cláusula contiene una estipulación liquidatoria de daños y perjuicios, frente a cuya interpretación se alza el recurrente diciendo que dicha cláusula carece de valor jurídico por ir contra el derecho del arrendatario consignado en el artículo 1 del Reglamento de 1959, pero si éste fija el carácter inderogable de sus normas por pacto en contra, el artículo 11 del mismo dice que la prórroga quedará sin efecto cuando el propietario se proponga cultivar directamente, siempre que los contratantes no hubieran pactado un plazo superior al mínimo legal, por lo que la sentencia, al conceder validez a la cláusula, se ajusta a la más estricta legalidad. Por otra parte, según reiterada jurisprudencia, cualquiera de los copropietarios está legitimado para la acción resolutoria, pudiendo la comunidad de arrendadores resolver el contrato y contraer la obligación de cultivo directo sin necesidad de que asuma tal obligación cada uno de sus miembros por separado.

RETRACTO.—NO PUEDE APLICARSE LA LEY VIGENTE YA QUE EL LITIGIO COMENZO EN 1978 Y AQUELLA NO TIENE EFECTOS RETROACTIVOS. EL PRECIO ES EL REAL Y NO EL DE LA ESCRITURA PARA EL EJERCICIO DEL RETRACTO, SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1985).

Se interpuso demanda de retracto ante el Juzgado de Tudela, por el arrendatario, que conoció la venta en el acto de conciliación en el que fue citado por el comprador para que abandonase la finca. El Juzgado estimó la demanda, pero la Audiencia de Pamplona revocó la Sentencia de Primera Instancia

Tampoco tiene éxito el recurso de casación. El litigio se inició en 1978, por lo que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2, número 3, del Código Civil no puede atribuirse efectos retroactivos a la normativa vigente y, sin embargo, el recurrente funda su recurso en la Ley actual. Prescindiendo de este defecto de forma, tampoco procedería: el precio no es el de la escritura, ya que fue dado a conocer al arrendatario el verdadero en el acto de conciliación celebrado en el Juzgado de Paz, habiendo dicho esta Sala reiteradamente que el retrayente ha de entregar la cantidad realmente pagada, aunque no coincida con el precio escriturado. El recurrente, en documento anterior a la venta, se comprometió a desalojar el inmueble arrendado en una fecha determinada, lo que implicó una renuncia a la prórroga que lo transformó en precarista y dio lugar a un litigio en el que la Audiencia Territorial lo declaró como tal precarista. No puede negarse, por tanto, que la finca fue ofrecida al recurrente y, en todo caso él mismo conoció, antes de interponer la demanda, cuál era el precio que satisfizo el recurrido, por lo que también procede rechazar el recurso por este motivo.

RESOLUCION.—PROCEDE PORQUE EL CONJUNTO DE LAS PRUEBAS ACREDITARON QUE EL ARRENTARIO HABIA CAUSADO DANOS EN LA FINCA QUE PROVOCARON LA DESERTIZACION DE LA MISMA POR ABANDONO DEL CULTIVO (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1985).

El arrendatario ha causado graves daños en la finca arrendada, por lo que se solicita la resolución ante el Juzgado número 2 de Salamanca, condenando al colono al pago de los daños ocasionados en la huerta y edificaciones anejas con los intereses correspondientes, conforme a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Juzgado estimó en parte la demanda declarando resuelto el contrato, condenándole al pago de los perjuicios causados y absolviendo al demandado de las demás peticiones, lo que confirmó la Audiencia.

No prospera la casación. El recurrente alega que los daños no se deben sólo a él, ya que la posesión de la finca es compartida con el propietario, que conserva el derecho de caza que practica asiduamente, según se ha acreditado de modo indubitado en 1.ª Instancia, pero ello no contradice el resultado dañoso que la sentencia impugnada pone a cargo del arrendatario, después del examen de todas las pruebas que ponen de manifiesto que una parte de la finca que el propio arrendatario aceptó en la división

del condominio en que se integraban ambos litigantes fue calificada en 1976 de huerta y ahora está en un proceso avanzado de desertización causada durante su arrendamiento por abandono de cultivos óptimos en aquella fecha, por acción de los animales que el arrendatario explota, contrastando dicha opinión con la rechazable por interesada e indemonstrada del recurrente que se limita a discrepar del reproche de conducta que el Tribunal le hace, luego del examen de las pruebas.

DESAHUCIO.—EL ARRENDATARIO NO REUNE LA CUALIDAD DE CULTIVADOR DIRECTO Y PERSONAL, ESTANDO DOMICILIADO FUERA DEL TERMINO DONDE RADICA LA FINCA (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1985).

En 1974 se prorrogó el contrato por seis años, pero en 1980 continuaba el arrendatario en la misma, sin abandonarla, por lo que se presentó demanda ante el Juzgado número 2 de Cáceres, que la estimó íntegramente, así como la Audiencia, en apelación.

No tiene éxito el recurso de casación. El demandado ya dijo en el contrato que era vecino de Barcelona y de profesión industrial, hablándose en la litis de su domicilio en Agramunt, donde fue emplazado. Es imposible que el arrendatario cultive él solo una finca de 972 hectáreas, pues aunque cita a un hijo suyo como colaborador, no ha probado que trabaje y viva en la finca, por lo que es inaplicable al arrendatario el concepto de cultivador directo y personal, sin que obsten a ello los documentos y certificaciones aportadas en autos, muchos de los cuales se basan en datos manifestados por el recurrente al inscribirse en los correspondientes servicios agrarios o ganaderos, constando también que el recurrente es arrendatario de otras grandes fincas en la misma provincia y no está domiciliado en el lugar donde radica la finca. En consecuencia, al no tener la cualidad de cultivador directo y personal de la nueva Ley de 1980, no le corresponde la prórroga a que alude la disposición transitoria primera de dicha Ley.

C. R. R.

c') ARRENDAMIENTOS URBANOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RESOLUCION.—EL PODER DADO POR EL PADRE AL HIJO PARA ADMINISTRAR NO CONTENIA LA AUTORIZACION PARA HACER OBRAS EL INQUILINO Y NO CONSTA, POR OTRA PARTE, QUE EL APODERADO DIESE TAL AUTORIZACION (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1984).

El inquilino ejercita le recurso extraordinario de revisión, alegando que el propietario obtuvo el desahucio con base en la realización de obras no autorizadas, pero existía maquinación fraudulenta entre el padre pro-

pietario y el hijo contratante que autorizó las obras, ya que el padre niega conocer la autorización hecha por el hijo que tenía poder para realizar actos de administración.

No prospera el recurso extraordinario. En el poder dado para administrar por el padre no se hacía la menor mención en cuanto a la autorización de obras, ni consta tampoco que el apoderado diese tal autorización. Por tanto, el recurso lo que hace es plantear un nuevo debate que permite examinar lo que ya fue discutido y probado en relación con el poder. La maquinación pretendida tendría que resultar de hechos ajenos al pleito y no de los que fueron alegados y probados en el mismo, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la de 31 de marzo de 1932 hasta la de 2 de diciembre de 1983.

REVISIÓN DE RENTA.—LOS REALES DECRETOS DE 1975 A 1980 PRETENDEN ADAPTAR LAS RENTAS A LAS FLUCTUACIONES DE LA EVOLUCIÓN ECONÓMICA PERO RESPETANDO LO PACTADO POR LAS PARTES Y SIN QUE TENGAN EFECTOS RETROACTIVOS EN NINGUN CASO (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1984).

Se concertó un arrendamiento en el que se pactó una cláusula de estabilización en la que se decía que la renta establecida estaría vigente durante los cinco primeros años, pasados los cuales sería revisada e, igual al final de cada nuevo período, conforme al índice del coste de la vida del año anterior a la revisión respecto del año 1970, fijados ambos por el Instituto Nacional de Estadística. Notificados en 1976 los arrendatarios de la cuantía de la nueva renta, cuyo incremento se debía reducir al 57 por 100 por aplicación de los Reales Decretos de 17 de noviembre de 1975 y 8 de octubre de 1976 sobre limitaciones de renta en esas anualidades, alegando la entidad arrendataria que sólo debía aumentarse un 10,5 por 100. El Juzgado número 14 de Madrid estimó parcialmente la demanda fijando un 11,4 por 100, confirmando la Audiencia. Notificado el aumento de 1978, se opuso también la arrendataria, que alegó no tener que experimentar aumento en la renta hasta 1981, por lo que se demandó nuevamente ante el Juzgado número 8, que la desestimó, así como la Audiencia en apelación.

No prospera el recurso de casación. Los Reales Decretos que se han promulgado desde el de 17 de noviembre de 1975 hasta el de 12 de diciembre de 1980 manifiestan el propósito del legislador de acomodar el tráfico de rentas a las restantes medidas económicas, pero respetando lo pactado y, aunque cada Real Decreto limita su eficacia a un plazo determinado, ello no implica que necesariamente hayan de aplicarse a todos los contratos arrendaticios que se hallen vigentes, sino cuando sea procedente por disposición de la ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto de las partes, por lo que en este caso, como el precio del arrendamiento se revisaría cada cinco años, habría que esperar hasta 1981, que es cuando se cumple el período pactado de cinco años, siendo doctrina reiterada de esta Sala que no puede exigirse la revisión antes de los plazos pactados, so pena de infringir el contrato (Sentencia de 10 de marzo de 1983) que ha de ser respetado. La limitación de esta normativa ha de concretarse al período a que se refiere, sin que

pueda dejar sin efecto la cláusula de estabilización y sin tener efectos retroactivos, no expresamente establecidos. No puede pretenderse que exista abuso de derecho por el arrendatario que se opone a la revisión de renta, ateniéndose a lo pactado, es decir, que la revisión será quinquenal y no determinada por el arbitrio del arrendador.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO IMPORTA QUE LA INDUSTRIA NO ESTE EN FUNCIONAMIENTO AL CONCERTAR EL ARRENDAMIENTO, SIEMPRE QUE LOS ELEMENTOS QUE SE ENTREGUEN SEAN SUFICIENTES PARA QUE AQUELLA FUNCIONE (SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1985).

Se concertó un arrendamiento de industria, compuesta por un lagar y sus instalaciones, por el plazo de un año, y se prorrogó tácitamente hasta que en 1980 se interpuso demanda, solicitando la resolución del contrato ante el Juzgado número 3 de Oviedo, que la desestimó, pero la Audiencia dio lugar al desahucio pretendido.

No tiene éxito la casación. La sentencia impugnada dice que el objeto del arrendamiento era una instalación completa de lagar y de todo género de utensilios propios de esta clase de explotación, recayendo la cesión sobre el edificio e instalaciones y utensilios, expresándose en el inventario los elementos de la explotación del lagar arrendado, que se entregó como industria organizada, por lo que no cabe negar que tiene vida propia y constituyéndose como unidad patrimonial, conforme al número 1 del artículo 3.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, calificándose como arrendamiento de industria, aunque ésta hubiese estado inactiva desde 1936 a 1944, por consecuencia de la guerra civil, ya que no se exige que la industria esté en funcionamiento al concertarse el arriendo. Basta que los elementos que se entreguen sean suficientes para que la industria funcione o para conseguir la finalidad comercial o industrial perseguida, es decir, que constituya una actividad creada por el arrendador y dispuesto para funcionar o pendiente de unos trámites administrativos, y esto es lo que la sentencia apreció como existente al concertar el arrendamiento.

SUBARRIENDO—POR NO EXISTIR PRORROGA LEGAL DEL SUBARRIENDO, AL VENCER EL PLAZO CONTRACTUAL SE PRORROGA TACITAMENTE EN LA FORMA DETERMINADA POR EL ARTICULO 1.580 DEL CODIGO CIVIL, ES DECIR, POR MESES SI EL CONTRATO ESTABA HECHO POR ESE PERIODO DE TIEMPO (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1985).

El arrendatario de un hotel subarrienda un local del mismo por veinticuatro meses y, vencido el plazo, no se desaloja, por lo que se interpone la demanda ante el Juzgado número 1 de Málaga, que declaró resuelto el contrato de subarriendo, lo que confirmó la Audiencia.

Se rechaza el recurso de casación. Al vencimiento del plazo contractual no se hizo uso de la facultad de prórroga establecida en el mismo contrato, sin ser tampoco de aplicación la prórroga legal, a tenor de lo dispuesto por el artículo 61 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, habido el

tipo de relación contractual subarrendaticia. No se acreditó la prórroga del subarriendo ante el Tribunal sentenciador, por lo que, confirmando lo resuelto en 1.ª Instancia, estimó que, al vencer el término contractual y no existir posibilidad de prórroga legal, la continuación por más de quince días en el disfrute del objeto subarrendado no tenía otra justificación que la tácita reconducción del artículo 1.580 del Código Civil, con la limitación del artículo 1.581 en cuanto al tiempo, interpretando correctamente este artículo la Sala en el sentido de que implica la prolongación por meses si la renta se concertó y pagó mensualmente, como sucede en este supuesto, con independencia de que el contrato hubiese fijado un plazo del subarriendo fijado también por meses, pues su vencimiento produce la caducidad de lo pactado referente a la duración porque el contrato ha terminado, pudiendo decirse que surge un contrato nuevo y la prolongación del disfrute de la cosa subarrendada no trae su causa de la prórroga del mismo en idénticas condiciones, sino de la propia ley, según reiterada jurisprudencia.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO PUEDE PROSPERAR EL RECURSO DE REVISION YA QUE LA INQUILINA TENIA CONOCIMIENTO DE LA SUSPENSION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y DEL EXPEDIENTE PARA LA DEMOLICION PARCIAL DEL EDIFICIO (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1985).

La inquilina interpone recurso extraordinario de revisión con base en que el propietario, para obtener el desahucio, había cambiado la orden de deribo del edificio por la autorización para repararlo, solicitando la simple suspensión del arrendamiento, entendiendo que hubo maquinación fraudulenta del arrendador, obteniendo el desahucio.

No ha lugar a la revisión pretendida. Después de conseguir la declaración de ruina, la propiedad solicitó que se autorizase la demolición parcial, petición y acuerdo del Ayuntamiento de Palma de los que tuvo conocimiento la inquilina en el expediente de ruina, según reconoció en confesión judicial, habiéndosele notificado la suspensión parcial del contrato. Levantada dicha suspensión se notificó igualmente, habiendo pedido la inquilina al Juzgado, que ya había dictado sentencia, que se suspendiera la ejecución de la misma y que se requiriese al dueño para que entregue las llaves. Hecha firme la declaración de ruina, el Juzgado falló en el sentido pretendido por la arrendadora y declaró resuelto el contrato. Pero la revisión no puede prosperar, ya que la inquilina tuvo conocimiento de la petición de la arrendadora tendente a la demolición parcial y del decreto de suspensión del contrato, por lo que como dijo la Sentencia de 26 de noviembre de 1981, no puede tener el carácter de documento «reco-brado» una resolución administrativa recaída en expediente iniciado antes de la sentencia que se impugna, cual es el caso del presente proceso, dado que era conocida la resolución municipal y se pudo pedir la reanudación del juicio suspendido por acuerdo de ambas partes. Tampoco existe maquinación fraudulenta, ya que entonces el letrado defensor de la arrendadora estaba en situación de excedencia como oficial del Ayuntamiento.

d) DERECHO DE FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

VIUDEDAD FORAL ARAGONESA.—ABUSO DEL DERECHO. MALA FE. SEPARACION DE HECHO.—Artículos 7, apartado 2 del Código Civil, 48 y 63 del Apéndice foral aragonés, 23, 37, 52 y 72 de la Compilación de Derecho civil especial de Aragón (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1986).

El cónyuge viudo que reclama sus derechos de viudedad aragonesa tras más de cuarenta años de separación de hecho consentida por ambos cónyuges, realiza un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso del Derecho.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Carretero Pérez, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zaragoza, la cual mantiene el más Alto Tribunal, por entender que la acción ejercitada por la actora incurre en abuso del derecho, por ir más allá de los fines éticos, teleológicos y sociales de la norma, ser contraria a la buena fe y perjudicial para terceros, requisitos usualmente exigidos por la jurisprudencia, conforme a las Sentencias de 25 de noviembre de 1960, 7 de julio de 1980, 21 de mayo de 1982, 23 de mayo y 14 de julio de 1984).

Los fundamentos de esta sentencia son los siguientes:

La sentencia recurrida estima la demanda de una viuda que, separada de hecho de su marido, con el que contrajo matrimonio en el año 1929, desde el año 1934, hasta el 28 de enero de 1981, fecha de la muerte del marido, pretende el reconocimiento de sus deudas de viudedad aragonesa. La separación debe estimarse como mutuamente consentida, porque originó una pensión de 100 pesetas mensuales, que se pagó desde 1934 hasta 1959 y porque el hijo común del matrimonio, nacido en 1932, pasa a vivir con su padre en 1938. Consta que el marido convivió, desde el año 1938, con su hijo y con la demandada, a quien legó, en usufructo, una casa que adquirió en el año 1939 y continuó esta convivencia hasta su muerte.

Todos los motivos de casación se basan en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y obedecen a una argumentación que parte de la libre separación de hecho, mantenida durante más de cuarenta años, que excluye el fundamento de los derechos de viudedad, que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges y llega a la conclusión de que la petición de los derechos de viudedad significa un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso del Derecho, que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social y así desarrolla el motivo primero por aplicación indebida del artículo 48 del Apéndice Foral Aragonés en relación con el artículo 3.º, 1.º, del Código Civil, el motivo primero-bis, por

aplicación indebida del artículo 23, 2.º, y 37 de la Compilación Aragonesa de Derecho civil, el motivo segundo, por aplicación indebida del artículo 52 de la Compilación, el motivo tercero por aplicación indebida del artículo 63 del Apéndice Foral Aragonés o 72 de la Compilación en relación con el 3.º, 1.º, del Código Civil, el cuarto por falta de aplicación del artículo 7.º, 1.º, del Código Civil y el motivo quinto por falta de aplicación del artículo 7.º, 2.º, del Código Civil; es decir, que admite todas las reglas del Derecho foral aragonés que proclaman la comunidad de bienes como régimen legal en el matrimonio y el usufructo universal en favor del cónyuge viudo, pero las entiende sin efecto en caso de separación tan prolongada y su pretensión contraria a la buena fe, con manifiesto abuso de Derecho.

Ni el Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón publicado en Real Decreto de 7 de diciembre de 1925, ni la Compilación del Derecho civil de Aragón, promulgada en Ley 15/1967, de 8 de abril, contemplan los efectos que pueda producir la separación de hecho de modo específico, pues el artículo 52 de la Compilación se remite al artículo 1.417 del Código Civil de la época, relacionado con el 52 del propio Código Civil, que solamente se refiere a la muerte de uno de los cónyuges o a la nulidad y únicamente el artículo 78 de la Compilación se estatuye la pérdida del derecho expectante de viudedad para el cónyuge en el supuesto de separación judicial, por lo cual la pretensión de la viuda hay que estimarla ajustada a la letra de la Ley, por lo que, en principio, deben rechazarse los motivos primero, primero bis, segundo y tercero del recurso.

Sin embargo, debe reconocerse para este caso y sin generalizar que la pretensión de la viuda es contraria a la buena fe, porque rota, con su consentimiento (al que la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1979 atribuye analogía judicial), la convivencia conyugal en 1934, con acuerdo amistoso de alimentos y entrega, en 1938, del hijo único al marido, sin haber intentado acción efectiva que manifestara su disconformidad, reclame sus derechos legales después de más de cuarenta años de mantenimiento de la situación, para obtener unos bienes a cuya adquisición no contribuyó en absoluto, y tal conducta contraria a la buena fe conforme uno de los requisitos del abuso de Derecho, complementado, por una falta de equidad que se aprecia en la posible desposesión a la convivente con el marido desde 1938 a 1981 e incluso al hijo del matrimonio, causando con ello el natural perjuicio a estos terceros, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (protección del matrimonio convivente), teleológicos (derechos viduales al cónyuge supérstite convivente) y sociales (seguridad en las relaciones matrimoniales mantenidas por el afecto de los cónyuges), lo cual constituye el ejercicio anormal de un derecho que los Tribunales deben impedir en aplicación del artículo 7, apartado 2, del Código Civil, por lo que deben ser estimados los motivos cuarto y quinto del recurso.

F. C. L.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN CATALUÑA.—NULIDAD. INCAPACITACION POR PRODIGALIDAD. IRREVOCABILIDAD. ABUSO DE DERECHO. FRAUDE A LA LEY. BUENA FE.—Artículos 7, 221 y 1.323 del Código Civil y 7, 8 y disposición final segunda de la Compilación de Cataluña.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la Sentencia de la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona confirmando la del Juzgado de Primera Instancia de Manresa, por parte actora y apelante, fundándose sustancialmente en la nulidad de las capitulaciones matrimoniales otorgadas, después de interponerse la demanda de incapacitación por prodigalidad, por quien luego fue declarado pródigo sin la intervención de su tutor (hoy sería curador), conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

Un orden lógico y razonable, derivado de las bases en que la recurrente doña M. R. S. fundamenta el recurso de casación de que se trata, aconseja una distribución y examen conjunto de los motivos en que dicho recurso se ampara, formando los siguientes grupos de aquéllos en el siguiente sentido: Primero. Los primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, amparados todos ellos en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con apoyo, respectivamente, en aplicación indebida del artículo 1.323 del Código Civil, en su redacción anterior a la vigente, aprobada por Ley de 13 de mayo de 1981; violación del artículo 8 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña; interpretación errónea del mismo artículo de la expresada Compilación de 21 de julio de 1960; violación, por no aplicación, del Usatge *Aurtorictate et regatu*; y violación, por falta de aplicación, de la doctrina legal que afirma la vigencia del principio de que las capitulaciones matrimoniales otorgadas en Cataluña son irrevocables, plasmado en Sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 1956, 21 de abril de 1958 y 24 de junio de 1974, entre otras.—Segundo. Los sexto, séptimo, octavo y noveno, también formulados con amparo en el mencionado número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en vigor al tiempo de la interposición del recurso, respectivamente apoyados en aplicación indebida de la doctrina legal sobre el abuso del Derecho, que trata de Sentencias, entre otras, de 5 de junio de 1972 y 2 y 7 de junio de 1980, recogida posteriormente, a partir de la reforma del Título Preliminar del Código Civil por Ley de 17 de marzo de 1973 y Decreto de 31 de mayo de 1974, en el artículo 7, 2, de dicho Cuerpo legal, que también se alega aplicado indebidamente; aplicación indebida de la doctrina legal que impone la nulidad de los autos realizados en fraude de ley, construido con base en Sentencias de 13 de junio de 1959, 24 de febrero y 10 de noviembre de 1964, 25 de febrero de 1966 y otras muchas; aplicación indebida del principio de buena fe, consagrado por la jurisprudencia de esta Sala en Sentencias de 28 de julio de 1965, 12 de noviembre de 1970 y 22 de junio de 1972, entre otras, y elevado a la categoría de precepto positivo en el artículo 7, 1, del Código Civil, de acuerdo con el cual «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, igualmente citado como infringido; y aplicación indebida de lo dispuesto en el artícu-

lo 24 de la Constitución Española de 1978.—Tercero. Los décimo, undécimo y duodécimo, como los anteriores amparados en el precitado número 1.º del artículo 1.692, respectivamente, por violación, a causa de no aplicación, de lo dispuesto en los artículos 1, 24, 2, y 28, 1, de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil, de acuerdo con los cuales se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas, entre los que figuran las modificaciones judiciales de capacidad; e interpretación errónea de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 221 del Código Civil, de acuerdo con el cual «la sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado», y violación, por no aplicación, del dicho artículo 221.—Cuarto. El decimotercero, asimismo amparado en el repetido número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria Civil, por interpretación errónea de lo dispuesto en el artículo 1.323 del Código Civil, en cuanto la sentencia recurrida declara «nulos de pleno Derecho» los capítulos matrimoniales otorgados el día 27 de enero de 1960 por don P. S. F. y doña D. E. B.; y decimocuarto, al amparo del número 7.º del tantas veces mencionado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción vigente al tiempo de la interposición del recurso, por alegado error de hecho en la apreciación de la prueba, que el recurrente trata de deducir de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales de 26 de enero de 1960 que obra en el procedimiento de que este recurso dimana.

En cuanto a los referidos motivos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, su inconsistencia y consiguiente desestimación surge en cuanto a lo que se contrae a los cuatro primeros de que reconocido en la sentencia recurrida, con secuencia vinculante en casación al no haber sido atacado tal aserto, sino, por el contrario, admitido, por la recurrente, que las capitulaciones matrimoniales en cuestión fueron otorgadas por doña D. E. B. y don P. S. F. después de haber sido promovido juicio de inhabilitación de éstas, por causa de prodigalidad, sin asistencia de tutor que le hubiese sido designado a tal fin, conduce, como certeramente ha sido apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, a la no validez de dichas capitulaciones, de conformidad con lo prevenido en el artículo 1.323 del Código Civil en vigor al tiempo de concertarse las mencionadas capitulaciones, en cuanto que de conformidad con lo dispuesto en la disposición final segunda de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, en lo no previsto en la misma regirán los preceptos del Código Civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general, porque si ciertamente el artículo 8.º de dicha Compilación no hace referencia a la exigencia de asistencia de tutor designado a tal fin para cuando las capitulaciones matrimoniales se otorguen una vez ya promovido expediente de inhabilitación, tampoco establece su innecesariedad, con lo que se produce un vacío legal en lo que se contrae a tal circunstancia que, en virtud de la indicada disposición final segunda, hace plenamente aplicable la expresada normativa que establecía el precitado artículo 1.323 del Código Civil y más en cuanto que entender lo contrario tanto significaría llegar al absurdo de que el ordenamiento jurídico reflejado en la mencionada Compilación posibilita el ejercicio de actuaciones jurídicas irregulares o anómalas provinientes de una situación de capacidad que al ser planteada se encontraba en entredicho y de ser reconocida al decidirse judicialmente sobre ella supondría convalidar

una actuación dispositiva que venía viciada en el consentimiento, ya que no puede decirse que éste se produce cuando no se goza de capacidad a efectos de disponer de los bienes; y en lo que se refiere al motivo quinto de que el concepto de irrevocabilidad que es consustancial en Cataluña a las capitulaciones matrimoniales según el artículo 7.º de la expresada Compilación, lógicamente hay que entenderlo sobre la base de que sean válidas, como se corresponde del esencial principio de Derecho de que lo que es vicioso en su origen ningún efecto puede producir, consecuencia de que *impossilia natura lege non conformiatur* (Sentencia de esta Sala de 28 de diciembre de 1928), lo que determina como consecuencia que si las indicadas capitulaciones carecían de validez, por la causa expresada, al ser otorgada ninguna aplicación puede tener su alcance de irretroactividad, dado que no dada causa —existencia válida de dichas capitulaciones— en manera alguna pueden originarse efectos —irrevocabilidad—, puesto que todo efecto parte del supuesto de real existencia de la causa que le da origen.

A igual solución desestimatoria es de llegar en lo que hace relación a los motivos sexto, séptimo, octavo y noveno, porque reconocido en la sentencia recurrida, tanto en sus considerandos como en los que acepta de la dictada en fase procesal de primera instancia, que las tan citadas capitulaciones matrimoniales han sido otorgadas con posterioridad a la fecha de la presentación de la demanda de prodigalidad del otorgante de ellas don P. S. F., y precisamente también después de haber sido declarada nulidad de una pretendida compraventa de determinados bienes que venían afectados por dichas capitulaciones que había sido otorgada por dicho don P. S. F., a quien, a su vez, con posterioridad a las mencionadas capitulaciones, transmitió doña D. E. B., otorgante asimismo de las relacionadas capitulaciones matrimoniales, todos los derechos que le correspondiesen o pudieran corresponderle en la herencia de su esposo el pre-citado don P. S. F., y que la fueren adjudicados como consecuencia de juicio universal de testamentaria y los que le correspondiesen en el juicio declarativo de mayor cuantía promovidos por el tutor del mencionado don P. S. F., claramente está poniendo de manifiesto, según aprecia la Sala sentenciadora de instancia, una situación de hecho encaminada a crear situaciones al logro defraudatario, con base en determinadas relaciones jurídicas provocadas, de distraer bienes del patrimonio del repetido don P. S. F., desplazándolas de su normal destino, con la finalidad de convalidar aquella pretendida compraventa cuya nulidad fue judicialmente declarada, y cuya situación evidentemente en primer lugar revela abuso de Derecho en cuanto que dado, aunque la recurrente doña M. R. S., en su cualidad de heredera del inicialmente demandante don M. S. M., no fue parte ni tuvo intervención en la tantas veces mencionada escritura de capitulaciones matrimoniales de 26 de enero de 1960, sin embargo, toma su base en ella y trata de ampararse en un derecho objetivamente legal, cual es la transmisión de los derechos que de los mismos entiende corresponden a doña D. E. B., tratando de crear a su favor un *animus necendi* o intención dañosa sin compensación de equivalencia, en perjuicio de los derechos que sobre bienes afectados por las mencionadas capitulaciones pudieran corresponder a la recurrida doña J. S. S. en su cualidad de hija de la inicialmente demandada doña A. S. M., con la consiguiente

inexistencia de «justa causa litigantes» en la precitada recurrente que según tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras muchas, de 20 de abril de 1933 y 13 de junio de 1942 caracteriza al abuso de Derecho; en segundo lugar implica fraude de ley, desde el momento que todo el conjunto de actividades desarrolladas en orden al caso en cuestión, detalladamente relacionados en el primero de los considerandos certera y correctamente valorados en el segundo, de la sentencia de primera instancia, sustancialmente aceptados en la de segunda instancia, con complemento razonador en el segundo y tercer considerando de ésta, pone de manifiesto un *fraudem legis* con finalidad de desplacer a los bienes comprendidos en las repetidas capitulaciones matrimoniales de su normal destino, por el cauce vitalizador de tratar de defraudar la finalidad práctica de una ley mediante otra de cobertura que no le preste suficientemente, que es la esencia del acto fraudulento, como proclaman las Sentencias de esta Sala de 14 de diciembre de 1940, 12 de abril de 1946, 30 de octubre de 1955, 13 de junio de 1959 y 25 de febrero de 1966; en tercer lugar, debido a que el reconocimiento de comportamiento con abuso de Derecho y fraude de ley presupone carencia de buena fe, consagrado en el apartado 1 del artículo 7.º del Código Civil como base para el eficaz ejercicio de todo derecho, ya que mal puede entenderse que actúa con buena fe quien trata de obrar con abuso o fraude de ella; y en cuarto lugar, a causa de que el apartado 1 del artículo 24 de la Constitución Española al proclamar que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión», lo que garantiza es que en ningún supuesto pueda producirse denegación de justicia, pero no que pueda ser base para convalidar situaciones como la presente que según establece el segundo de los considerandos de esta resolución vienen desprovistos de amparo legal, y emanantes de abuso de Derecho, fraude de ley, falta de buena fe certeramente apreciado por la Sala sentenciadora de instancia como no amparable en el campo del Derecho.

Tampoco son de acoger los motivos décimo, undécimo y duodécimo, puesto que, de una parte, el que la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, prevenga en sus artículos 24, 2, y 38, 1, que se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas, entre las que figuran las modificaciones judiciales de su capacidad, y en consecuencia deba promoverse la inscripción correspondiente, así como que se anotarán los procedimientos judiciales o gubernativos entablados que puedan afectar al contenido del Registro, en indudable tendencia a que la seguridad y certidumbre de la vía civil exigen que la existencia y situación jurídica consten de manera pública y auténtica, también es de tener en cuenta que esa norma afecta a los terceros, pero no a los otorgantes del negocio afectado de ineficacia por causa de la situación de incapacidad planteada mediante solicitud ante la correspondiente autoridad judicial, cuando esos otorgantes tenían conocimiento, cual ha sucedido en el presente caso, de que con anterioridad a dicho negocio había sido presentada solicitud de incapacidad de uno de los otorgantes, pues que con ese conocimiento se daba la situación de publicidad para dichos otorgantes de esa especial circunstancia, que es precisamente la finalidad de las men-

cionadas inscripción y anotación; y de otra parte en razón a que si es exacto que el párrafo segundo del artículo 221 del Código Civil, en la redacción vigente, al tiempo en que fue declarada la incapacidad de don P. S. F., coincidente en esencia al respecto con el actual artículo 298 del Código Civil, consecuencia de la redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, previene que «la sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado», así como que en la sancionadora de incapacidad por causa de prodigalidad del citado don P. S. F. se estableció con relación a éste su prohibición para «la adquisición, enajenación y gravamen de bienes inmuebles», es igualmente de tener en cuenta que ese pronunciamiento en contra de lo apreciado por el recurrente, no conduce a que persiste con vida jurídica el heredamiento pactado en las referidas capitulaciones matrimoniales en cuanto no es significativo de comprensión, por su índole de alcance *mortis causa*, en la prohibición prevenida para actos *inter vivos*, pues no hay que olvidar que dicho heredamiento es una mera consecuencia del otorgamiento de las meritadas capitulaciones y por ello condicionados a la eficacia de éstos que son la causa que le da vida y que cesa en su eficacia al quedar inconsistente el acto inicial de que emana, en ortodoxa aplicación del principio de que casada la causa —capitulaciones matrimoniales— se extingue el efecto —heredamiento pactado en tales capitulaciones.

El motivo decimotercero decae con simplemente tener en cuenta que la litis entablada viene determinada al respecto en tendencia a la declaración instada en el primero de los pedimentos de la súplica del escrito inicial de demanda de «validez y eficacia de los capítulos matrimoniales otorgados ante el Notario de Manresa don Pedro Lluch Partegas, por don P. S. F. y por doña D. E. B., el día 26 de enero de 1960», a lo que expresamente se opuso inicialmente la demandada doña A. S. B., a quien actualmente ha sucedido por fallecimiento de aquélla la ahora recurrida doña J. S. S., por lo que cualquiera que fuere el criterio que se sostuviere sobre si el acto realizado por el incapacitado por causa de prodigalidad es nulo *ipso iure*, o meramente anulable, lo cierto es que, en todo caso, siempre habría que llegar a la solución desestimatoria de tal pretensión de eficacia de las relacionadas capitulaciones matrimoniales, pues de apreciarse situación de nulidad *ipso iure* o radical, bastaría apreciar la desestimación de su validez y eficacia pretendida, y de entenderse situación de anulabilidad, ésta sería consecuencia de que al oponerse la demandada y por su derivación la ahora recurrente, se daría la situación de reclamación legítima de anulabilidad del referido acto viciado, desde el momento que ninguna mayor reclamación de ineficacia puede darse que la oposición a la pretensión de eficacia por parte de quien como dicha demandada y hoy su sucesora la recurrente resulta perjudicada por el mantenimiento de valor jurídico al indicado acto realizado con prohibición legal.

F. C. L.

e) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

COMUNIDAD HEREDITARIA.—DISPOSICION DE PARTICIPACION INDIVISA EN BIENES CONCRETOS (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1986).

Vendida por la viuda del causante la participación indivisa de unas fincas determinadas y la totalidad de otras, integrantes del caudal relicto y de la disuelta sociedad conyugal de gananciales, antes de haberse otorgado la escritura de liquidación y adjudicación y de partición hereditaria, sin el consentimiento de los demás herederos, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Telde declaró la nulidad de las compraventas, sentencia que fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada, confirmando íntegramente la Sentencia del Juzgado, por los siguientes fundamentos:

La acción de nulidad, no de anulabilidad como erróneamente entiende la sentencia recurrida, ejercitada en relación a determinados negocios jurídicos, tiene por finalidad el que los bienes inmuebles objeto de las convenciones dichas sean reintegrados a la comunidad hereditaria sobre los mismos operante desde la fecha del fallecimiento del marido, en razón a que los meritados bienes estaban integrados en la sociedad legal de gananciales del citado matrimonio y que, por tanto, su titularidad dominical, después del óbito del marido estaba atribuida por cuotas indivisas al cónyuge supérstite y a los herederos del esposo en proporción a las que les correspondieran en el acervo hereditario, lo que hacía que de dichos bienes no pudieran disponer, como lo había efectuado a medio de documentos privados la viuda, atribuyéndose un pleno dominio sobre los mismos, suscribiendo contratos de compraventa radicalmente nulos, con nulidad que trascendía al de igual carácter otorgado por el que figuraba como adquirente de dichos bienes a favor de un tercero, reuniendo todos los requisitos del artículo 1.300 del Código Civil, al haberse transmitido bienes de una sociedad de gananciales sin el consentimiento de los herederos del otro cónyuge fallecido, lo que permite incluir el supuesto en el referido artículo.

La sentencia recurrida, partiendo de la aseveración textualmente consignada en el fundamento de Derecho que antecede y derivando de la misma la conclusión de la pertinente aplicación al caso de la preceptiva contenida en los artículos 1.300 y 1.301 del Código Civil, entiende que la acción ejercitada había prescrito por el transcurso de cuatro años a partir de las fechas (16 de marzo de 1972 y 10 de diciembre de 1973) en que los contratos privados que se pretendían anular fueron presentados a liquidación del impuesto de transmisiones y aquella otra en que se dedujo, estando rectamente dirigidos los tres primeros motivos del recurso a impugnar la subsunción verificada por la resolución combatida de los hechos que admite en la problemática de los contratos meramente anulables,

denunciando al efecto, por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación de lo dispuesto en el artículo 399 del Código Civil —motivo primero—, la aplicación indebida del artículo 1.300 del propio Código —motivo segundo— y, también, la aplicación indebida del artículo 1.301 del mismo Cuerpo legal —motivo tercero—; motivos todos de precedente acogida, por cuanto, como ya puso de relieve la Sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 1982, reiterando la doctrina sancionada en las de 11 de febrero de 1952 y 11 de abril de 1953, «el artículo 399 del Código Civil lo que expresamente reconoce a cada copropietario es el derecho a la plena propiedad de su parte ., pudiendo, en consecuencia, enajenarla, cederla o hipotecarla», añadiendo que «el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad, lo que nada tiene que ver cuando lo vendido por una usufructuaria y una de las copropietarias no es la parte de ésta, sino la totalidad de la finca, por lo que no mediando el consentimiento de las otras partícipes en la comunidad, que tampoco ratificaron después el acto realizado, es evidente que va en contra de lo dispuesto en el citado artículo 399 del Código Civil, incurriendo en sanción de nulidad»; nulidad que no es la simple anulabilidad a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo 1.300 del Código Civil, y que origina el nacimiento de la acción que, con imprecisión técnica, el artículo 1.301 del repetido Código denomina «acción de nulidad», desde el momento en que no se ofrece duda alguna para proclamar que las convenciones cuya nulidad se postula en la demanda inicial de estas actuaciones no estaban adornadas de los requisitos que el artículo 1.261 de nuestro referido Código exige para la existencia del contrato, habida cuenta de que el condómino vendedor no podía prestar consentimiento para la enajenación del pleno dominio de unos inmuebles en los que sólo le correspondían participaciones indivisas, no siendo ocioso destacar que, como dijo la Sentencia de esta propia Sala de 5 de marzo de 1966, «tanto en los casos de inexistencia como de nulidad absoluta el negocio jurídico ha tenido sólo una vida aparente, a causa de lo cual se suelen incluir los dos conceptos dentro del capítulo genérico de la nulidad, distintas ambas de la simple anulabilidad de que trata el Código Civil en los artículos 1.300 y siguientes».

COMENTARIO.—Es fundamental y está ya generalmente admitida la distinción entre los actos de disposición realizados antes de la partición por uno solo de los herederos respecto a su cuota y respecto a bienes concretos o determinados, ya que mientras todo coheredero puede disponer, enajenar o gravar y ceder por cualquier título, oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, su cuota hereditaria antes de verificarse la partición —salvo los casos en que exista lícita prohibición del testador—, según resulta de los artículos 399 y 1.067 del Código Civil y han declarado, entre otras, las Sentencias de 30 de junio de 1947 y 25 de noviembre de 1961, no puede transmitir con efectos reales la cuota hereditaria indivisa con referencia a bienes concretos, sino que para ello se requiere la unanimidad de todos los coherederos, lo mismo que para disponer de toda la herencia, según también han declarado las Sentencias de 9 de octubre de 1962 y 5 de octubre de 1963.

Una de las razones de ello es que la masa patrimonial hereditaria no puede ser objeto de un derecho subjetivo antes de la partición, por encontrarse sometida a liquidación, lo que necesariamente produce una indeterminación del objeto que choca abiertamente con la precisión que exigen los actos de transmisión de derechos reales, sobre todo si recaen sobre inmuebles, a los efectos de su constancia registral.

F. C. L.

PARTICION HEREDITARIA.—VALOR DE LA REALIZADA POR EL TESTADOR (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia de Grado, conforme a los siguientes fundamentos:

La Sentencia de Primera Instancia, confirmada íntegramente por la aquí recurrida, contiene los siguientes pronunciamientos: Primero. Declara que la partición hecha por los fallecidos cónyuges don S. F. A y doña E. A. M., padres de los litigantes, en sus respectivos testamentos otorgados el día 28 de noviembre de 1974 ante el Notario de Pravia es válido y eficaz.—Segundo. Condena a los demandados a estar y pasar por ella, a que formalicen el correspondiente cuaderno que recogiendo las adjudicaciones realizadas por las partes con todos los datos que sean necesarios complementar, pueda ser elevado a escritura pública y a que los herederos entreguen a cada adjudicatario los bienes de sus respectivos lotes e hijuelas.

Frente a dicha sentencia se interpone el presente recurso estructurado en tres motivos, todos al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil en su redacción anterior a la reforma, invocándose en el primero de ellos la infracción del artículo 1.068 del Código Civil, pues, a su entender, si bien existen unos testamentos de los padres en los que se distribuyen unos bienes entre los hijos, sin embargo, no se ha procedido a la liquidación formal de la herencia que implica el inventario de los bienes, derechos y deudas, así como de los gastos, por lo que al atribuir la sentencia la titularidad de unos bienes a unos herederos por mero testamento, se infringió el citado artículo 1.068, que requiere, para la atribución dominical de los bienes adjudicados, la partición legalmente hecha; motivo que no puede prosperar, pues si el artículo 1.056 del mismo cuerpo legal admite como una de las posibles formas de hacer la partición la que de sus propios bienes realice el testador y a la que atribuye fuerza vinculante —«se pasará por ella», dice el precepto—, es indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial practicada por los propios herederos o por albaceas o partidores, es decir, sus efectos son los de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1.075, en relación con el 1.056, concede a los herederos forzosos

en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador y sin perjuicio, también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad; operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde el momento de la muerte del testador; razonamientos los expuestos que llevan al rechazo del segundo motivo en el que se denuncia la infracción del mismo artículo 1.068, pues si bien es cierto, como afirma el recurrente, que ni el testamento ni la declaración de herederos *ab intestato* son por sí solos títulos suficientes para reivindicar bienes concretos y determinados, y ello porque tales títulos sólo confieren un derecho abstracto sobre el patrimonio relicto que permanece en indivisión, no es menos cierto que una vez practicada la partición aquel derecho abstracto se transforma en un derecho concreto sobre los bienes que a cada heredero se le hayan adjudicado, ostentando a partir de dicha adjudicación una titularidad ordinaria, como la que puede corresponderle sobre bienes integrados en su patrimonio por cualquier otro título adquisitivo, y en el caso de litis, como se acaba de decir, la partición hecha por el testador en su testamento, lo mismo que la practicada por cualquiera otra forma admitida en Derecho, produce el efecto de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados, propiedad exclusiva que faculta para el ejercicio de cualquier acción reivindicatoria.

F. C. L.

LEGADOS EN PAGO DE LEGITIMAS. RENUNCIA A LA HERENCIA Y LEGADOS POR LEGITIMARIOS. SUCESSION INTESADA. DONACIONES NO COLACIONABLES. IMPUTACION.—Artículos 806, 807, 815, 912, número 3.º; 986, 1.000 y 1.007 del Código Civil (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1986).

La repudiación de la herencia no implica la pérdida de los beneficios contenidos en las donaciones realizadas por el causante a favor de los donatarios-repudiantes, ni siquiera aunque tales donaciones hayan sido ratificadas por el testador como legados, estableciendo su imputación a los diversos tercios sucesivamente.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Matías Malpica González-Felipe, declara haber lugar en parte al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Llerena, conforme a los siguientes fundamentos, de los que se desprenden claramente los hechos que motivaron el litigio:

El presente recurso de casación se contrae al procedimiento instado por el hijo y los nietos del causante señor R. C. que falleció el 26 de agosto de 1978, bajo testamento vigente otorgado el 13 de enero de 1977, en el que tras distintas asignaciones de legados y otras disposiciones

relativas a adjudicación directa de bienes hereditarios conforme al artículo 1.056 del Código Civil; nombra e instituye herederos a sus hijos don M. y don V. R. D. (cláusula sexta), si bien a este último le grava con la obligación de satisfacer legítimas y legados, según la cláusula séptima; carga testamentaria que no se reproduce en cuanto al otro heredero, su hermano M., como tampoco en las donaciones que hiciera en vida a éste y al nieto M. R. G.

El testador declara en su testamento tener cuatro hijos supérstites, A., V., M. y J. R. D., y doce nietos hijos de su hijo prefallecido F.; las legítimas estrictas las reconoce a cada uno de los legitimarios ya señalados, bien por cabezas o por estirpes, según el parentesco de primer o segundo grado por derecho de representación, pero lo hace por vía de legado (cláusula quinta) y de ahí que constituya la obligación de su pago al heredero e hijo V.; al propio tiempo, ratifica o alude a las donaciones hechas con anterioridad al testamento a sus hijos M. y V., de fechas, respectivamente, 31 de julio de 1976 y 9 de agosto de 1977 (M.) y 9 de agosto de 1976 y 10 de agosto de 1977 (V.) en que declarándolas todas no colacionables las imputa, para en su caso, por este orden: legítima, mejora y libre disposición e igualmente hace mención del legado a su nieto hoy demandado M. R. G., a quien ya hizo donación *inter vivos* en 16 y 30 de noviembre de 1976 de distintos bienes, haciendo expresión en el último de ser tal donación no colacionable, circunstancia omitida en el primero, si bien a los efectos procedentes se ha de hacer constar que este nieto es hijo del demandado M. R. D.

Lo cierto es que por sendas escrituras públicas los hijos del testador, V., M. y J., renunciaron: el primero pura y simplemente a la herencia «en los términos que de ella ha dispuesto su padre en su testamento de fecha 13 de enero de 1977», y lo hizo el día 25 de septiembre de 1978; el segundo, a la herencia y legados en fecha 30 de igual mes y año, y la tercera, en fecha 8 d agosto de 1978, renunció a los derechos a su favor referidos como heredero *ab intestato* por fallecimiento de su padre, y subsiguiente repudiación de los herederos testamentarios, y el nieto F. R. P. que se dice renunció a la herencia del abuelo por escritura de 22 de enero de 1979, pero cuyo documento no ha sido aportado a los autos.

Con tales circunstancias la parte actora pretende en la litis, esquemáticamente expuestas las pretensiones: a) Que como consecuencia de las renunciaciones hereditarias de sus hermanos y tíos, se haga el nombramiento de herederos por cabezas a favor de A. hijo del causante y por estirpes a los hijos del prefallecido F. R. D., salvo el hijo de éste F. R. P., por decir manifestar haber renunciado a la herencia del abuelo en escritura de 22 de enero de 1979, aunque no consta tal documento; y b) Que las renunciaciones hereditarias alcanzan también a las donaciones *inter vivos*, por cuanto venían a representar entregas anticipadas de su herencia o a cuenta de la misma, lo que comporta su nulidad, con restitución íntegra de los bienes donados, acciones y frutos a la masa hereditaria, o su valor caso de enajenación a terceros registrales, con la consiguiente cancelación en el primer supuesto de las inscripciones registrales; y habiendo sido desestimadas todas las pretensiones en las dos instancias, cúmplenos ahora analizar el recurso por el orden sistemático que mejor proceda.

El segundo motivo, con sede en el ordinal quinto del artículo 1.692

del Código Civil, acusa la infracción de los artículos 981, 982, 2.º, y 984 del Código Civil, lo que no puede ser estimado, dado que el testamento no ofrece más designaciones como herederos que a favor de sus hijos M. y V. (cláusula sexta), ... y aunque luego en la cláusula séptima, haciendo uso de la facultad atribuida por el artículo 1.056 del Código Civil al testador, adjudica bienes concretos, la institución de herederos en cuanto a M. y V. subsiste, en principio, en toda la dimensión jurídica que les confieren los artículos 660 y 661 del Código Civil y como quiera que las demás designaciones hechas en el testamento, lo son con carácter de legado, es decir, como sucesión a título particular, no da margen a inscribir la situación testamentaria que aquí se contempla en los artículos que se dicen infringidos, pues falta en los demás beneficiarios del testamento, entre ellos los demandantes, la condición de coherederos con los demandados M. y V. R. D., por lo que falla en este concreto supuesto el requisito previsto en el artículo 982, 1.º, del Código Civil.

El tercer motivo con igual residencia procesal del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción de los artículos 806 y 807 del Código Civil, motivo que ha de acogerse porque los demandantes, hijos y nietos del testador, tienen derecho a legítima en virtud de los preceptos invocados y de los artículos 808 y 813, 814 y 818 del Código Civil, y cuyo derecho legitimario ha sido reconocido expresamente por el testador, aunque haya sido en concepto de legado, lo que tanto da, pues la naturaleza de la legítima está transida más que de una *vocatio* universal de esencia personalista en la transmisión sucesoria, de una valoración económica cuantificada (art. 806, 813, 817, 818 y siguientes del Código Civil), que eso sí, precisa de ese sujeto titular de los derechos y obligaciones que correspondían al difunto, cuando, como en el caso presente, con la designación de herederos, manifiesta esa voluntad de su sustitución jurídica a que alude la Sentencia de 15 de junio de 1968 —situación muy distinta de la prevista en el artículo 891 de dicho Cuerpo legal—, por cuyas circunstancias ha de reconocerse nos hallamos en presencia de la perspectiva prevista en el artículo 912, 3.º, *in fine*, en relación con el artículo 986 en atención a haber repudiado sus derechos hereditarios actuales V., M. y J., y ésta incluso renunciado su expectativa de *ius delationis*, como heredera *ab intestato*, ante la repudiación de la herencia verificada por los dos primeros, sus hermanos M. y V.; todo lo cual nos lleva a proclamar a los demandantes en la forma solicitada implícitamente, aunque no suficiente clara, como herederos *ab intestato* del causante, padre y abuelo de aquéllos, que asumirán esa categoría con las obligaciones que le vienen impuestas para el cumplimiento de las disposiciones testamentarias a tenor de lo ordenado en el artículo 764 del Código Civil, pero no con el carácter de único o exclusivos herederos, por no constar acreditado en autos la repudiación de herencia de don F. R. P.

El quinto motivo, al amparo del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de los artículos 1.000 y 1.007 del Código Civil, que ha de declinar, por cuanto el haber renunciado los derechos de herencia y legado los herederos instituidos en testamento, dado que no tenían coherederos a quienes pudiera acrecer la porción renunciada de la herencia por cada uno de ellos, pues los

demandantes carecen de esa condición de herederos testamentarios, según quedó establecido precedentemente, es visto que aunque la renuncia de la herencia haya sido pura y simplemente, es decir, sin atribución personal concreta, ni en forma onerosa, no pueden entrar en juego los preceptos invocados en el motivo por faltar en los demandantes y en todos los demás interesados en la herencia el presupuesto legal de la investidura testamentaria de coheredero; con lo que queda dicho que la repudiación de la herencia, hecha, sin embargo, con denominación de renuncia por los herederos testamentarios, a pesar de que estaba abierto a su favor el *ius delationis*, dados los conceptos un tanto confusos en que se mueve la doctrina en punto a su diferenciación —no comporta aceptación de la herencia, conforme a los preceptos citados en el motivo, sin que pueda especularse tampoco con la existencia de donaciones previas a favor de los repudiantes, en el sentido de que tal repudio alcanza a esos negocios jurídicos gratuitos, dada la imputación que de esas donaciones se hizo a los distintos tercios en que se divide la herencia para los descendientes y la ratificación que de ellas se hace por vía de legado en el testamento, pues aquellos negocios jurídicos quedaron perfeccionados en su momento con la aceptación de los donatarios (art. 723) y consecuentemente sólo están relacionados e influenciados en orden a su detracción por la apertura del *ius delationis* de la herencia, en tanto en cuanto fueran inoficiosas —aparte de las condiciones o cargas que se contengan en las escrituras de donación que en tales términos fueran aceptadas—, como se deduce de los artículos 754, 755, 818, 819 y 820 del Código Civil; detracción eventual por inoficiosas a que están sujetas esas donaciones a favor de los repudiantes como todas las demás en general, pero sin que el testamento, fuera de esa posible inoficiosidad por la intangibilidad de las legítimas, pueda imponer, *a posteriori*, condicionamientos o cargas no previstas en las escrituras de donación como negocios bilaterales y autónomos que son.

F. C. L.

TESTAMENTO.—NULIDAD FORMAL. FALTA DE EXPRESION DE LA HORA. CAPACIDAD DEL TESTADOR—Artículos 685, 687 y 695 del Código Civil.

No es preciso consignar expresa y formalmente en el testamento el juicio de los testigos instrumentales sobre la capacidad del testador.

La nulidad puede declararse de oficio.

Pretendida por la parte actora la nulidad de testamento notarial abierto otorgado por la testadora dos años antes de su declaración de incapacidad, precisamente aduciendo la falta de capacidad de la testadora por demencia senil progresiva, sin hacer referencia en la demanda ni en el escrito del recurso de apelación a la nulidad por defecto formal de falta de expresión de la hora, que en cambio se articula en el recurso de casación, desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza y confirmada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José María Gómez de la Bárcena y López

declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante, en base a no haberse expresado en el testamento la hora de su otorgamiento, conforme a las siguientes consideraciones:

Con apoyatura procesal en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la sentencia recurrida de incidir en error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contrarios por otros elementos probatorios, señalándose como tales documentos el testamento aportado con la demanda, la escritura de compraventa, también presentada con tal escrito inicial, y el informe pericial médico-psiquiátrico emitido por don J. A. C. J., de cuyo contexto deriva la impugnante resulta plenamente acreditada la incapacidad de la testadora, al tiempo de otorgar el testamento, si la valoración probatoria es realizada de forma conjunta y no separadamente, como, a su juicio, se ha verificado en la instancia; motivo que obligadamente habrá de percer, en razón a lo siguiente: A) esta Sala tiene dicho de forma reiterada y constante que la denuncia del error que se ampare en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley Adjctiva, a la vista de la nueva normativa procesal, exige, para su viabilidad, se apoye en un documento, obrante en las actuaciones, de cuyo contenido, específicamente determinado, sin necesidad de acudir a exégesis, interpretaciones o deducción, demuestren el error acusado, siempre, claro está, que el extremo que se impugne no esté acreditado por otras probanzas, sin que sea lícito al recurrente, pues ello implicaría convertir el recurso extraordinario de casación en una tercera instancia, realizar una subjetiva, parcial e interesada nueva valoración probatoria, para obtener, por tan torcido camino, unas consecuencias de orden fáctico en contradicción con las establecidas por la Sala *a quo*, Sentencias de 5 de junio y 6 de diciembre de 1985 y 26 y 30 de enero y 11 de febrero de 1986, sin que tampoco pueda asentarse la denuncia del error en otras probanzas que no sean las documentales, lo que excluye las pruebas periciales, Sentencias de 14 y 17 de febrero de 1986; y B) en las anomalías antes expuestas incide la impugnante, desde el momento en que, de una parte, atribuye eficacia documental a una prueba pericial, y de otra olvida que, contrariamente a lo por ella expuesto en el desarrollo de la motivación, en la instancia se realiza una labor conjunta, siquiera lo sea pormenorizadamente, de las pruebas documentales, pericial y testifical, cuya desarticulación no puede pretender la recurrente, extrayendo consecuencias interesadas y parciales.

Análoga suerte desestimatoria habrá de seguir el segundo motivo, aducido con apoyo en el ordinal quinto del artículo 1.692, citado, al denunciar la infracción por violación, consecuencia de no aplicación del artículo 685 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que cita, en relación con el artículo 787 del propio Cuerpo legal, violado en el mismo sentido, y ello porque pese al carácter eminentemente formalista de las disposiciones testamentarias, extremos que esta Sala tiene proclamado con reiteración, lo que no cabe a las partes en el procedimiento es sobrepasar tal normativa formal, extendiéndola a extremos que la ley no exige, que es lo pretendido por la recurrente, al entender que el testamento incide

en causa de nulidad si en el mismo no se consigna el juicio de los testigos instrumentales sobre la capacidad de la testadora, dado que tal requisito no se establece en el artículo 685 del mentado Código, teniendo declarado esta Sala que si bien, con arreglo a tal precepto, deben el Notario y los testigos instrumentales asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad necesaria para testar, «ese deber se cumple como el Notario y los testigos conocen de antemano al testador y el primero da fe de hallarse éste en la integridad de sus facultades mentales» (Sentencia de 30 de septiembre de 1901), y si bien es cierto que tanto los testigos como el Notario «han de asegurarse» de la capacidad del testador, la determinación de la misma constituye una cuestión de hecho, solamente combatible en casación por la vía del error (Sentencias de 27 de junio de 1908 y 19 de junio de 1925); correspondiendo únicamente al Notario tal constatación de capacidad en la escritura de otorgamiento, pero sin que la misma se exija de forma expresa respecto de los testigos, siendo suficiente que así lo corrobore el fedatario, como claramente se deduce de la Sentencia de 25 de marzo de 1940; apareciendo del propio contenido de la escritura de testamento que el Notario bajo fe dice «cuenta con plena capacidad testatoria», y tras transcribir las manifestaciones de la testadora, y concluye, «léo este testamento en voz alta e inteligible, sin usar los presentes el derecho de leerlo ellos que les indiqué, lo aprueba y ratifica el testador y lo firman todos», lo que viene claramente a poner de relieve que los propios testigos corroboran y ratifican la declaración de capacidad inicial hecha por el Notario autorizante; todo ello aparte de que, expresión «procurarán asegurarse», que entraña un juicio de capacidad, ha venido a sustituir a la antigua expresión del precepto «deberán asegurarse», lo que según mantienen las Sentencias de 25 de marzo de 1940, antes citada, y la de 30 de septiembre de 1966, «indica que no se exige una aseveración de capacidad con certeza absoluta».

Con el mismo apoyo procesal que el anterior se formula el motivo tercero, que acusa la violación, consecuencia de no aplicación de los artículos 695, en relación con el 687 y el número 3.º del artículo 6, todos del Código Civil, y la doctrina contenida en las Sentencias de esta Sala que cita; y ello por cuanto el primero de los preceptos exige conste en el testamento la expresión de la hora correspondiente al día de su otorgamiento; motivo que sí es de acoger, por los siguientes razonamientos: Primero, para la validez de todo testamento es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos establecidos en la normativa contenida en el artículo 695 del Código Civil, que establece los requisitos de orden formal que determinan la validez del testamento abierto, inobservancia de formalidades, que determina, conforme el artículo 787 del mismo proclama, la nulidad de la disposición testamentaria, así lo tiene dicho esta Sala en sus Sentencias de 28 de octubre de 1965, 27 de septiembre de 1960 y 8 de marzo de 1975, que declaran que «el cumplimiento de los requisitos de forma es ineludible, sin que quepa la convalidación posterior»; segundo, es por ello por lo que ha de expresarse en el testamento «la hora» en que fuera otorgado, exigencia formal contenida en el artículo citado, cuya sentencia apareja la nulidad (Sentencias de 18 de junio de 1896 y 19 de enero de 1928); tercero, el carácter imperativo indudable de tal norma determina

su aplicación por los Tribunales cuando se denote tal inobservancia formalista, a la luz de lo que establece el párrafo tercero del artículo 6 del Código sustantivo, lo que apareja la declaración de nulidad del acto o documento que adolezca de la falta de cumplimiento de un requisito formal, nulidad que conforme a las Sentencias invocadas por la recurrente de 27 de mayo y 27 de octubre de 1949 puede declararse, no sólo a instancia de parte, sino también de oficio; y cuarto, a la vista de lo razonado, no puede admitirse, como en la sentencia impugnada se establece, que la alegación de nulidad del testamento, al adolecer de la falta de expresión de hora, verificada en el acto de la vista del recurso de apelación, entrañe el planteamiento de una cuestión nueva, puesto que viene referida a la nulidad acusada del testamento, implica el incumplimiento de un requisito formal, sin que pueda estimarse se produzca indefensión para la contraparte, que en manera alguna, aunque la cuestión se hubiera planteado en la fase expositiva del proceso, hubiera podido redargüirla con probanza de ningún tipo.

F. C. L.

LEGITIMA CATALANA.—SUPLEMENTO. DISTINCION ENTRE FRUTOS E INTERESES—Artículo 139 de la Compilación de Cataluña.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Carretero Pérez, declara haber lugar en parte al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había revocado en parte la del Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho, de los que se desprenden los hechos motivadores del pleito.

El proceso en el que se produce el recurso de casación se plantea entre la legataria y legitimaria, como actora, frente a su hermano, heredero universal, en cuanto la actora estima que la cláusula testamentaria de legado de una finca rústica, como pago de sus derechos legitimarios y, en lo que exceda, como liberalidad, no cubre la octava parte del valor de la herencia que, como legítima, le corresponde, puesto que la herencia está tasada en la cantidad de 3.400.000 pesetas y la finca legada en 125.000 pesetas, por lo que reclama la diferencia entre el valor de esta finca y el que le correspondería como legítima; diferencia que concreta en la cantidad de 300.000 pesetas, por lo que pide, en la demanda, el otorgamiento de escritura pública de la finca y el pago de 300.000 pesetas más intereses, a partir del acto de conciliación.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, puesto que mantuvo el valor del total de la herencia en la cantidad de 3.400.000 pesetas, pero estimó que el valor de la finca legada no era de 125.000 pesetas, sino de 465.000 pesetas, por encima del valor de 425.000 pesetas que, en conjunto, entendía la actora que correspondía a su legítima, octava parte de la herencia. Pero la sentencia de apelación, con aceptación de estas valoraciones y, a pesar de que niega la pretensión de suplemento de legítima, cifrada en 300.000 pesetas, da lugar a la pre-

tensión de entrega de la finca, con más sus frutos o intereses y otorgamiento de escritura de transmisión; puesto que entiende que esta transmisión no fue ofrecida eficazmente por el heredero, ya que ésta la subordinaba a la renuncia, por parte de la actora, a la reclamación de mayor cantidad, cuando se discutía, con fundamento, la valoración del conjunto de la herencia, lo que supone una resistencia a cumplir el legado, que justifica la condena a su cumplimiento forzoso; con las consecuencias previstas en el artículo 130 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, promulgada por Ley 40/1960, de 21 de julio, del pago de frutos e intereses desde la muerte del causante, aunque la demanda solamente pidió los intereses, desde el acto de conciliación, sobre las 300.000 pesetas que se calificaban como suplemento de legítima.

Recurre, en casación, la parte demandada, por los siguientes motivos: 1.º) Incongruencia, por violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con apoyo en el artículo 1.692, 3.º, de dicha Ley, al haberse dado lugar al pago de frutos o intereses de la finca que se ha de entregar mediante la correspondiente escritura pública, ya que tales frutos o intereses no se habían pedido en los escritos de alegaciones de la actora. 2.º) Infracción del artículo 1.108 del Código Civil, por la vía del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación del artículo 1.108 del Código Civil a suponer devengados intereses sin existir deuda líquida y sin previa declaración de mora del deudor.

Las sentencias dictadas en primera instancia y apelación no cuestionan la cuantía de la legítima, ni el hecho de que la cuota de la actora estuviera cumplida con el legado, de conformidad con los artículos 124, 129 y 130 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, ni declaran que el heredero universal urgiese o se resistiera a otorgar la escritura de transmisión de la finca legada a la actora legataria y legítimaria, antes bien ponen de manifiesto razonables dudas sobre el valor de la herencia que impidieron el arreglo amistoso de la cuestión, pero, en todo caso, es claro que el legado de cosa específica y determinada, propia del testador, trae como consecuencia la adquisición de la propiedad de la cosa desde que el testador muere y la de sus frutos, tal como se deduce del párrafo 2.º del artículo 139 de la Compilación en relación con su disposición final segunda y el artículo 882 del Código Civil, por lo que la atribución de frutos a la legataria desde el fallecimiento de la testadora es una consecuencia legal y necesaria de la reclamación de la cosa y tal atribución, aun no pérdida, no puede, por lo tanto, ser tildada de incongruente (vistas Sentencias de este Tribunal de 18 de febrero de 1964, 25 de abril, 14 de julio y 7 de noviembre de 1984, 28 de enero de 1985, entre otras), por lo cual, en este punto, debe ser rechazado el motivo primero de casación.

Sin embargo, la condena alternativa al pago de intereses es incongruente e injustificada, por lo que procede estimar tanto el motivo primero como el segundo en lo referente a la condena a su pago, puesto que los intereses del valor de la cosa legada no fueron pedidos y no se refieren a una cantidad líquida (vista Sentencia, ya citada, de 18 de febrero de 1984) y están expresamente excluidos por el artículo 139 de la Compilación, cuyo párrafo segundo establece que, «en el legado, señalamiento o asignación de cosa específica hereditaria en concepto de legítima o im-

putable a ella, el legitimario favorecido hayá suyos, en lugar de intereses, los frutos o rentas que la cosa produce a partir de la muerte del causante», de donde se deduce que el heredero debe pagar los frutos de la cosa legada, pero no intereses que, en todo caso, habrían de referirse a la cantidad de suplemento de legítima, que ha sido denegada por las sentencias recurridas, de conformidad con el párrafo primero del citado artículo 139.

F. C. L.

PARTICION. HECHA POR CONTADOR-PARTIDOR.—Artículo 1.016 del Código Civil (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1986).

Se declara que el artículo 1.061 del Código Civil reviste carácter meramente facultativo y en consecuencia la formación de cupos se efectuará con arreglo a las particularidades del caso, atendiendo a la naturaleza, calidad y valor de los bienes y su posible división, como lo revela el tenor literal del precepto al hablar de la «posible igualdad». Con lo que reitera la doctrina de las Sentencias de 8 de febrero de 1974 y 25 de junio de 1977.

F. C. L.

PARTICION.—NULIDAD. ALBACEAZGO. CADUCIDAD.—Artículo 904 del Código Civil (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1986)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Matías Malpica y González-Felipe, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que había confirmado parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia de Toledo, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho, de los que resultan los hechos que motivaron el pleito.

Con motivo del fallecimiento de don A. R. F., acaecido el 21 de diciembre de 1976, bajo testamento vigente de 27 de marzo de 1973, en el que designaba como albaceas, comisarios, contadores-partidores solidarios a sus sobrinos carnales don C. R. M. y don A. D. R., fue promovido procedimiento por dos de sus hijos y herederos, don M. y doña I. R. A., contra sus otros cuatro hermanos y coherederos, don E., don A., doña J. y doña B. R. A., y contra los precitados albaceas, contadores-partidores, en cuya demanda se instaba la nulidad del cuaderno particional de fecha 12 de diciembre de 1978 y protocolizado el siguiente día 19, así como de los contratos públicos y privados que en su caso hubieren podido otorgar dos de los hermanos demandados en favor de terceros sobre los bienes adjudicados en dicho cuaderno particional y de las inscripciones registrales correspondientes, tanto aquellas adjudicaciones como los últimamente referidos contratos e igualmente al pago de una indemnización de daños y perjuicios por no haber tenido los actores acceso a los bienes del causante desde el día 21 de junio de 1979; pedimentos de la demanda que con carácter principal, previa desestimación en la sentencia de primera

instancia, han sido aceptados y reconocidos en la de segundo grado, por lo que es la parte demandada la que recurre en casación.

Para la mejor comprensión de los términos del debate, ha de hacerse notar que, con motivo del fallecimiento de la madre de los señores R. A., doña P. A. N., el día 21 de febrero de 1976, esposa que fue del posteriormente fallecido, don A. R. F., bajo testamento de igual fecha y contenido que el de su marido, fue promovido ante el Juzgado de Primera Instancia de Toledo, procedimiento señalado con el número 363/1977 entre las mismas partes que el que ahora nos concierne, solicitando la declaración de nulidad de las operaciones particionales confeccionadas por los albaceas contadores-partidores, protocolizadas el 3 de diciembre de 1976 y la nulidad de la escritura de compraventa de 14 de diciembre de 1976, otorgada por el ya viudo don A. R. F. a favor de sus hijos don E. y don A. R. A., demandados en este pleito, y de los contratos públicos o privados suscritos por estos últimos como consecuencia de dicho negocio de compraventa a favor de terceros y de las inscripciones registrales a que ello hubiere dado lugar y, por último, indemnización de daños y perjuicios a los actores por no haber tenido acceso a los bienes de sus padres desde el fallecimiento de la madre, que han sido usados y explotados, sobre todo en lo atinente a la fábrica de cerámica perteneciente a sus progenitores citados, si bien sólo en parte.

La sentencia de primera instancia recaída en el procedimiento últimamente reseñado número 363/1977 declaró nula la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de herencia en cuanto que incluía para la mejora de los hijos don E. y don A. dos fincas independientes de la fábrica de cerámica, que era la única sobre la que recaía dicho beneficio dispuesto en la cláusula 4.ª del testamento y también la escritura de compraventa, que fue otorgada siete días antes de su fallecimiento por el viudo a favor de don E. y don A. y que tenía por objeto la transmisión dominical de aquél a éstos, de las cinco sextas partes de la mitad indivisa de la fábrica de cerámica y de las otras dos fincas que siendo independientes de aquélla parece tienen cierta conexión en su disfrute o explotación, y, por último, la indemnización de daños y perjuicios en la forma instada en la demanda que fue concretada posteriormente por auto dictado en ejecución de Sentencia de fecha 17 de diciembre de 1979 en 2.370.066 pesetas, y por ello en cuanto al período de tiempo a que se constreñía tal condena era desde el 21 de febrero de 1976 —fallecimiento de la madre— al 21 de junio de 1979, en que se solicitó la ejecución de la sentencia, que siendo de fecha 31 de julio de 1978, aunque recurrida en apelación, quedó firme ante el desistimiento de los apelantes según auto de 19 de enero de 1979 de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

La sentencia de segundo grado que aquí viene impugnada en casación se basa principalmente para la declaración de nulidad del cuaderno particional practicado y protocolizado en diciembre de 1978, en que ha sido efectuada la partición, contraviniendo la cláusula 5.ª del testamento en relación con la cláusula 4.ª referente a la mejora en la fábrica de cerámica de los dos hijos don E. y don A. y en el transcurso del plazo de vigencia del albaceazgo señalado en el artículo 904 del Código Civil, habiendo

incurrido en caducidad los poderes testamentarios al tiempo de efectuar la partición.

El primer motivo del recurso, por la vía del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia «error de hecho: por infracción del artículo 1.218, 1.º, en relación con el artículo 1.216 del Código Civil», infringido por inaplicación; ya la exposición del motivo incurre en defecto formal casacional, puesto que tal exposición se debería traducir en error de Derecho supuesto, al invocar los preceptos valorativos de la prueba que se estiman vulnerados por inaplicación, lo que técnicamente acarrearía de por sí el fracaso del motivo, pero este fracaso viene además imperado por la circunstancia de que si bien los documentos notariales hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha, esa prueba o fe notarial que acredita la cualidad de albaceas, comisarios, contadores-partidores de don C. R. M. y don A. D. R., como otorgantes de la escritura pública de protocolización del cuaderno particional por ellos confeccionado, en modo alguno se extiende a determinar la vigencia de su cargo en la fecha de confección y protocolización, ya que por radicar esa vigencia en supuestos fácticos como los previstos en los artículos 904 a 906 del Código Civil, que escapan de la apreciación del Notario, desbordan lógicamente el crédito protector de su fe pública y en cierto sentido le es aplicable la doctrina de esta Sala sobre la materia que tratamos, según la cual no entra dentro de la proyección de la fe notarial la verdad o certeza intrínseca ni de las declaraciones de los comparecientes ni de las constataciones de hechos o circunstancias según la apreciación externa o extrínseca de que pueda ser objeto por el fedatario público, cuando, como aquí acontece, aquella verdad esencial viene condicionada por factores o elementos fácticos que desprendiéndose de otros instrumentos probatorios sólo pueden ser valorados por el Juzgador (Sentencias de 31 de octubre de 1983, 18 de mayo de 1984 y 27 de noviembre de 1985).

El cuarto motivo del recurso que al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa de infracción del artículo 904 en relación con el artículo 4, 1.º, del Código Civil, por interpretación errónea, de la sentencia que basó la declaración de nulidad de las operaciones particionales —como uno de sus fundamentos—, en que no se había practicado dentro del plazo legal, habida cuenta de que no había sido prorrogado en ninguna de las formas permisibles en Derecho, por su íntima ligazón con el motivo primero ya analizado, debe ser estudiado a continuación de aquél; pues bien, como quiera que la escritura pública de venta de 14 de diciembre de 1976 otorgada por don A. R. F. a favor de sus hijos don E. y don A. R. A., fue declarada nula en el litigio número 363/1977 del Juzgado de Toledo —sentencia que como se dijo adquirió firmeza—, y en ella se enajenaban las cinco sextas partes indivisas de la mitad igualmente indivisa de tres fincas, que habían sido adquiridas por el vendedor en pago de la liquidación de la sociedad de gananciales constituida con su prefallecida esposa doña P. A. N. y del legado testamentario dispuesto por dicha causante, es evidente que como tal litigio fue promovido por los hoy recurridos contra sus hermanos coherederos en la herencia de la madre y los albaceas de los dos testamentos —del padre y de la madre—, dichos albaceas estaban imposibili-

tados de practicar ninguna operación particional al óbito del padre don A. R. F., que tuvo lugar a los siete días de la escrituración de la compraventa, sin poder concretar los bienes de su caudal relicto cuya especificación estaba condicionada por el resultado del mencionado procedimiento, con lo que nos hallamos en la situación prevista en el artículo 904 del Código Civil en su último inciso y toda vez que la sentencia declarando la nulidad adquirió firmeza el 19 de enero de 1979, es patente que la confección del cuaderno particional al óbito del enajenante don A. R. F., verificada en 12 de diciembre de 1978 y protocolizada en 19 de diciembre del mismo año —la Sentencia del Juzgado, luego firme, es de fecha 31 de julio de 1978—, fue practicada en plena vigencia de sus facultades o poderes testamentarios, ya que el precepto violado por interpretación errónea, no sólo se puede referir al testamento como institución sucesoria *strictu sensu*, sino también a sus disposiciones tanto en el orden jurídico atributivo, como en el de su contenido material o económico, ya que es este aspecto sobre el que opera aquél y le da trascendencia tangible, sin que ello comporte la estimación del motivo, por cuanto la nulidad de las operaciones particionales declarada por la Sala *a quo* se funda también en la contravención de la voluntad del testador.

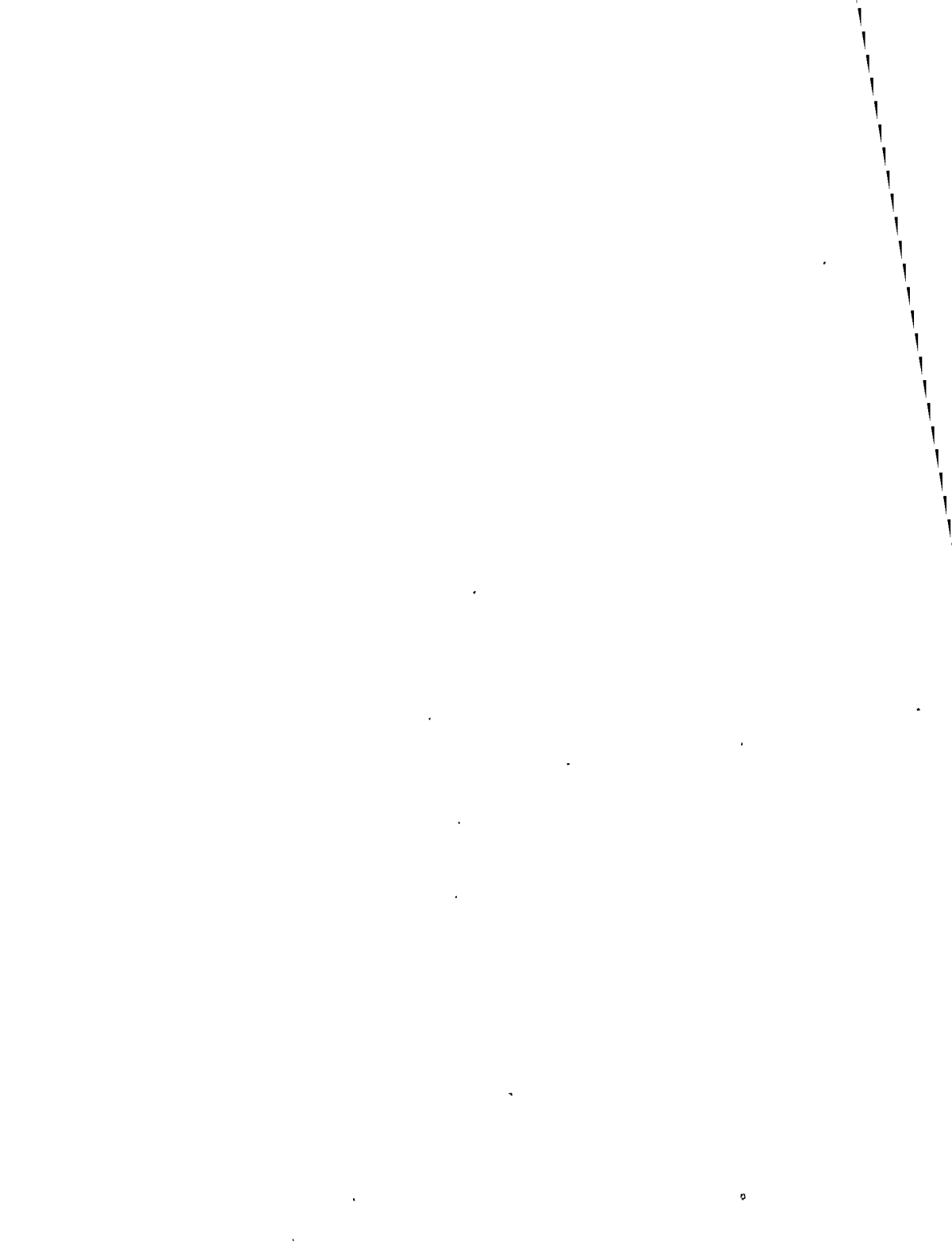
El segundo motivo por la vía casacional del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción del artículo 675, 1.º, del Código Civil por interpretación errónea, al entender los recurrentes que la auténtica voluntad del testador consistía en que la fábrica de cerámica fuera íntegramente destinada a sus hijos don E. y don A. R. A., infiriéndolo de la mejora al respecto establecida en la cláusula 4.ª del testamento y de la escritura de compraventa, después anulada, en que se vislumbraba esa voluntad sucesoria de atribución de ese bien inmueble e industrial a esos hijos por el padre testador; y de ahí quíerese redargüir el razonamiento de la sentencia impugnada, según la cual la cláusula 5.ª del testamento exigía una mayor equidad o «igualdad en cuanto a la calidad de las adjudicaciones efectuadas y la necesidad de guardar la debida proporción en la clase de bienes», lo que no se había cumplido en el cuaderno particional; es evidente, desde luego, que la labor de interpretación del testamento, con tal de inducir la verdadera voluntad *de cuius*, puede y debe acudir a elementos exteriores al testamento (Sentencias de 1 de julio de 1946, 6 de diciembre de 1952, 11 de abril de 1958, 5 de octubre de 1970 y 26 de marzo de 1983); ahora bien, es ineficaz casacionalmente apoyarse como tal factor exterior de interpretación en un acto del propio testador que ha sido judicial y firmemente declarado nulo y que tuvo lugar siete días antes de su fallecimiento, cuando realmente si la voluntad del testador era la de distribuir íntegramente su participación en la fábrica de cerámica a los hijos, pudo hacer uso de la facultad del artículo 1.056 del Código Civil, con la misma actividad de acudir al Notario, pero en lugar de interesar el otorgamiento de la escritura de compraventa —después declarada nula—, hubiera consistido en una modificación o enmienda del testamento y con mayor eficacia.

En esta inteligencia no queda como elemento interpretativo más que el propio instrumento sucesorio y del que combinando las cláusulas 4.ª y 5.ª se deduce que si la primera de ellas señalaba una mejora precisa y

concreta sobre la tan mentada fábrica de cerámica y en la siguiente se establecía una norma de igualdad en el remanente de sus bienes, quiérese decir que debe cumplirse dicha voluntad en correspondencia a lo dispuesto en el artículo 1.061 del Código Civil, haciendo honor, además, al principio jurídico *inclusio unius, excludit alterius* en lo atinente a la participación de don E. y don A. R. A. en la fábrica de cerámica, máxime cuando pudo ordenarse una mejora o legado de libre disposición de distinta cuota participativa, por lo que queda patente la corrección interpretativa de la Sala de instancia y la declaración de nulidad que ello lleva aparejada de la partición; más aún, cuando con ella ha venido operativamente a decir sin efecto, o con efecto puramente ilusorio la declaración de nulidad de la escritura de compraventa hecha por sentencia firme con detrimento de la seguridad jurídica.

El tercer motivo, al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.062, 1.º, del Código Civil por inaplicación, referido a la adjudicación de la cuota de participación que el testador ostentaba de la fábrica de cerámica y dicho motivo ha de declinar por cuanto: *a)* No se trata aquí de una cosa sino de una cuota dominical sobre ella, por lo que el supuesto del precepto ya no es equiparable al que aquí se contempla, pues el artículo 1.062 del Código Civil parte del principio de que la cosa o bien sea el soporte económico o físico de una titularidad unívoca y en el caso presente incluso una mitad indivisa es propiedad de terceros, pues no debe olvidarse que el artículo 1.062, 1.º, del Código Civil propende a la conservación de la cosa o bien que sea indivisible físicamente o desmerezca también físicamente, pero el condominio sobre el mismo, ya existente con anterioridad al fallecimiento del testador, no le afecta ni estática ni funcionalmente como tal industria en su explotación y desarrollo, lo que enerva la aplicación del artículo 1.062, 1.º, del Código Civil. *b)* No se ha acreditado en auto o por lo menos no se ha hecho mención en la sentencia de esa indivisibilidad o desmerecimiento de la cosa que motiva la norma legal y como quiera que tal ausencia de declaración fáctica en ese o en contrario sentido no se ha combatido por el cauce idóneo del artículo 1.692, número 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo carece del *sustratum* fáctico operativo para la aplicación de la regla que se dice violada por inaplicación. *c)* La pretendida aplicación del artículo 1.062 del Código Civil siempre estaría supeditada a la facultad que a los coherederos confiere el segundo párrafo de dicho artículo.

F. C. L.



2. JURISPRUDENCIA MERCANTIL

Por R. SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

A) ANÓNIMAS

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. EJERCICIO DE LA ACCION POR LOS HEREDEROS DEL SOCIO FALLECIDO ANTES DE TRANSCURRIR LOS CUARENTA DIAS DE LA CELEBRACION DE LA JUNTA Y AUNQUE NO SE HUBIERA VERIFICADO LA PARTICION HEREDITARIA—DERECHO DE EXAMEN DE LAS CUENTAS ANTES DE LA CELEBRACION DE LA JUNTA POR EL APODERADO DE UN SOCIO (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1984).

Fallecido el socio señor . . . diecinueve días después de celebrada la Junta y teniendo un plazo de cuarenta días para ejercitar la acción de impugnación a partir del día de celebración de la Junta, es obvio que habría de ser sustituido por sus herederos, los cuales, para no dejar transcurrir dicho plazo, hubieron de presentar la demanda el día . . . ante la imposibilidad de preparar la documentación necesaria para acreditar la sucesión en la herencia de su padre y causante dentro del plazo de los cuarenta días que establece el artículo 68, párrafo 1, de la Ley de Sociedades Anónimas, prueba que aportaron a los autos tan pronto como les fue posible, deviniendo en consecuencia activamente legitimados *ad processum* a virtud del artículo 661 del Código Civil, conforme al cual los herederos suceden al causante por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones; y aunque esté *pro indiviso* la herencia pueden ejercitar acciones judiciales en beneficio de la masa que correspondía al difunto, como ya se deduce del criterio seguido por las Sentencias de esta Sala de 13 de marzo de 1952 y 17 de abril de 1959; de otra forma se consagraría una situación de indefensión por hechos completamente ajenos a la voluntad de los herederos, que por imperativo legal (según resulta del artículo 1.004 del Código Civil y 5, apartado tercero, del Anexo II del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944) hubieron de observar ciertos plazos que superaban el de cuarenta días de ejercicio de la acción impugnatoria por los accionistas de los acuerdos de la Junta, quedando confirmada su legitimación con efecto retroactivo al día del fallecimiento del causante —art. 989 del Código Civil—, máxime cuando así lo hicieron constar en el escrito inicial de la litis; y desde el punto de vista procesal, como hecho acaecido después de presentada la demanda, era aceptable la presentación del documento acreditativo de dicha legitimación, como así ocurrió y permite el artículo 506, número 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en definitiva, el criterio contrario implicaría clara infracción del artículo 24 de la vigente Constitución Española, que proscribía toda situación de indefensión en los litigantes, sin distinción de clase de procedimientos y, por tanto, también aplicable a los de orden civil.

El derecho de información de los accionistas de las sociedades anó-

nimas va íntimamente ligado al *status* de socio, tiene una de sus manifestaciones dentro de la normativa de la Ley especial en su artículo 110, complementario de la norma del artículo 65, que señala un contenido mínimo inderogable en punto a la posibilidad de examen de los documentos reseñados en el artículo 108, esto es, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta de distribución de beneficios y la Memoria, que se pondrán a disposición de los accionistas en el domicilio social de la compañía quince días antes de la celebración de la Junta general; tema en orden al cual ha declarado la jurisprudencia (Sentencias, entre otras, de 13 de abril de 1962, 15 de octubre y 4 de noviembre de 1971, 3 de mayo de 1977 y 17 de febrero de 1984) que por ser ésta derecho consustancial a la titularidad que corresponde a los componentes de la sociedad, reviste carácter imperativo y como tal no es modificable por los particulares, dado el aspecto público que muestra y la garantía que a los socios proporciona; obligación de inexcusable observancia y cuyo incumplimiento por el administrador permite impugnar los acuerdos adoptados por la sociedad; y como en el supuesto contemplado no estuvieron a disposición del accionista señor ... los documentos a que se refiere el citado artículo 110, la vulneración de un precepto de derecho necesario provoca la nulidad de los acuerdos tomados en dicha reunión; a lo que no obsta que no acudiera personalmente el expresado socio por impedirsele su estado de salud, sino que envió a un hijo suyo suficientemente legitimado por escrito ante Notario, que levantó acta de tal comparecencia a los fines pretendidos, y en todo caso, aunque ello no se estimara suficiente para suplir la ausencia del socio, es un hecho evidente reconocido por la entidad recurrida que la documentación de referencia no se hallaba a disposición del accionista en el domicilio social en el plazo que la ley señala, con lo que ello equivale a tener cerradas sus oficinas, supuesto que la Sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 1984 consideró suficiente para acordar la nulidad de la Junta.

CENSORES DE CUENTAS.—CUANDO SU NOMBRAMIENTO NO ES POSIBLE: CASOS EN QUE PUEDE SER EXCLUIDO EL ORGANO Y SU FUNCION (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1985).

Ha establecido la doctrina de esta Sala en punto a los censores de cuentas, cuya existencia y funciones son el objeto del artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, que efectivamente contiene dicho precepto prevenciones de derecho cogente o necesario en cuanto que el citado es órgano necesario para la fiscalización y censura de la gestión social mediante el estudio y la revisión del balance y de las cuentas de cada ejercicio previamente a su presentación ante la Junta general ordinaria y que sólo puede ser excluido el órgano y su función en los casos en que su nombramiento no sea posible, ya por la inexistencia de la dualidad de administradores y accionistas o en las sociedades de modesto capital con administración desempeñada por todos los accionistas, cual entendieron en otros casos análogos las Sentencias de 31 de mayo de 1957, 7 de febrero de 1967, 30 de enero de 1967 y 4 de abril de 1984.

CENSORES JURADOS DE CUENTAS. CARACTER IMPERATIVO DEL ARTICULO 108 DE LA LEY (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1985).

Es contrario a la ley —art. 108— y procede declarar nulo el acuerdo social que, creando artificiosamente una mayoría de cinco séptimos, impide a la minoría que representa más del 10 por 100 el nombramiento de un censor y su suplente, accionistas o integrantes del Consejo de Administración; porque ese precepto es de derecho imperativo o necesario —así S. de 5 de octubre de 1971—, y nunca se permite —SS. de 29 de marzo de 1960, 28 de octubre y 4 de noviembre de 1961 y 25 de octubre de 1969— que con una división del grupo mayoritario y sin constituir mayoría absoluta pueda frustrarse el derecho que la ley concede a la minoría.

Existiendo accionistas no consejeros, son preferentes para el cargo de censores a los nombrados por la mayoría que no eran accionistas, como ya declaró la Sentencia de 4 de abril de 1984 en un caso idéntico.

CENSORES DE CUENTAS EN SOCIEDAD DE DOS SOCIOS (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1985).

En hipótesis como la presente de sociedades con dos únicos socios no existe precepto legal alguno ni puede deducirse de la interpretación del artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, que tales accionistas se convierten obligatoriamente en censores de cuentas en contra de la voluntad de cualquiera de ellos. El citado precepto no concede al socio con participación social inferior al 10 por 100 el derecho a designar censores de cuentas y mucho menos a autodesignarse él, y ello sin discriminar si la sociedad tiene dos o más accionistas. El nombramiento como consejero del socio mayoritario es un derecho que la ley le concede en armonía y en defensa de los intereses que tiene en la sociedad y en modo alguno un ejercicio abusivo del mismo (SS. de 24 de abril y 31 de octubre de 1984).

CENSORES DE CUENTAS: HAN DE SER ACCIONISTAS EN EL MOMENTO DE SU NOMBRAMIENTO Y ADEMAS EN EL DE SU ACTUACION; SI ANTES DE LA CENSURA DE CUENTAS HAN DEJADO DE SER ACCIONISTAS, LA FALTA DE SU INFORME NO VICIA DE NULIDAD LA JUNTA NI SUS ACUERDOS (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1986).

Si los accionistas censores habían vendido la totalidad de sus acciones es claro que al perder su condición de accionistas se produjo, *ipso facto*, la imposibilidad jurídica de desempeñar el cargo de censor por estar éste vinculado a aquélla, criterio que en nada se opone a lo preceptuado en el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, respecto a que los accionistas censores «no cesarán en su función hasta el momento en que sean aprobadas las del siguiente ejercicio», pues con ello sólo se pretende garantizar la inamovilidad del cargo, pero siempre bajo la base de que se mantenga la condición de accionista, ya que ésta es relevante, no simplemente en el momento del nombramiento, sino también en el de

actuación, pues de otra forma no tendría sentido que el párrafo de la exposición de motivos se refiriera al «informe de los accionistas», a los que califica posteriormente de censores de cuentas, *excluyendo, por tanto, a los que hubiesen sido accionistas, pero ya no lo son*, según declaró esta Sala en Sentencia de 1 de febrero de 1980. Y es evidente que la circunstancia de haber sobrevenido la pérdida de la condición de accionistas y por ende la de censores de cuentas, no puede provocar la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta general ordinaria, pues si bien es cierto que la actuación de los accionistas censores, disciplinadas por normas de *ius cogens* en cuanto se trata de un órgano necesario para la fiscalización y censura de la gestión social, no lo es menos que tal obligatoriedad deviene inoperante en aquellos supuestos en los que es prácticamente imposible su cumplimiento, como con frecuencia ocurre en las sociedades anónimas sin accionariado múltiple («cerradas»), según doctrina reiterada por esta Sala en sus Sentencias de 31 de mayo de 1957, 7 de febrero de 1967, 30 de enero de 1974, 4 de abril, 10 de julio y 31 de octubre de 1984.

JUNTA EXTRAORDINARIA A PETICION DE LOS ACCIONISTAS. REQUISITOS DE PLAZO DE CELEBRACION Y ORDEN DEL DIA. APLICABILIDAD A LAS EXTRAORDINARIAS LOS PRECEPTOS DE LAS ORDINARIAS (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1985).

En la convocatoria de la Junta general extraordinaria de accionistas de la sociedad, solicitada por socios que representaban la décima parte del capital desembolsado, no se cumplieron los requisitos que establece el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas, referentes al plazo que debía mediar entre el requerimiento notarial verificado a los administradores para convocarla y el día señalado para su celebración, y el de inclusión en el orden del día de la convocatoria de todos los asuntos que habían sido objeto de la solicitud, habida cuenta de que el requerimiento notarial a los administradores tuvo lugar el 16 de julio de 1980 y la Junta fue convocada para celebrarla el 12 de septiembre siguiente, rebasando el plazo de treinta días fijado legal dicho y de que en el orden del día incluido en la convocatoria de los asuntos a tratar en la Junta no se relacionó el que había sido objeto de solicitud de los socios.

Como sancionó con meridiana claridad la Sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 1963, «los requisitos que la Ley sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas exige se cumplan en las convocatorias de las Juntas, aunque referidos, a lo largo de su articulado, por modo general, a las ordinarias, han de entenderse exigidos también, con idéntico rigor a las que tengan carácter de extraordinarias, no sólo porque, cuando de éstas trata la Ley —párrafo 2.º del artículo 57— no hace distinción alguna y se refiere a lo que ha sido ya objeto de regulación expresa, sino porque en ellas se dan más acusadamente que en aquéllas, de obligada y prevista celebración y limitada materia a tratar, las razones que la Ley toma en consideración al precisar las formalidades que establece; así pues, toda convocatoria, cualquiera que sea el carácter de la Junta a que se cita, que no cumplan con toda exactitud cuanto por la Ley es exigido carece de validez e imprime la misma tacha a la Junta que, con tan insal-

vables defectos iniciales, haya podido celebrarse», ratificando esta doctrina la Sentencia de 27 de octubre de 1964, añadiendo el razonamiento de que «el artículo 55 de la misma Ley preceptúa que, no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la Junta se entenderá convocada y quedará válidamente constituida para tratar de cualquier asunto siempre que esté presente todo el capital desembolsado y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la Junta, de donde, *a contrario sensu*, claramente se infiere que si tales dos conjuntas circunstancias no se cumplen no se entenderá convocada la Junta ni válidamente constituida y, por ende, carecen también de validez los acuerdos que en ella se adopten», abundando en el mismo criterio las más recientes Sentencias de esta Sala de 31 de mayo y 12 de julio de 1983. (V. la Sentencia de 3 de abril de 1986, a continuación.)

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL: REQUISITOS LEGALES Y ESTADUTARIOS (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1986).

Los requisitos exigidos por la Ley de Sociedades Anónimas para la válida convocatoria de las Juntas generales ordinarias deben concurrir también en la convocatoria de las Juntas extraordinarias, no sólo porque cuando de éstas trata la Ley no hace distinción alguna, sino porque en ellas se dan más acusadamente que en aquéllas las razones que la Ley toma en consideración al precisar las formalidades que establece para garantía de los intereses en juego; y la falta u omisión de tales exigencias hace nula la convocatoria, nulidad que trasciende a los acuerdos adoptados en la Junta, en cuanto los requisitos citados son de carácter necesario y, por tanto, de imperativa observancia (Sentencias de 30 de noviembre de 1963, 20 de octubre de 1964, 31 de mayo de 1983, 14 de marzo de 1985, etcétera).

Y las previsiones que respecto a la convocatoria contengan los Estatutos presuponen necesariamente las exigencias formales del artículo 53 de la Ley y, en cualquier caso, no hacen más que añadir nuevos requisitos a los impuestos por la Ley. (V. la Sentencia de 14 de marzo de 1985, extractada anteriormente.)

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL. HA DE HACERSE POR LOS ADMINISTRADORES, PERO NO ES NECESARIO QUE ELLO CONSTE EN LOS ANUNCIOS (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1985).

Ha declarado la jurisprudencia de esta Sala que la Ley en manera alguna exige que en los anuncios de convocatoria de la Junta general «se consigne que ha sido convocada por los administradores», sino que la Junta haya sido convocada por dichos administradores. (V. la Sentencia de 25 de abril de 1986, seguidamente.)

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL. HA DE SER CONVOCADA POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACION, PERO ESTA CIRCUNSTANCIA NO SE EXIGE SE MENCIONE EN LOS ANUNCIOS DE LA CONVOCATORIA (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1986).

Si bien es cierto que el artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que «las Juntas generales, ordinarias y extraordinarias, habrán de ser convocadas por los administradores de la sociedad» (salvo los supuestos contemplados por los artículos 55, 57 y 199, párrafo 2.º) no lo es menos que según doctrina de esta Sala (así, la Sentencia de 30 de junio de 1981) el citado artículo 49 en manera alguna exige que en los anuncios de convocatoria de la Junta general se consigne que ha sido convocada por los administradores de la sociedad, sino simplemente que la Junta a celebrar haya sido efectivamente convocada por dichos administradores, exigencia que el acta de la reunión del Consejo de Administración revela que ha sido adecuadamente cumplida; teniendo declarado esta Sala (entre otras, Sentencia de 11 de junio de 1982) que el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas no excluye que los Estatutos, al amparo del artículo 11, número 3, apartado i), de la precitada Ley, faculden al presidente para hacer la convocatoria efectivamente acordada por los administradores. (V. la Sentencia de 30 de septiembre de 1985, anteriormente.)

NULIDAD DE ACUERDOS SOCIALES POR HABER SIDO IMPUGNADOS OTROS ACUERDOS ANTERIORES AUN NO DECLARADOS NULOS POR SENTENCIA FIRME (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1985).

Como ya estableció la Sentencia de esta Sala de 10 de junio de 1970, la nulidad no declarada por la correspondiente sentencia firme de un acuerdo que fue impugnado con anterioridad, no puede ser óbice para que se resuelva lo que proceda en relación a impugnación de acuerdos posteriores, aunque exista la posibilidad de que éstos queden afectados por lo decidido en el referido anterior procedimiento.

DERECHO DE INFORMACION SU ALCANCE EN LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1985).

El derecho de información concedido al accionista para examinar la gestión de los administradores y las cuentas del ejercicio que se somete a la deliberación al objeto de actuar en dicha Asamblea o Junta con conocimiento de causa y emitir su voto responsablemente, derecho que en la derogada normativa contenida en los artículos 158 y 173 del Código de Comercio estaba concedido con gran amplitud, comprendiendo el examen e investigación de la administración social en determinadas épocas, así como el examen de todos los documentos comprobantes de los balances, ha sufrido importantes restricciones en la Ley de Sociedades Anónimas, como consecuencia, según su exposición de motivos, del robustecimiento de los poderes de los administradores y de la necesidad de poner los secretos de la empresa a cubierto de cualquier accionista indiscreto o mal intencionado, hasta el punto de vedar al accionista aislado el derecho

a investigar' en la contabilidad y en los libros sociales, quedando reducido tal derecho a las dos siguientes facultades, la primera a solicitar, por escrito, con anterioridad a la reunión de la Junta, o verbalmente, durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, estando obligados los administradores a proporcionárselos, salvo en los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales, perjuicio que no será obstáculo al informe o aclaración cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen al menos la cuarta parte del capital desembolsado (art. 65 de la Ley de 15 de julio de 1951) y la segunda a examinar el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la Memoria, y, en su caso, el informe de los censores de cuentas, documentos que el Consejo de Administración debe poner a disposición de los accionistas, en el domicilio social, quince días antes de la celebración de la Junta general, pero sin poder examinar por sí la contabilidad y demás antecedentes documentales existentes en la sociedad, examen reservado, en su caso, a los censores de cuentas nombrados por el procedimiento señalado en el artículo 108 de la citada Ley (art. 110); lo que equivale a decir, en definitiva, que el repetido derecho de información se circunscribe por una parte a pedir informes o aclaraciones por escrito antes de la Junta, o verbalmente durante su celebración, sobre extremos del orden del día, sin que comprenda la exhibición de la documentación relativa a la convocatoria, y por otra, a examinar el balance, la cuenta de resultados y los demás documentos referidos en el artículo 108, pero sin comprender tal examen la contabilidad y demás antecedentes que les sirvieran de base, debiendo añadirse a lo expuesto que, según tiene declarado esta Sala en su Sentencia de 23 de junio de 1973, salvo prueba en contrario, se entiende que los consejeros de la sociedad anónima están en cabal conocimiento de los libros de cuentas y documentos de la misma y, por tanto, no pueden alegar violación del derecho de información reconocido en el artículo 65.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. EL CAUCE DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 70 NO PERMITE DEBATIR CUESTIONES DECLARATIVAS DE DERECHOS (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1985).

La cuestión de invalidez del testamento rebasa el marco de los estrictos límites del procedimiento de impugnación de acuerdos sociales que se regula en el artículo 70, en relación con los 67, 68 y 69 de la Ley de Sociedades Anónimas, toda vez que, según tiene declarado esta Sala (Sentencias de 8 de diciembre de 1973 y 22 de junio de 1979) ese especial y singular procedimiento de impugnación no posibilita pronunciamientos declarativos de derechos, ya que éstos no tienen cabida en los cauces para que el primero fue creado, cual es el de la mera impugnación de acuerdos sociales, o sea de la Junta general, que sean contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, de modo que cualquier otra, y concretamente la de pretensión de decidir sobre la eficacia o ineficacia de un testamento en que

apoye una persona sus derechos de socio, en cuanto revelen consecuencia de nulidad de acuerdo contrario a la Ley, al poder significar su adopción con participación de quien en realidad no tuviese las exigencias precisas para tener la cualidad de socio por carencia que llegase a ser declarada ausencia de valor jurídico del título en que se base, han de ser planteadas no en el procedimiento que regula el repetido artículo 70, en relación con los 67, 68 y 69 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino en el correspondiente juicio declarativo ordinario a que se remite el párrafo segundo de dicho artículo 68. (V. seguidamente la Sentencia de 28 de enero de 1986.)

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DEL ARTICULO 70 NO PERMITE PRONUNCIAMIENTOS DECLARATIVOS DE DERECHOS (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1986).

La Sentencia de 20 de marzo de 1965 enseña que la pretendida nulidad de la condición de socio no puede ser aducida como causa de impugnación de un acuerdo de la Junta, utilizando la pauta procesal del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, en tanto los Tribunales no hayan declarado tal nulidad. La Sentencia de 2 de noviembre de 1985 señala que el tema de la invalidez de un testamento rebasa los estrechos límites del procedimiento de acuerdos sociales, que no permite pronunciamientos declarativos de derechos, y, por consiguiente, lo que concierne a la eficacia o ineficacia de una disposición testamentaria en que se apoyan los derechos de socio, tiene que ser marginado del juicio especial de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas, debiendo ser suscitado en el declarativo ordinario a que se remite el párrafo segundo del artículo 68. (V. anteriormente la Sentencia de 2 de noviembre de 1985.)

PUEDEN CONVOCARSE SIMULTANEAMENTE JUNTAS ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1985)

Puede convocarse la celebración conjunta de Junta general ordinaria y extraordinaria con un solo orden del día y para un mismo día y hora, habida cuenta de la doctrina sancionada en las Sentencias de esta Sala de 16 de octubre de 1956 y 31 de octubre de 1984, según las que como se deduce de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas y resulta de la exposición de motivos de la misma, la distinción entre Juntas generales ordinarias y extraordinarias de las sociedades anónimas no impide a la convocada con el primer carácter tomar acuerdos distintos a los que concretamente se refiere el artículo 50 como de su competencia, siempre que se den los *quorum* exigidos para la validez de los mismos. (V. la Sentencia de 30 de octubre de 1985, inserta seguidamente.)

PUEDEN CONVOCARSE CONJUNTAMENTE JUNTAS ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1985).

La simultánea convocatoria de Junta general ordinaria y extraordinaria, con un solo orden del día, para el mismo día y hora, no determinan la nulidad de tal convocatoria y, por ende, la de los acuerdos en la misma adoptados; y ello porque ya dijo esta Sala en su Sentencia reciente, de fecha 18 de octubre de 1985, resolviendo un recurso idéntico al que se examina y recordando las de 16 de octubre de 1956 y 1 de octubre de 1984, «la distinción entre las Juntas generales ordinarias y extraordinarias de las sociedades anónimas no impide a la convocatoria con el primer carácter tomar acuerdos distintos a los que concretamente se refiere el artículo 50 como de su competencia, siempre que se den los requisitos exigidos para la validez de los mismos». (V. la Sentencia de 18 de octubre de 1985, que precede.)

«OPERACION ACORDEON». ES NULO EL ACUERDO NO UNANIME DE REDUCIR EL CAPITAL A CERO, AUNQUE SEA SIMULTANEO (O SEGUIDO) DEL DE AUMENTAR EL CAPITAL POR LO MENOS HASTA EL MINIMO EXIGIBLE. CONCENTRACION DE ACCIONES EN UNA SOLA MANO (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1985).

En la hipótesis de que el estado económico de la sociedad anónima arroje un signo claramente negativo, de manera que las pérdidas superen el capital social más las reservas, careciendo de activo neto alguno imputable a ese concepto, se estará inexcusablemente ante el caso de disolución reglado en el número 3 del artículo 150 de la Ley especial, a no ser que, el patrimonio se reintegre hasta cifra no inferior a la tercera parte, pues con arreglo al criterio del legislador la sociedad no puede seguir actuando si su activo no cubre el pasivo y un tercio del capital social; pero ya en esta esfera, la simultánea reducción del capital a cero y su inmediato restablecimiento hasta el mínimo normativo, operaciones cronológicamente coincidentes en cuanto que tomadas en la misma sesión, aunque el acuerdo de reducir el capital precederá por lógica al de su aumento, ha sido descartado como procedente por la doctrina científica foránea por entender que operada dicha reducción total no cabe la posibilidad de alcanzar mayoría alguna en el seno de la Junta que hiciera posible la segunda deliberación, tanto más que podría suceder que la pretendida reducción del capital a la nada sirva de instrumento a los socios que formen el grupo de control para desprenderse de una minoría molesta, sospecha cuyas consecuencias podrían ser soslayadas reduciendo ese elemento a una cifra que aún siendo mínima evita romper la relación jurídica entre el socio y la sociedad.

La doctrina científica patria, si bien excluye la aplicación a tal supuesto del artículo 221, causa 2.ª, del Código de Comercio y, por tanto, la disolución *ipso iure* de la sociedad anónima por la pérdida entera del capital, puesto que el precepto ha de entenderse sustituido para este tipo social por el número 3.º del artículo 150, sostiene, sin embargo, que la decisión de la Junta general por la que toma el acuerdo de reducir a cero

el capital por su íntegra pérdida y aumentarlo nuevamente hasta una determinada cifra, aunque en principio puede entenderse válido y eficaz porque no se opone a ninguna norma sustantiva de carácter necesario, deberá ser consentido por la totalidad de los socios y carecerá de aquellas notas si no ha sido unánimemente consentido, pues faltando la plena anuencia mantener la licitud de lo resuelto equivaldría a lesionar el derecho del socio a permanecer en su cualidad de tal mientras subsista la sociedad, y no cabría reducir esa condición sin la conformidad del interesado a la sola titularidad de un derecho de suscripción preferente respecto a determinadas acciones, cuando además, si se entiende que la permanencia en la compañía está supeditada a la obligación de efectuar nuevas aportaciones, resultaría vulnerado el párrafo primero del artículo 85, que exige la aquiescencia del interesado para toda modificación estatutaria que afecte a la fundamental prestación del accionista, a lo que cabe añadir que un acuerdo en dicho sentido, es decir, la reducción íntegra del capital subordinando la permanencia en la sociedad a la realización de nuevos desembolsos, significaría la posibilidad de imponer a un socio la separación y la consiguiente rescisión parcial contra su voluntad, por tanto, al margen de lo pactado y fuera de las hipótesis establecidas en los artículos 44, 85, párrafo cuarto; 135 y 144 de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas.

Si bien la concentración de acciones en una sola mano, se trate de persona física o jurídica, no constituye causa de disolución de la sociedad, cuando menos automática, según lo proclama la exposición de motivos de la Ley («aún en los supuestos de reunión de acciones en una sola mano, que con harta facilidad puede eludirse mediante la interposición de verdaderos testaterros, no debe producirse la inmediata disolución de la sociedad, por lo menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca, restableciéndose la pluralidad de socios») y lo ha corroborado la jurisprudencia (Sentencias de 3 de octubre y 19 de noviembre de 1955), ya que tampoco figura entre las que el artículo 150 contempla como determinantes de la extinción, la circunstancia de que la Sala *a quo* razone que «al quedar todo el capital social en manos de un solo accionista se conculca *el espíritu* del artículo 10 de la Ley», no vulnera este precepto ni otro alguno de su texto.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES: LA LEGITIMACION PROCESAL DEL SOCIO CONCURRENTE A LA JUNTA PARA IMPUGNAR LOS ACUERDOS SOCIALES PRECISA QUE CONSTE EN ACTA SU OPOSICION, NO BASTANDO CONSTE QUE EL ACUERDO SE ADOPTO SIN SU VOTO (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1985).

El socio impugnante del acuerdo mediante el proceso entablado con base en la específica normativa establecida en el artículo 70, en relación con los 67, 68 y 69 de la Ley de Sociedades Anónimas, en su carácter de concurrente a la Junta, no hizo constar en acta su oposición al acuerdo impugnado, por lo que viene privado de legitimación para el ejercicio de la acción de impugnación entablada con base en los indicados preceptos, porque como tiene reiteradamente declarado esta Sala, y de ello son expo-

nente las Sentencias, entre otras, de 6 de julio de 1963, 30 de enero de 1970, 29 de septiembre de 1971, 27 de abril de 1973, 19 de enero de 1974, 12 de julio de 1983 y 28 de enero de 1984, aunque la mencionada Ley, a efectos del ejercicio de acciones de impugnación de los acuerdos sociales, no exige fórmula alguna determinada para expresar la disconformidad con el acuerdo, si ha de constar de modo suficientemente claro, después de conocido el resultado de la votación, que quien disienta deje expresa constancia en el acta formalizada oposición al acuerdo adoptado y que posteriormente pretende impugnarse, no siendo suficiente al respecto la mera expresión de la aprobación del acta con la no expresión de voto favorable del socio disconforme, pues ello lo único que revela es la adopción del acuerdo con apoyo de su voto, pero no la negación de su expresa y formal oposición a dicho acuerdo adoptado.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. PLAZO (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1985).

Interpuesta demanda por la vía del procedimiento especial de la ley, la ampliación que de aquella demanda se haga después de los cuarenta días de celebrada la Junta no puede ser tenida en cuenta.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES: JUZGADO COMPETENTE PARA ENTENDER DEL JUICIO ESPECIAL DEL ARTICULO 70 DE LA LEY (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1986).

Si bien es evidente y así aparece reflejado en el número 2 del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, que la competencia territorial viene atribuida al Juez del lugar donde la Junta universal se hubiere celebrado, ha de tenerse también en cuenta: *a)* Que la improrrogabilidad de dicha competencia no es absoluta, en cuanto tiene sus excepciones, cual acontece con el embargo de bienes como antecedente previo a la presentación de la demanda, que puede llevarse a cabo por Juez distinto al del lugar en que la Junta se hubiere celebrado. *b)* Porque tampoco puede olvidarse que en este tipo de juicios especiales y sumarios la competencia del Juez de primera instancia viene referida a las fases de alegaciones y prueba exclusivamente, y no a la decisoria, que corresponde a la Audiencia Territorial respectiva. *c)* Consiguientemente, así como la alteración de la competencia alegatoria-probatoria territorial del Juzgado puede ser fundamental cuando a través o mediante ella pueda producirse cambio de la decisoria, atribuyendo la misma a la Sala de lo Civil de una Audiencia de distinta circunscripción departamento-jurisdiccional, ello no acontece cuando la Audiencia que dictó la sentencia era en todo caso la competente, dado que ambos Juzgados, Melilla, donde tiene su sede la sociedad y Málaga, lugar en que se celebró la Junta cuyos acuerdos se impugnan, pertenecen al mismo departamento jurisdiccional. *d)* A su vez lo dicho sirve de base a la aplicación de la doctrina jurisprudencial elaborada en base al artículo 115 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (texto legal de aplicación supletoria a este tipo de procesos conforme se establece en el número 12 del citado artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas),

a tenor de lo cual las actuaciones que se hayan practicado ante un órgano jurisdiccional incompetente, salvo la sentencia, se consideran válidas, sin necesidad de ratificación ante el Tribunal que sea competente, doctrina que es de aplicación tanto a los supuestos de cuestiones de competencia promovidos por inhibitoria como por declinatoria, en cuanto la Ley procesal no distingue.

TRANSMISION DE ACCIONES; SUS REQUISITOS (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1986).

El artículo 1.º del Decreto de 19 de septiembre de 1936, el artículo 3.º de la Ley de 23 de febrero de 1940, el Decreto de 4 de junio de 1938 y el artículo 1.º, inciso 4.º, apartado A), del Decreto de 14 de diciembre de 1951 prohíben la transmisión y negociación de valores públicos, industriales y mercantiles, sin intervención de Agente de cambio y bolsa, Corredor de comercio e Intérpretes de buques o Notario y declara nulos los realizados a partir del 19 de julio de 1936, sin intervención de dichos fedatarios.

Ciertamente ha sido una constante pauta del legislador, hasta la promulgación de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, en que por virtud de su artículo 22 aparece en el escenario de la negociación bursátil una excepción a dicha regla general; excepción que afecta exclusivamente a los títulos hipotecarios que dicho texto legal regula, al recir que «serán transmisibles por cualquiera de los medios admitidos en Derecho sin necesidad de intervención de fedatario público ni notificación al deudor. Cuando sean nominativos podrán transmitirse por declaración escrita en el mismo título. En caso de que los títulos sean al portador, se presumirá que el propietario de los mismos es el último preceptor de intereses».

La regla general del ordenamiento jurídico, en el que están incluidos los preceptos aludidos, ha sido, no obstante, sometida a una delimitación por la doctrina jurisprudencial, y así tenemos que la Sentencia de 4 de febrero de 1971 —con cita de las Sentencias de 19 de diciembre de 1946, 13 de abril de 1957 y 13 de octubre de 1959— dice: «Que la compraventa de valores mobiliarios presenta en nuestro ordenamiento positivo, según la Sentencia de 7 de marzo de 1925, dos momentos perfectamente diferenciados: uno, el de la celebración del contrato, cuya efectividad para quienes lo concertaron no depende de la presencia del funcionario o mediador de ninguna clase (art. 74 del Código de Comercio); y otro, el de su ejecución o transmisión de las acciones enajenadas, que si bien en un principio se produjo por la simple tradición del documento (art. 45, número 2), más adelante y a partir de la promulgación del artículo 1.º del Decreto de 19 de septiembre de 1936, declarado vigente por el artículo 1.º, inciso 4.º, apartado A), del Decreto de 14 de diciembre de 1951 y 3.º de la Ley de 23 de febrero de 1940, precisó para lograrlo la intervención de Agente de cambio y bolsa o Corredor de comercio, al extremo de que la ausencia de este requisito *ad solemnitatem* no sólo priva a dicha operación de la irreivindicabilidad que en otro caso le asigna el número 3.º del repetido artículo 545, sino que le convierte en radicalmente nula..., si bien semejante sanción por su carácter excepcional no se extiende a la

del convenio que sirvió de antecedente a la transmisión... que produce todos sus efectos entre quienes le suscribieron y sus herederos, que recíprocamente pueden compelerse a formalizarlo conforme a lo que antes se expresa »; lo que equivale a decir que nos hallamos en una situación similar a la contemplada en el artículo 1.279 del Código Civil, que es precisamente la facultad que ha esgrimido el donatario (se trataba de una donación) con vista de la celebración correcta del contrato de donación (artículo 632, 2.º párrafo, del Código Civil) para lograr la ejecución o transmisión de las acciones donadas.

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL: HA DE HACERSE POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACION VALIDAMENTE NOMBRADO (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1986).

Se declara la nulidad de la convocatoria de la Junta general y consiguientemente la de la celebración de dicha Junta y de todos los acuerdos en la misma recaídos, pues es patente que para dicha convocatoria no podía actuar válidamente otro Consejo de Administración que el anterior a la fecha de la Junta en que se nombró otro que quedó suspendido en sus funciones por acuerdo del Juzgado de Primera Instancia, confirmado por la Audiencia; pues la suspensión opera desde que se solicita si finalmente queda acordada.

JUNTA GENERAL: EXPRESION DE LOS ASISTENTES (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1986).

No está bien constituida la Junta cuando solamente se hace constar que asisten el presidente y consejero delegado don ... y los consejeros don ... y don ..., con simple manifestación de que se hallan presentes o representados el 59,75 por 100 del capital social, pero sin formar lista de asistentes expresando el carácter o representación de cada uno y el número de acciones propias y ajenas con que concurren, como tampoco se determinó al final de la lista el número de accionistas presentes o representados, así como el importe del capital desembolsado sobre aquellas acciones, según dispone el artículo 64 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas.

Lo a tener en cuenta al respecto es simplemente si se cumplimentó adecuadamente con antelación al entrar en el orden del día las exigencias prevenidas en el artículo 64 de la Ley, y principalmente la del carácter o representación de cada uno de los asistentes y el número de acciones propias o ajenas con que concurren, así como la determinación del número de accionistas presentes o representados, pues la constancia de esos datos es inexcusable para que tanto los asistentes como los no asistentes puedan conocer adecuadamente si se cumplen los requisitos precisos para que la Junta pudiera adoptar los acuerdos que en ella tuvieron lugar, para en caso contrario ejercitar, si conviniere a su derecho, la correspondiente impugnación, y cuyos requisitos no pueden entenderse suplidos con la mera genérica referencia a un determinado *quorum* de capital social, toda vez que para poder apreciarlo de modo suficiente se requiere

conocer, a dicho tiempo de constitución de la Junta y antes de entrar en el examen del orden del día, para la que ha sido convocada, a quienes se atribuyan las acciones a que corresponda el indicado *quorum* de capital genéricamente fijado.

DERECHO DE INFORMACION; CARACTER IMPERATIVO DE LA NORMA QUE LO ESTABLECE (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1986).

El derecho de información, sustancialmente ligado a la condición de socio, está plenamente reconocido en el artículo 110 de la Ley de Sociedades Anónimas, precepto ligado al artículo 65, que confiere al socio la facultad de examinar los documentos referidos en el artículo 108, o sea, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta de distribución de beneficios y la Memoria, que obligadamente habrán de ser puestos a disposición de los accionistas en el domicilio social quince días antes de la celebración de la Junta, norma de carácter imperativo que no es dable modificar a los particulares, dado su aspecto público y la garantía que a los socios proporciona, obligación de inexcusable observancia para el órgano ejecutivo, aunque la sociedad tengan carácter familiar, y cuyo incumplimiento determina el posible ejercicio de las acciones tendentes a impugnar los acuerdos aprobatorios adoptados por el órgano deliberante (Sentencias de 8 y 31 de marzo y 14 de julio de 1984).

CONTINUACION DE LOS ADMINISTRADORES HASTA SU CESE, AUN DESPUES DE TRANSCURRIDO EL PLAZO DE NOMBRAMIENTO (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1986).

No se puede determinar que el cese de los administradores haya de producirse automáticamente al cumplirse aquel plazo, sino que deberá llevarse a cabo la celebración de la oportuna Junta general, convocada por los mismos para nombramiento de nuevos administradores, pues si se sentara otro criterio llevándolo a sus últimas consecuencias, la sociedad quedaría sin representación legal..., ya que no pudiendo ser designados nuevos administradores sino a través de una Junta general, ésta no podría convocarse válidamente por persona alguna, salvo el supuesto del artículo 57 de la Ley de Sociedades Anónimas, al no existir quien ostentara el cargo de administrador, que es el llamado a convocarla conforme el artículo 49 de la misma Ley, lo que sería contrario a la lógica y a los principios que inspiran aquélla.

LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL COMO REQUISITO CONSTITUTIVO DE LA SOCIEDAD. EFICACIA ENTRE PARTES DE SU INSCRIPCION (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1986).

Si bien la constitución de la sociedad erigiéndose en persona jurídica independiente de los socios sólo se opera mediante su acceso a los folios registrales; el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas en su último párrafo ya da al ente social futuro una posibilidad de dinámica operativa

que es imprescindible para el desarrollo del mismo; dinámica que si bien está en cierta medida condicionada en cuanto a terceros, en el aspecto de su contenido en atención al objeto social y en cuanto al tiempo, no lo está en el orden interno de los socios cuya operatividad, sin llegar a constituir la típica de una sociedad civil (Sentencias de 6 de febrero de 1964 y 6 de marzo de 1981), comprende esta relación intersocios, además de gestionar el cumplimiento del requisito de la inscripción, como obligación principal, todas aquellas negociaciones encaminadas a la erección de ese nuevo ente social no sólo en el aspecto jurídico, sino en el orden económico, precisan de una actividad, que en el ínterin no puede estar desprovista de la obligación de dar cuenta a los consocios de los actos de administración y de disposición que pueden implicar.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

MIQUEL CALATAYUD, J. A.: *Estudios sobre extranjería*. Librería Bosch, 1987.

Hay tres o cuatro razones para traer esta obra a recensión. La primera, es que se trata de una obra importante, seria y que supone una aportación decisiva a la hora de estudiar en todas sus dimensiones la figura del extranjero. La segunda, es que es una obra de actualidad que recoge y estudia los tres puntos legislativos más recientes: la Ley de Extranjería y la Ley y Reglamento de Inversiones Extranjeras. La tercera, es que el autor es un Registrador de la Propiedad, compañero, amigo y colaborador de esta Revista a quien *prometí* en su día ofrecer a los lectores mi punto de vista. La cuarta, es que he vivido las sucesivas etapas de la confección del libro, desde que empezó a crecer hasta que ha alcanzado no la mayoría de edad, sino la madurez, tratándose de una obra nueva, hecha paulatinamente con materiales propios y leyes nuevas.

He apuntado cómo a MIQUEL CALATAYUD (cuidado, que es MIQUEL y no MIGUEL) le había *prometido* —que no jurado— hacer la recensión de este libro que no supuse iba a alcanzar la temeraria paginación que se acerca al millar y ahora, al ver su tamaño, pensé que si se lo hubiera *jurado* difícilmente hubiera encontrado una razón para no hacerlo. Con la «promesa» me ha entrado pereza, pero la he superado, pues en verdad ha sido siempre mi guía la idea de que antes de prometer debe uno pensarlo, pero después de haber prometido hay que cumplir siempre. Los juristas eso lo llevamos a rajatabla en recuerdo de las viejas instituciones que perfilaron la forma de obligarse en España. Más solemne es el *juramento* y que quizá obligue más, sobre todo si es *decisorio* o vincula a decir la verdad en estrados, pero hoy parece que al «juramento» se le concede un parentesco con lo religioso y litúrgico, tratándose de arrinconarlo. Aunque esto, como lo de la mano derecha, la izquierda, el puño izquierdo o derecho, no pasan de ser símbolos a los que los pueblos primitivos seguimos apegados.

Dejemos los símbolos y vayamos al libro y a su autor. El autor es «de fondo», no de superficie. Lo digo con la doble intención de la frase, pues cuando entré en su despacho, lleno de libros, vi infinidad de trofeos ganados por este hombre en «ratos libres», practicando el atletismo. Con la misma energía, con el mismo impulso, con las mismas horas de entrenamiento, se ha decidido a escribir este libro y ha conseguido, empleándose a fondo, una gran obra merecedora de medalla. La obra, que está prologada por VICENTE TORRALBA SORIANO, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, puede calificarse, siguiendo al prologuista, de exhaustiva, completa y crítica de la reciente Ley de Extranjería. A mi

me asombra que sobre los extranjeros se pueda escribir tanto, ni siquiera invocando el principio de «reciprocidad», pues una vez que intenté algún balbuceo a este respecto sólo di la talla en cuarenta minutos de conferencia.

La obra, que está dividida o estructurada en diecisiete capítulos, tiene a mi entender —humilde entender— dos partes: una, en la que el autor disecciona la figura del extranjero en su conjunto de derechos, protecciones y vinculaciones, y otra, en la que ya el extranjero se enfrenta para su protección con el Registro de la Propiedad y con la Comunidad Económica Europea en la triple proyección de los principios de libertad que se establecen.

No creo que se me enfade el autor si reduzco a estas dos partes mi recensión. La obra va documentada, aunque para mí le falta un índice de conceptos y otro bibliográfico, pues el sumarial sirve al experto, pero no al iniciado. Como es obra «para rato» me imagino que el autor me hará caso, y en sucesivas ediciones añadirá esto que digo.

A) CONSIDERACIONES GENERALES

Esta parte de la obra que comprende —según mi esquema expositivo— los primeros catorce capítulos, enfoca desde el primer momento el concepto de nacionalidad, de extranjería y del encuadre que constitucionalmente debe tener el extranjero en su dicotomía de derechos compartidos con los españoles y derechos excluidos.

El autor ha preferido considerar al extranjero ya en España para diseñar el problema de su libertad personal y de sus posibles límites a través de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las detenciones preventivo-administrativas de la LOE. Todo ello íntimamente relacionado con los temas de las autorizaciones judiciales de ausencia, procedimientos de expulsión y extradición.

Inmediatamente después el autor examina la entrada y permanencia del extranjero en España, cosa que yo hubiera hecho antes, pero los esquemas que maneja cada autor no suelen coincidir. Coincidimos en los elementos personales, reales, formales y efectos, pero en otras cosas nos distanciamos, afortunadamente, pues ello es un enriquecimiento de visiones diferentes. El estudio en este punto está sometido a ese plural conjunto de situaciones en que el extranjero puede contemplarse y que aquí ocuparía gran espacio, pues los casos son muy amplios.

Tres capítulos destina el autor a exponer los temas del extranjero y el derecho de trabajo, fundamental problema para todo aquel que pretende un medio de vida al amparo de una legislación que lo protege; el otro capítulo es el referente al extranjero y el principio de seguridad jurídica en el que el autor me hace el honor de citarme abiertamente y, por último, el tercer capítulo (VII en la obra) está enfocado para exponer con minuciosidad la posición del extranjero ante el documento notarial, sus posibilidades, sus requisitos y sus efectos.

Sucesivamente en diversos capítulos se estudia el tema del procedimiento sancionador regulado en la Ley de Extranjería ante las infracciones administrativas, distinguiendo los esquemas generales del mismo

y las posibles situaciones personales o subjetivas que matizan los supuestos.

Por último, se estudian los diferentes enfoques de la protección jurisdiccional de los «derechos no constitucionales» y de los «derechos constitucionales», así como los derechos que genéricamente le atribuyen al extranjero la Constitución Española, materia que ocupa tres grandes capítulos que cierran lo que para nosotros es la primera parte de la obra.

B) EL EXTRANJERO, EL REGISTRO Y LAS COMUNIDADES

En esta parte de la obra —parte que no podía faltar— se contempla al extranjero ante la protección registral. Para llegar a ello el extranjero ha de cumplir una serie de requisitos impuestos por la legislación española en orden a su acceso a la titularidad dominical, en su doble proyección onerosa y lucrativa, en materia de inversiones, etc. Claro que la figura del extranjero aquí se funde con la documentación y el autor, por ello, distingue entre el extranjero que interviene en un documento y el documento procedente del extranjero. Esta parte es de gran utilidad en el diario quehacer de la calificación registral.

Se completa el estudio con tres últimos capítulos en los que, con un gran alarde, el autor hace gala de síntesis y partiendo de lo que él llama introducción y la distinción entre Derecho primario y Derecho derivado, va plasmando la significación de la Comunidad Europea en el Derecho laboral, para luego examinar las consecuencias de la libertad de circulación y la de establecimiento y prestación de servicios. La obra se cierra con un Apéndice legislativo en el que se recogen esa serie de disposiciones aparecidas cuando ya la obra estaba cerrada y en imprenta. Hace años se hablaba de una «legislación motorizada», pero hoy día hay que empezar a pensar en una legislación que se produce a base de ordenadores electrónicos... y así los que aún escribimos con pluma —que no bolígrafo— vamos en desventaja y tenemos que acudir al Apéndice.

Resta únicamente felicitar al autor que debe estar ya pensando en hacer una nueva edición de la obra que se la han «quitado materialmente de las manos» y es que «lo bueno en el arca se vende».

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Código de Legislación Hipotecaria y Registro Mercantil*. Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1986.

En la obra dramática de *La Vida es Sueño*, el personaje central —Segismundo— termina uno de sus parlamentos diciendo algo así como que «la vida es sueño y los sueños sueños son...» En mis «sueños» editorialistas tenía pensado y, a punto de entregar a la imprenta, un trabajo importante de un compañero que tuvo la paciencia de poner notas de legislación, jurisprudencia y correlación de artículos al texto vigente de la Legislación Hipotecaria y su Reglamento de aplicación. La labor era buena,

hasta el punto que pudo ser utilizada por una entidad oficial para lanzar una edición sobre el tema.

Pero la cosa no pasó de ser un sueño, pues cuando ya todo estaba a las puertas de la publicación la Editorial Civitas aparece con este volumen de casi mil páginas y del que es autor GARCÍA GARCÍA (J. M.), nuestro ilustre compañero. Si balón quita pelota, si el pez grande se come al pequeño y si el primero excluye al segundo... es evidente que esta publicación que traemos hoy a recensión tenga dos claras proyecciones: la alegría que supone ver condensadas en tan pocas páginas toda la legislación hipotecaria concordada y la tristeza de no haber podido ser nosotros los que hubiésemos lanzado la publicación. Debemos respetar el lema del Cuerdo: *prior tempore, potior iure...*

Habría que conocer personalmente al autor para enjuiciar mejor su gran labor. JOSÉ MANUEL GARCÍA es de esas personas que pasan por la vida suavemente, sin hacer mucho ruido, salvo cuando es necesario, y se refugia siempre en su modestia para ofrecer obras de calidad y cantidad. Creo que es la postura de los sabios o, por lo menos, de los estudiosos e investigadores. Cualquiera que me oiga un chiste —bien contado, por supuesto— podrá pensar «¿Es este el CHICO que estudiamos?». La imagen de JOSÉ MANUEL es de reposo, de tranquilidad, de sosiego, pero me imagino que en esas horas de trabajo —robadas a la institución familiar— tendrá la grandeza del nerviosismo, la obsesión y la dimensión del investigador que trata de rematar su obra en su exhaustiva realización.

Resulta muy difícil explicar al posible lector de la obra el esfuerzo que ha supuesto su realización. Hoy día, quizá, el auxilio de los ordenadores electrónicos y la biblioteca fichada y metida en un «aparatejo» de esos, puede simplificar grandemente la labor, pero me da el «pálpito» que esto está hecho «a mano», descolgando libro a libro, anotando, punteando, relacionando y aportando. Yo, que pertenezco a la era del plástico y no a la de la electrónica (aunque comprenda a ésta, pero no sepa poner en hora los relojes acuáticos), sigo adscribiendo a determinados compañeros a esa época y puede ser que me equivoque, pero aún así, la labor que se contempla es de «Ministerio de relaciones exteriores e interiores».

Vamos a sintetizar el contenido de la obra distinguiendo —con libertad de interpretación— los siguientes puntos:

A) LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

En esta parte el autor —ocupando dos libros— reproduce la Legislación Hipotecaria básica, el Reglamento del Registro Mercantil, la Ley de Ventas a Plazos y la Ordenanza para su Registro. La verdad es que resulta un auténtico alarde lo que podríamos llamar «letra pequeña» de las citas a que se remite cada párrafo de la legislación expuesta. Hay en ellas remisiones inevitables a preceptos complementarios de la legislación básica y otras a la legislación en relación con la misma; hay en ellos síntesis de doctrina, bibliografía y llamadas a la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros. El autor ha exprimido un limón en cada artículo y ha sintetizado su jugo en el más breve espacio. Hay remisiones, pero también reenvíos de primer y segundo grado.

B) PROPIEDAD URBANA

Lo dicho para la legislación hipotecaria puede ser reproducido aquí —lo cual ya es un gran mérito— manejando la legislación básica urbanística, la de Viviendas de Protección Oficial, la legislación de Propiedad Horizontal y la Ley de Arrendamientos Urbanos y el Registro.

C) PROPIEDAD RÚSTICA

Lo tónica apuntada y el trabajo desarrollado en otras materias cobra aquí el mismo plano de justeza y minuciosidad, recorriendo no sólo la legislación agraria, sino la que le puede afectar, como la de Montes.

D) BIENES DEL ESTADO

Es preciso que en una legislación que trata de proteger la propiedad y los derechos que sobre ella se imponen se exponga la materia referente —y poco comprendida— de la propiedad de los bienes estatales y municipales, materia llena de referencias y citas a preceptos sustantivos y registrales.

E) LA HIPOTECA EN SUPUESTOS ESPECIALES

Se expone —y no hay que decirlo ya más, con la misma técnica— lo referente a la hipoteca mobiliaria, la de películas cinematográficas, naval, mercado hipotecario y su desarrollo.

F) LEGISLACIÓN DE EXTRANJEROS

La tremenda «motorización» legislativa ha hecho que el autor, que desarrolla primorosamente la materia, tenga que añadir unos anexos sobre esta materia, así como a otras referentes al dominio público y municipal.

H) LEGISLACIÓN FISCAL

Resulta importantísima esta materia que afecta a las Oficinas Liquidadoras a cargo de Registradores de la Propiedad, aunque el constante afán modificativo puede suponer alteraciones en el texto.

I) COORDINACIÓN CATASTRO TOPOGRÁFICO Y REGISTRO

Es el último de los puntos que desarrolla el autor en el intento de exponer exahustivamente la legislación complementaria de la hipotecaria. Se cierra la obra con este capítulo y el referente a los índices de sentencias, de autores, de disposiciones y de materias, sin los que la obra sería de muy difícil manejo para los no iniciados en la materia.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*. Editorial Tecnos, Madrid, 1987. Un tomo de 124 págs.

La extensa reforma del Derecho de Familia introducida en nuestro Código Civil por Ley de 7 de julio de 1981 ha merecido ya comentarios de todo tipo de nuestra doctrina y ha de producir abundante jurisprudencia, a tenor de la viveza e importancia de la materia.

El libro que vamos a comentar se ciñe al artículo 96 del Código en su nueva redacción que da, por sí solo, base para toda una serie de problemas no sólo teóricos, sino más bien prácticos y muy candentes. Sabido es que las opiniones doctrinales, según sean, pueden derivar en soluciones muy distintas que los interesados aceptarán o rechazarán, según les vaya en la feria. Los abogados postularán las teorías que mejor vayan a los intereses de sus clientes y los jueces habrán de sopesar las razones para administrar, en conciencia y según ley, la justicia que corresponda y que tendrán que razonar en los consiguientes fundamentos jurídicos básicos.

A la vez que leía este libro interesantísimo, donde el Profesor RAMS ALBESA enfoca el tema espinoso del uso de la vivienda familiar en caso de conflicto, conozco una sentencia del Tribunal Constitucional que quiero resumir porque nos presenta en toda su aspereza el problema humano que se encierra en la barroca prosa del artículo 96.

Separado un matrimonio por sentencia firme, se había adjudicado judicialmente a la esposa con los hijos el «uso» y disfrute de la vivienda, que era arrendada; la propiedad del piso promueve juicio de desahucio por falta de pago, demandando sólo al marido, como titular y firmante del contrato de arrendamiento. Enterada la esposa, pide al Juzgado que se le tenga por parte, lo que no se admite, recayendo sentencia de desahucio por falta de pago, ya que el marido se desentiende y no comparece. La esposa no interpone apelación por considerar que no se le hubiera admitido al no ser considerada parte y ahora promueve recurso de amparo, basado en el artículo 24 de la Constitución. El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado, anula la sentencia del Juzgado y reconoce a la recurrente el derecho a ser tenida por parte en el juicio de desahucio y a seguirse con ella el pleito que fue promovido contra el marido. La Sentencia, de fecha 31 de octubre de 1986, no define muy claramente la situación y se limita a reconocer la legitimación procesal a la esposa por tener derecho a la posesión arrendaticia, adquirido mediante contrato suscrito por el marido, pero sin que esto suponga que éste ostente la exclusiva de la titularidad ni de la posesión que es en este caso posesión común o coposesión. Aunque el artículo 96, *in fine*, sigue diciendo el fundamento sexto, que requiere el consentimiento de ambas partes, parece referirse a la disposición dominical, tampoco puede alterarse unilateralmente la disponibilidad posesoria de la vivienda, por lo que el exigido consentimiento de ambos cónyuges convierte el interés que ambos cónyuges ostentan en Derecho *ope legis*. Refiriéndose a seguido al artículo 1.320, dado para situaciones normales, termina el fundamento que resumimos diciendo que ambas normas corresponden a la moderna tónica legal de protección del interés común familiar, *que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario*.

Los casos pueden ser variadísimos y en la práctica no siempre podrá catalogarse con nitidez la verdadera naturaleza jurídica de cada supuesto concreto. Se trata de ver cuándo se nos presenta un auténtico derecho real, sea de uso o habitación, con entidad bastante para ser inscrito en el Registro de la Propiedad; de no ser así, no podrá obtener la calificación favorable. He aquí el problema que presenta y resuelve airoosamente JOAQUÍN RAMS ALBESA, Catedrático de Derecho Civil, en este interesantísimo libro.

Pero nos hemos ido de ligero, acudiendo sin rodeos a las últimas páginas que son las más atrayentes, cuando la verdad es que el autor no aventura opiniones sin base, sino que, por el contrario, sigue realmente los cánones clásicos de los estudios jurídicos. Es decir, se desentraña la teoría general de los derechos de uso y habitación en un completísimo esquema, para pasar después a centrar la cuestión en el destino jurídico que se ha de dar a la vivienda que era familiar y que ya no acogerá a todo su conjunto, sino tan sólo a una de las facciones en que quedará dividida después de la tormenta.

Vamos a seguir la misma marcha del libro que, ya se ve, resulta apasionante y más atractivo según se avanza en sus páginas, en busca de las soluciones que se columbran.

1. *Concepto del uso y la habitación.*—Comienza el libro afrontando los problemas que en teoría se han planteado al construir los conceptos de estos derechos y dice el autor que la comparación con el usufructo a base de la cuantía del aprovechamiento de la cosa oscurece aquellos otros problemas relacionados con los distintos derechos y obligaciones respecto al dueño; las diferencias de orden cualitativo deben primar sobre las puramente cuantitativas. Sigue diciendo que el esquema funcional del *uti-frui*, tal y como se presenta en el usufructo, no puede tomarse en el sentido estrictamente semántico de los términos y por ello trae a colación las diversas doctrinas de autores tanto clásicos como actuales, tal la gradación de GLÜCK, para concluir resaltando que el uso se diferencia del usufructo no sólo en la cantidad del aprovechamiento, sino en otros aspectos cualitativos como la inmediatividad del goce de la cosa ajena, la atención a necesidades vitales y actuales del usuario y el personalismo con que se concibe el goce, que impide su transmisión. Tras recoger la definición que da el artículo 524, 1, del Código Civil y las interpretaciones doctrinales, considera el autor que el uso es un derecho real de goce en cosa ajena, sin injerencias de tercero, incluido a estos efectos el propietario, que menoscaben o imposibiliten el goce directo y estrictamente personal concedido al usuario para obtener los servicios de la cosa destinados a satisfacer sus necesidades y las de su familia.

También examina RAMS ALBESA la esencia de la habitación, que fue instituida como derecho real autónomo, distinto del uso y del usufructo, por una Constitución de Justiniano, limitado a ocupar en una casa las piezas precisas al habitacionista y que, como tal, ha pasado al artículo 524, 2, del Código. Para el autor es la habitación un derecho real sobre cosa ajena, distinto del uso y del usufructo, con finalidad exclusiva de alojamiento, por lo que faculta al titular para ocupar las piezas de una vivienda que a tal fin sean precisas para él y su familia, con las mismas obligaciones y limitaciones que se imponen al usuario.

2. *Sujeto de estos derechos.*—La remisión del artículo 528 del Código Civil parece inclinar a la idea de que pueden ser sujetos del uso y la habitación los mismos que lo son del usufructo. Sin embargo, nos dice acertadamente el autor, la diferenciación finalista de estos derechos da lugar a especialidades y características propias de su estructura. Para la habitación, por supuesto ha de tratarse de personas físicas y para el uso es concebible la persona jurídica como potencial titular al objeto de instalar su sede social. En los derechos de uso y habitación la familia juega un papel decisivo en cuanto que atienden a todos los miembros que rodean al titular y viven en su compañía, pero opina que no debe ser entendida la familia de modo equívoco para determinar el sujeto, de forma directa o indirecta.

3. *Objeto del uso y la habitación.*—Frente a la postura estricta de que estos derechos sólo pueden recaer sobre bienes susceptibles de llenar las necesidades del titular, hay otra doctrina que considera suficiente que el bien sea capaz de reportar cualquier utilidad al usuario. El autor examina casuísticamente algunos bienes, en especial el dinero y cosas consumibles, la propiedad intelectual e industrial, los montes y minas, los animales, los derechos, el patrimonio en globo y las empresas y hasta el uso de panteones o sepulcros, para concluir de este examen que no hay criterios apriorísticos sobre la idoneidad de las cosas para ser o no objeto del derecho de uso. El único límite que en principio puede admitirse viene configurado por la adecuación a un ejercicio del derecho que proporcione al usuario la posibilidad de un goce directo de la cosa sin intermediación jurídica, económica o subjetiva

4. *La creación del uso o la habitación.*—Dada la remisión general del artículo 528 del Código Civil, estos derechos podrán constituirse por los mismos medios que el usufructo. Pero ahora, nos dice el autor, a partir de las reformas introducidas en el Derecho de Familia en 1981, habrá que admitir como posible el origen legal del uso y la habitación, de acuerdo con lo que disponen los artículos 90-B, 96 y 1.407 de la nueva redacción del Código Civil.

La constitución por acto *inter vivos* de estos derechos no tiene especialidades que resaltar, como no sea la rareza en la práctica de que concurra una causa onerosa. Son más frecuentes los legados en que se constituyen estos derechos, que han de recaer sobre cosas susceptibles de uso o habitabilidad. Es discutible, pero posible, la adquisición del uso o habitación por prescripción, dada la dificultad de diferenciar esta posesión limitada con una mera tolerancia del dueño.

El título constitutivo será, en definitiva, el que marque el contenido de estos derechos y las normas del Código no sólo tienen una interpretación supletoria, sino más bien limitativa. Como nos dice RAMS, si se quieren crear facultades especiales no contenidas en el tipo se podrá constituir tal vez una figura real atípica, un gravamen nuevo sobre la cosa, pero no un verdadero derecho real de uso o habitación.

La posibilidad de la inscripción en el Registro del uso o la habitación está fuera de toda duda, porque son derechos reales de disfrute sobre cosa ajena, señalados nominalmente además en el artículo 2, 2.º, de la

Ley Hipotecaria, aunque no son transmisibles por ser personalísimos; esta es la causa de que no se puedan hipotecar (art. 108, 3.º, LH).

El autor resalta la trascendencia de la función calificadora de los Registradores a la hora de admitir la inscripción de un derecho como de uso o habitación en relación con las interpretaciones amplias que gran parte de la doctrina atribuye a la libertad de configuración que se supone introducida por el artículo 523 del Código Civil; pues de ellos, los Registradores, depende en gran medida velar por la pureza institucional de estos derechos en este tiempo en el que parece pueden resurgir del largo letargo.

5. *Facultades del usuario*.—Acertadamente nos dice RAMS que el artículo 524 del Código Civil transmite una idea del uso que más bien sirve para desvirtuar su naturaleza de verdadero derecho real. Porque el ámbito de facultades se puede concretar en que el usuario tiene derecho a servirse de la cosa, *in natura* y directamente, percibiendo en su caso los frutos de la misma según el título constitutivo o en la medida de las necesidades propias y las de su familia. Cuando el usuario puede servirse de la cosa por sí mismo no plantea problemas, pero sí pueden surgir cuando la producción de utilidades requiere la participación y, por tanto, la coposesión, del propietario; al efecto examina las distintas posiciones y teorías sobre el particular.

En cuanto a los límites en la percepción de frutos, opina el autor que en las cosas naturalmente fructíferas esta apropiación es un aspecto consustancial del uso, sin ampliación alguna. Si el usuario puede utilizar los aprovechamientos de la cosa con el límite de su necesidad objetivada por ciclos productivos, no podrá exigir del dueño del fundo la cantidad necesaria para cubrir tales necesidades, tanto en los casos de insuficiencia de la finca como por defecto de una cosecha determinada.

6. *Deberes del usuario y habitacionista*.—Aquí examina el autor estos deberes en los momentos de la creación del derecho (inventario y caución, por aplicación del artículo 491 CC), en el de su ejercicio, debiendo disfrutar la cosa como un buen padre de familia y en el de la extinción que se concreta en restituir la cosa y sus accesiones *in natura* al propietario.

7. *Intransmisibilidad*.—Aunque la prohibición de traspasar estos derechos es clara y terminante en el artículo 525 del Código Civil, se discute si tal prohibición es esencial o sólo supletoria de una voluntad no expresada del constituyente. El autor repasa las disposiciones favorables a la transmisibilidad, las opuestas y las intermedias y se adhiere a la segunda postura, diciendo que el elemento personal impregna en estos derechos la totalidad de sus efectos y las relaciones entre concedente y beneficiario y por ello no se le puede otorgar a éste la posibilidad de gozar del bien a través de un subrogado. Así se afirma en el artículo 108, 2, de la Ley Hipotecaria, que veta la garantía real, y el artículo 525 del Código Civil, que en su final prohíbe la transmisión «por ninguna clase de título».

8. *Extinción del uso y la habitación*.—El artículo 529 del Código Civil remite a la regulación general del usufructo, añadiendo que estos dere-

chos se extinguen además por abuso grave de la cosa y la habitación. La equiparación con el usufructo tampoco es completa y RAMS hace atinadas aclaraciones a la diversa casuística que puede presentarse. La diferencia que más resalta es que el usufructo no se extingue por mal uso de la cosa (art. 520 CC) y, en cambio, sí hay extinción por abuso en los derechos de uso y habitación (art. 529), sencillamente porque en éstos no puede haber goce indirecto; nos dice el autor que a veces la doctrina e incluso la jurisprudencia ha hecho interpretaciones con consecuencias lamentables, pues siendo el uso y la habitación unos derechos reales de ejercicio directo, no puede haber lugar a medidas precautorias que consistan en privar de goce, sino que se produce la extinción.

9. *Aplicación de estos derechos a la vivienda familiar.*—Una vez expuesta, con rigor e integridad, la construcción teórica y legal de los derechos de uso y habitación, el autor encaja sus conceptos e ideas para aplicarlos a los candentes supuestos que pueden presentarse en la práctica.

La vivienda cumple una función social que el autor califica de «desproporcionadamente importante» en cuanto que es la base del grupo familiar y significa su encuadre en determinados niveles de convivencia; ahora, además, es un bien escaso que origina problemas incluso en situaciones normales.

Pero estos problemas se agravan considerablemente, en cuanto a su tratamiento jurídico, con las incidencias propias de las crisis matrimoniales: separación y divorcio, para tratar de corregir los desequilibrios que ocasiona el desenlace.

En los casos de local profesional o de vivienda habitual, la nueva redacción del artículo 1407 del Código Civil, dada para la disolución de la sociedad conyugal, configura la posibilidad de que se adjudiquen estos locales en propiedad o constituyendo sobre ellos un derecho de uso o habitación. Esto supone, según el autor, que en el Derecho positivo español se contempla la constitución *ex lege* de estos tipos de derechos de goce sobre cosa ajena.

Pero los supuestos en los que centra su atención son los del nuevo artículo 96 del Código Civil, que dicta las normas sobre el destino de la vivienda familiar en los casos de ruptura de la convivencia. Las diferentes variantes de este precepto son de difícil tratamiento, por lo que la doctrina se ha dividido. El autor recoge las distinciones que hace O'CALLAGHAN sobre este punto: la facultad de ocupar la vivienda será un derecho real si la titularidad es real; si es personal, se dará una cesión; si no hay titularidad, no nacerá derecho alguno de ocupación. Nos dice RAMS que el mayor escollo lo ve en los casos de arrendamiento ya que su Ley especial no contempla el supuesto; ya hemos visto que el Tribunal Constitucional no se ha decidido claramente en este caso y apunta tan sólo un esbozo de solución concediendo la legitimación procesal a la esposa, basada en una tímida «posesión común o coposesión», sin explicar más.

Estudiando el párrafo 1.º del nuevo artículo 96, el autor detalla:

1. Si la vivienda es ganancial, el derecho de uso sólo se genera en las medidas provisionales, pues al llegar el convenio o declaración judicial sobre los bienes, en el estadio definitivo, deja de existir la situación de

ganancialidad y la vivienda se adjudica a uno de los cónyuges o a ambos *pro indiviso*.

2. Si la vivienda es privativa del cónyuge que no ha de ocuparla, surge un derecho limitado sobre cosa ajena que el autor considera como un verdadero y propio derecho real de uso.

3. Si la vivienda correspondía en condominio entre los cónyuges, el cónyuge usuario tiene sobre ella una doble titularidad: en pleno dominio sobre su mitad indivisa y en derecho de uso sobre la mitad restante.

4. En los casos de titularidad de un derecho real limitado de goce habrá que distinguir:

- Si se trata de un usufructo, no hay inconveniente de crear sobre él un derecho de uso.
- Cuando la titularidad sea sólo en uso o habitación, no será posible atribuirlo al otro cónyuge por ser personalísimo.

5. En la vivienda arrendada los problemas se multiplican. La posibilidad de la atribución en uso es práctica diaria en los Juzgados de Familia, sin más justificación que la del artículo 96 del Código Civil, desconociéndose que se implica aquí a un tercero, el arrendador, que ve alterados los sujetos de la relación jurídica de arrendamiento sin que pueda intervenir.

6. En los casos de precario, el cónyuge que ocupe la vivienda ha de serlo igualmente en precario.

7. En la vivienda por razón del cargo, dado su carácter personalísimo, no puede generarse un derecho de uso en favor de otro.

Tras analizar las facultades que conceden los párrafos 2.º y 3.º del artículo 96 del Código Civil al arbitrio judicial, el autor examina las causas de extinción de estos derechos.

Como recapitulación, RAMS ALBESA nos dice que la configuración de estos derechos sobre la vivienda familiar como verdaderos derechos reales tienen no pocas ventajas y menos inconvenientes que predicar que se trata de derechos *ex novo*; también ve ventajas en homologarlos con la pensión compensatoria en los casos del artículo 96, 3. Por último, nos dice que la actual normativa es un compromiso de solución provisional e insuficiente, que ha de requerir un tratamiento mucho más estricto, dado el principio de igualdad entre los cónyuges.

Y nuestra recapitulación, para terminar, es que este es un libro poco voluminoso, pero densísimo; nada de paja, todo es grano. Esos derechos del uso y la habitación que tanto el Código como la doctrina han venido minusvalorando, en su consideración de simples apéndices rarísimos del usufructo, cobran ahora vida plena y así lo constata RAMS ALBESA en este profundo estudio, para aplicar los supuestos a los casos de ruptura familiar. Aquí encontraremos los profesionales una valiosísima guía doctrinal y práctica que habremos de agradecer al autor.

CRISTÓBAL MONTES, A.: *Estudios de Derecho de Obligaciones*. Editorial Librería General, Zaragoza, 1985. Un tomo de 271 págs.

Con motivo de sus bodas de plata con la docencia y dedicado a sus alumnos de Venezuela y de la Universidad de Zaragoza, el Profesor CRISTÓBAL MONTES ha recogido en este libro una serie de trabajos suyos aparecidos en distintos momentos y lugares; uno de ellos «La llamada novación modificativa en el Derecho español», precisamente en esta Revista (año 1973, pág. 1167). Dichos estudios se refieren a la doctrina general de la obligación, que el autor considera básica y determinante para un buen desarrollo científico del Derecho civil.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES, actualmente Profesor de la Universidad de Zaragoza, es antiguo y asiduo colaborador nuestro. En estas páginas han aparecido numerosos trabajos suyos de diversas materias, desde 1967 que empezó, hasta hoy, pues aún tenemos otro nuevo estudio sobre las partes activa y pasiva del pago que insertamos en este número. Sabe el autor que entre nosotros goza de prestigio y puede sentirse como en su casa.

Por eso nos alegra el envío de sus dos recientes libros, una *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, que comentamos aparte, y éste en el que reúne los estudios dichos con objeto de ordenarlos y hacer más accesible su utilización; juntando en un solo tomo lo que antes estaba disperso, se facilita su lectura. Nos dice el autor que los alumnos de Derecho civil, aparte las lecciones teóricas, suelen terminar la carrera sin otras lecturas civiles que las escuetas del manual al uso, lo que determina un negativo estrechamiento del área de actuación intelectual; hay que promocionar el raciocinio creador y la argumentación jurídica, muy necesarios para los futuros profesionales. En definitiva, se trata de despertar el interés por el tratamiento de concretos institutos jurídicos, rebasando los fríos esquemas de las obras generales y amplias.

Los estudios integrados en el libro son los siguientes:

I. *La mora del deudor en las obligaciones recíprocas*.—El último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil establece que en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe; desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro. Este supuesto de compensación de la mora, aparentemente sencillo y pacífico, ha despertado últimamente nuevas interpretaciones. Tradicionalmente se admitía que al cumplir una parte su obligación, automáticamente incurría en mora la parte recíproca sin necesidad de requerimiento en base al simple hecho de que su contraparte había cumplido normalmente; pero un trabajo del Profesor ALBALADEJO irrumpió con argumentos sólidos y razonables en favor de la tesis contraria de que también en las obligaciones recíprocas hacía falta el requerimiento del acreedor. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha inclinado de modo preferente en pro de la interpretación tradicional, aunque posteriormente se observa una tendencia a dar entrada a la tesis contraria, aunque sea de un modo parcial y circunscrito; puede verse en varias sentencias, especialmente la de 17 de enero de 1967.

El autor estudia estos nuevos criterios y critica la opinión que considera minoritaria y los alegatos de ALBALADEJO de que el artículo 1.501 del Código, que grava con intereses al comprador por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio, sólo puede tener sentido si media requerimiento; CRISTÓBAL MONTES, en contra, cree que el párrafo último del artículo 1.100 consagra un supuesto de mora *ex re*; tampoco se puede aceptar que se trate de una norma excepcional o especial, sino simplemente que establece un régimen jurídico diferente en relación a las obligaciones recíprocas.

Por ello concluye respecto a esta cuestión que se impone aceptar la opinión tradicional de que en las obligaciones recíprocas se produce la mora tan pronto un obligado cumple su parte, sin necesidad de *interpellatio*.

II. *La llamada novación modificativa.*—Tras unas consideraciones introductorias en las que critica que algunos juristas tienen un excesivo respeto a la pura literalidad de las normas y a la jurisprudencia, lamenta que en nuestro Código no se hayan recogido las precisiones que sobre esta materia nos mostró el Derecho romano, donde se distinguía claramente entre el *iussum*, la *delegatio* y la *novatio*.

La llamada novación modificativa constituye, según el autor, una imprecisión y un concepto equívoco y confuso. Mientras el artículo 1.156 califica a la novación de manera rotunda como medio de extinguir las obligaciones, el equívoco surge cuando el artículo 1.203 comienza diciendo que «las obligaciones pueden modificarse». Y de este punto ha arrancado una corriente doctrinal y jurisprudencial que ha creado una nueva figura carente de justificación y sentido, a juicio del autor, pues enturbia los perfiles claros que la novación tenía en su formulación romana.

Repasa la generalidad de la doctrina que admite esta faceta simplemente modificativa de la novación y la compara con la tesis negativa de SANCHEO REBULLIDA, quien opina que hay un contrasentido entre modificar y extinguir: si el Código involucra ambos conceptos, la doctrina debe separarlos y aclararlos. El autor también cree que la doctrina ha rendido demasiada pleitesía a unos términos legales que el codificador no empleó con pretensiones definitorias. Los artículos 1.156 y 1.203 hacen referencia a dos situaciones distintas, a dos de las vicisitudes de las relaciones jurídicas en su ciclo vital, pues éstas se constituyen, se modifican y se extinguen.

III. *La naturaleza jurídica del pago.*—En Derecho romano la palabra *solutio* tuvo un significado amplio, como disolución del nexo obligatorio con liberación del deudor, y otro estricto de cumplimiento efectivo de la obligación, tal como se pactó. En la actualidad, el concepto que se dé del pago va unido a la idea que se tenga de la obligación misma; para la concepción subjetiva, el cumplimiento conlleva un comportamiento del deudor orientado a ejecutar lo debido; frente a esta postura, está la concepción objetiva o patrimonialista, según la cual el cumplimiento consiste en la obtención del fin económico perseguido y la realización del derecho del acreedor sobre el patrimonio del deudor.

Entrando ya en el tema central de la naturaleza jurídica de ese cumplimiento, el autor examina las distintas construcciones doctrinales que

han intentado configurarlo. Para la teoría que la concibe como un negocio jurídico bilateral, junto a la voluntad del deudor de liberarse mediante la realización de lo que debe, ha de haber una convergente voluntad del acreedor dirigida a recibir esa prestación; esta tendencia es la aceptada por el Tribunal Supremo, que en numerosas sentencias conforma al pago como negocio jurídico de carácter contractual. Otros autores sostienen la condición de negocio unilateral del pago, por estimar que el dato imprescindible es el *animus solvendi* del deudor que basta para perfeccionarlo. Entre nuestros tratadistas más conocidos, CASTÁN, PÉREZ y ALGUER, PUIG PEÑA y DE BUEN, opinan que el pago no tiene carácter de negocio jurídico, ya que no es más que la realización del mandato de la norma dirigido al deudor para que entregue el contenido de la obligación.

La forma tradicional contempla al pago como simple acto jurídico, ya que sólo es un hecho que produce determinadas consecuencias jurídicas. Y esta es la tesis que acepta y defiende el autor, diciéndonos que el cumplimiento obligacional tiene lugar mediante la prestación por el deudor, que conoce y quiere hacerlo, sin tener que llevar esta situación al campo del negocio jurídico; la voluntad no juega aquí el papel ni precisa los factores que son característicos del negocio. El pago no puede ser otra cosa que un acto jurídico simple o estricto.

IV. *La cesión de contrato.*—Si bien en la concepción romana la obligación era un vínculo inseparable del acreedor y deudor, las nuevas necesidades imponen la negociabilidad de los créditos y por ello es preciso acudir a procedimientos que, sin derogar el principio de inmutabilidad, permitan conseguir un resultado similar al de la transmisión.

Algunos códigos han recogido la figura de la asunción no novatoria de deuda, pero no el español, donde el cambio de sujeto pasivo acarrea la destrucción del vínculo primitivo y su reemplazo por otro nuevo; sin embargo, el autor estima que el contrato puede catalogarse como valor económico actual y es idóneo para ser objeto de tráfico jurídico, hablando algunos de venta del contrato.

Tras examinar esta construcción, admitida en varios códigos europeos e hispanoamericanos, dice que también podría construirse en nuestro sistema, encajándolo en una figura de contrato innominado que, en cuanto reúna los requisitos de validez exigidos por el Código Civil, quedará abierto a la libre conclusión por parte de los interesados.

Estudia la estructura jurídica de la cesión de contrato, diciéndonos que en cuanto a los elementos personales resultará que el contrato se desenvuelve entre tres centros de intereses autónomos: la parte que sale de la relación contractual cedida, la que entra en su lugar y la que permanece (cedente, cesionario y cedido), analizando sus diversas posturas.

¿Cuál será el objeto de la cesión de contrato? Para algunos, la posición o *status* del cedente, para otros es la cualidad de parte de una relación contractual; otros, en fin, opinan que es la relación constitutiva del contrato base. El autor cree que lo básico es la cesión íntegra de la posición del contrato y la transferencia aislada de elementos.

El contrato de cesión tiene su propia causa, independiente de la del contrato base: la transferencia de la relación contractual cedida a un nuevo sujeto. Sin esta causa singular y específica, ni siquiera podría hablarse de cesión negocial de los contratos.

Como final de este interesante trabajo, el Profesor CRISTÓBAL MONTES aborda las analogías y diferencias de la cesión de contrato y otras figuras afines como la cesión de crédito, la asunción de deuda, la novación subjetiva, el subcontrato y los contratos por persona a nombrar o en favor de tercero.

V. *Crítica a los argumentos favorables a la solidaridad en la responsabilidad plural por hecho ilícito.*—Los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil establecen que la solidaridad de los obligados no se presume, debiendo constar expresamente y así lo confirman numerosísimas Sentencias del Tribunal Supremo, en lo que se refiere a obligaciones contractuales. Sin embargo, nada se dice de las nacidas de hechos ilícitos y entonces surge la cuestión de si será aplicable por analogía el artículo 107 del Código Penal, según el cual los autores, cómplices y encubridores serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. El Profesor CRISTÓBAL MONTES no acepta esta analogía porque el citado artículo 107 tiene, precisamente, naturaleza penal y en consecuencia entra de lleno en el artículo 4, 2, del Código Civil, según el cual las leyes penales no se aplicarán a supuestos distintos de los contemplados en ellas. Tras examinar las distintas alegaciones de la doctrina y los preceptos del Código, concluye que no hay otra postura razonable que la de defender que hoy de *lege data* rige entre nosotros la pauta de la vinculación sólo mancomunada de los coobligados como consecuencia de un hecho ilícito.

VI. *La promesa del hecho ajeno.*—En principio, los contratos sólo surten efectos entre las partes, sin aprovechar ni dañar a terceros; pero si el tercero manifiesta su voluntad de estar a las resultas contractuales surgirá a su favor o a su cargo el crédito o el débito acordado negocialmente. El autor recoge la construcción romana, que ha pasado a los códigos modernos y es aceptada por la doctrina, habiendo elaborado ésta un variado espectro de teorías para configurar en qué consiste esta obligación del promitente:

a) Como obligación condicional.—El que promete el hecho ajeno queda obligado, pero en forma condicionada, para el caso de que el tercero incumpla el hecho prometido. Si el tercero rehúsa efectuar el hecho, tal conducta determina la producción de la consecuencia prevista.

b) Como obligación de hacer lo posible para que el tercero cumpla.—El que promete el hecho ajeno se compromete a desarrollar la actividad precisa para que el tercero cumpla el hecho prometido; la promesa del hecho ajeno genera una *obligatio faciendi*.

c) Como asunción del riesgo del incumplimiento por parte del tercero.—Partiendo de la base de que al promisorio lo único que le interesa es que el tercero cumpla en la forma que se convino, se sostiene que el que promete el hecho ajeno asegura en realidad al promisorio que su interés encontrará satisfacción en todo caso, pues él responde de las consecuencias del incumplimiento.

d) Como obligación de indemnizar caso de que el tercero no cumpla.—Es una obligación de resultado, en la que se promete indemnizar el daño originado por la falta de cumplimiento por el tercero.

¿Cuáles son los efectos de la obligación nacida de la promesa de hecho ajeno? Hay que contemplarlos en las tres etapas:

1. Antes de que el tercero haya aceptado, éste no está obligado a nada por ser extraño y el promitente tampoco asume todavía la obligación de indemnizar, ya que no se ha realizado el hecho que desencadenaría esta consecuencia.

2. Cuando acepta el tercero, la obligación de indemnizar del promitente (que es principal, directa y autónoma) sólo surge si dicho tercero rehúye la actuación, ya a su cargo desde la aceptación.

3. Si el tercero rehúsa aceptar, se verifica la *condictio iuris* que suspendía los efectos de la promesa y surge la obligación del promitente de indemnizar al estipulante.

* * *

Como se ve, el libro contiene un abanico de estudios muy interesantes. Aunque en apariencia se expongan cuestiones que parecen sólo doctrinales, tienen en su contenido el suficiente «gancho» práctico para atraer; son materias vivas que pueden presentarse en cualquier momento y ayudarnos a resolver bastantes dudas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CRISTÓBAL MONTES, A.: *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*. Editorial Librería General, S. A., Zaragoza, 1986. Un tomo de 281 páginas.

No sé por qué se le tiene tantísimo respeto al Derecho Hipotecario y, en general, se habla de esta rama jurídica como algo bastante difícil y casi inalcanzable. Sin embargo, en la realidad, lo que parece arcano y misterioso no es tal; simplemente, quizá, no se le conoce bien y por eso parece que impresiona más de lo debido. En los programas de la Licenciatura de nuestras Universidades, salvo honrosas excepciones, se le suele dedicar poco tiempo y no demasiada atención a la materia y así resulta que los futuros abogados oyen hablar de los principios hipotecarios muy por encima, como algo abstruso, por lo que no acaban de entenderlos del todo, ni consiguen ver sus aplicaciones en la práctica. Después, en el ejercicio de la profesión podrán darse cuenta que es algo tan útil y sencillo como encuadrar la normativa civil de los inmuebles en el Registro de la Propiedad, que los conforma y protege en el tráfico jurídico; así de fácil y así de importante.

No vamos a pedir a todos que se estudien los tratados completos, de varios tomos enormes, como el ROCA SASTRE o el CAMY: quede esto para los opositores y profesionales especializados como son Registradores y Notarios. Pero sí es de desear que para el alumno universitario que aspira a ser un buen Abogado ejerciente haya al menos manuales que, sin ser profundos, tampoco sean tan elementales que sean inservibles; hay que

dar la base necesaria para que los profesionales del Derecho puedan moverse con la necesaria soltura en el campo del tráfico de los inmuebles y su seguridad jurídica.

En el libro *El Notariado y los Registros*, ya comentado, que contiene una buena orientación vocacional de estudios jurídicos, se dice acertadamente que la semilla de los buenos hipotecaristas arranca normalmente desde la misma Facultad de Derecho, sin que esta afirmación deba tomarse como una simple concesión al *Alma Mater* universitaria, ni tampoco enfatizar que nuestros estudios universitarios sean primordialmente profesionales. Este comentarista guarda afectuoso recuerdo del que fuera su maestro de Derecho civil, don IGNACIO DE CASSO, que dedicaba gran atención a la materia hipotecaria, en la que era destacado especialista y autor de un buen libro de lo que llamaba *Derecho Inmobiliario o del Registro de la Propiedad*. Muchos de sus alumnos hemos seguido después los derroteros que nos marcó y ello hace creer que, efectivamente, el Derecho Hipotecario es «menos difícil» cuando fue bien estudiado en la Universidad, calando su sentido.

Bajo este prisma, produce grata impresión el libro que comentamos, que con excesiva modestia se califica de «Introducción», cuando es algo más. Su autor, antes Profesor venezolano y ahora en la Universidad de Zaragoza, nos dice en la presentación que su primera edición apareció en Caracas hace veinte años, para recoger los temas generales del Derecho Inmobiliario Registral, contribuyendo al estudio de una disciplina que por entonces era naciente en Venezuela. Ahora edita de nuevo la obra con vistas a los estudios universitarios, para enseñar a sus alumnos el desarrollo básico de la publicidad inmobiliaria, el concepto de esta rama jurídica y las distintas caracterizaciones del Registro de la Propiedad; al destinarse ahora a estudiantes españoles, le añade un último capítulo donde expone en esquema nuestro sistema inmobiliario registral.

La publicidad inmobiliaria y su desarrollo son objeto del capítulo I. Empezando por su concepto, en sentido estricto jurídico es el sistema de divulgación dirigido a hacer cognoscibles determinadas situaciones jurídicas para la tutela de los derechos y la seguridad del tráfico; en el Derecho moderno es una actividad del Estado encaminada a dar apariencia a las situaciones jurídicas para tutelar los derechos y la seguridad del tráfico. Repasa las posibles acepciones, recogiendo las conocidas distinciones que hizo al efecto don JERÓNIMO GONZÁLEZ, pone en relación publicidad y forma y ciñe el ámbito específico de esta publicidad a los derechos reales sobre bienes inmuebles.

Dedica buena atención a los orígenes y desarrollo histórico de la publicidad inmobiliaria en los diversos pueblos antiguos, especialmente en la India y en los Derechos hebreo, griego y egipcio. Se detiene, por su importancia, en las sucesivas fases (primitiva, clásica y justiniana) por las que transcurre esta publicidad en el Derecho romano. También lo hace en el germánico, donde estudia, siguiendo a GIERKE, la conocida figura de la *Gewere* y sus efectos defensivos, ofensivos y traslativos, repasando también las formas antiguas germánicas de la transmisión de inmuebles; en el siglo XII aparecen en las ciudades ya los Registros públicos, donde comienzan a reflejarse los actos traslativos de la propiedad inmueble; en el siglo XIV se recibe en Alemania el Derecho romano-

canónico, produciendo sería perturbación en el ámbito de la publicidad, con amenaza de los regímenes germánicos al uso; ello dio lugar a una gran confusión en orden a los sistemas de publicidad y transmisión de inmuebles, produciendo varios grupos: sistema de tradición unida al contrato, sistema de tradición unida a la inscripción registral, sistema de investidura judicial con o sin inscripción y sistema de transcripción de influencia francesa en que la inscripción es sólo medio de prueba.

En el capítulo II se estudia el *Derecho Inmobiliario Registral*, empezando por revisar los conceptos dados por los distintos autores; considera que la definición más ajustada es la de SANZ FERNÁNDEZ: «Conjunto de normas de Derecho civil que regulan las formas de publicidad de los actos de constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre fincas y las garantías de ciertos derechos personales o de crédito, a través del Registro de la Propiedad». Y le parece la mejor porque comprende y hace patentes las notas características que determinan realmente el Derecho Inmobiliario.

Pero ¿se debe llamar así o de otros modos? Los autores suelen estar divididos respecto al nombre de esta disciplina, aunque el empleo de distintos nombre no influya en el ámbito, contenido y estructuración de la misma. Ya sabemos que para unos es Derecho Hipotecario, para otros Derecho Inmobiliario o Derecho Registral o Derecho del Registro de la Propiedad. En una refundición, el Profesor CRISTÓBAL MONTES prefiere llamarle Derecho Inmobiliario Registral.

Su contenido, dice el autor, siguiendo a SANZ FERNÁNDEZ, viene dado por los tres elementos siguientes:

- El Registro de la Propiedad, como órgano fundamental.
- La regulación de la forma específica de publicidad, es decir, la publicidad en su aspecto formal; y
- La formulación de los efectos que producen los asientos registrales, o sea, la dinámica y la protección de los derechos.

La doctrina discrepa de los caracteres del Derecho Inmobiliario Registral. El autor recoge las posturas y termina afirmando que es un Derecho:

- Regulador de la publicidad inmobiliaria, con normas tanto formales como materiales.
- Legitimador de situaciones jurídicas o titularidades reales.
- Protector del tráfico jurídico inmobiliario; y
- Que carece de sustantividad propia, ya que es una parte integrante del Derecho civil.

En cuanto a las relaciones de esta disciplina con otras ramas jurídicas, el autor aborda primero al Derecho civil, con el que ya ha dicho que casi se confunde; pese a opiniones «independentistas», la verdad es que el Derecho Inmobiliario no es más que una parte o aspecto del civil contemplado a través del Registro de la Propiedad. También tiene amplias relaciones, que se resaltan, con el Derecho administrativo, el procesal, mercantil y el internacional privado.

El Registro de la Propiedad.—Al ser el instrumento por excelencia de la publicidad inmobiliaria en la actualidad, el autor le concede, en el

capítulo III del libro, la importancia debida, como centro de su estudio. El Registro, nos dice, al configurarse como una institución pública dotada de existencia y finalidad propias, es independiente de lo que en él se registra. Para definirlo, recoge sus distintas acepciones, como institución, como oficina, como conjunto de libros y como servicio público.

No hay posibilidad de fijar una formulación exclusiva de los fines que pueden atribuirse al Registro y tampoco elegir cuál sea el primordial entre todos ellos. En efecto, parece que la publicidad de los derechos reales sobre inmuebles y el fomento del crédito puedan parecer los fines principales, si se mira al Registro con prisma privatista. Sin embargo, si priman las tendencias publicistas o sociales, hay otros fines no menos importantes, como pueden ser el intento de movilizar la propiedad del sistema TORRENS y los efectivos de información, estadística o fiscales. El autor no recoge, quizá porque no se había manifestado cuando inicialmente se escribió el libro, el imprescindible papel que el Registro ha empezado a jugar en la actualidad en la ordenación del territorio, campo en que se utiliza de modo muy efectivo para fines urbanísticos y agrarios.

Los principios hipotecarios se estudian en el capítulo IV. Como cabecera no podía faltar la clásica definición de don JERÓNIMO GONZÁLEZ; aunque se relacionen con cada uno de los ordenamientos jurídicos, nos dice el autor que es deseable su estudio teórico como el medio más idóneo para dar altura a la elaboración técnica del Derecho Inmobiliario. Igualmente recoge las distintas valoraciones que la doctrina atribuye a estos principios, para opinar por su parte que tienen un valor sustancialmente científico y que es imprescindible la construcción teórica de los mismos para facilitar la comprensión, exposición y difusión del Derecho Inmobiliario como ciencia. Tampoco están los autores muy acordes a la hora de enumerar los principios y en el libro se repasan los principales según las distintas concepciones.

En el capítulo V se trata de los *sistemas inmobiliarios registrales*. Los define el autor como aquellos conjuntos normativos que en cada país regulan y organizan la propiedad sobre bienes inmuebles desde el ángulo estricto del Derecho Inmobiliario, o sea, en función del régimen jurídico de la publicidad inmobiliaria.

Los clasifica, en razón de la mayor o menor eficacia que se atribuye a la publicidad, en los siguientes grupos:

- Sistemas con simple fuerza negativa preclusiva o de oponibilidad de lo inscrito (francés, belga, italiano, portugués...).
- Sistemas con eficacia convalidante (Puerto Rico, Cuba).
- Sistemas en que la inscripción es constitutiva, con mayor o menor eficacia (alemán, suizo, australiano).

En cuanto a las tendencias actuales de los sistemas inmobiliarios registrales, el autor hace notar que el papel cada vez más importante que juega la inscripción en el campo de los derechos reales sobre inmuebles por lo que crece la fuerza expansiva de los sistemas alemán y suizo, decreciendo en cambio el sistema francés.

El *sistema inmobiliario registral español* es objeto del último capítulo del libro en el que el autor hace una síntesis de nuestro Derecho Hipotecario, empezando por los antecedentes históricos; habla de la publicidad

en la España prerromana, de las fases romana y visigótica, de la Reconquista y de las formalidades de los Fueros Municipales y las Partidas. La primera manifestación de publicidad registral en España es, ya lo sabemos, la Pragmática de don Carlos y doña Juana, que no llegó a ser efectiva hasta la otra Pragmática de 1768, ésta de Carlos III. El autor recoge el contenido de las disposiciones siguientes hasta la Ley Hipotecaria de 1861, que examina, al igual que todas modificaciones posteriores, que detalla.

Como final, hace una exposición sintética, a la luz de los preceptos legales, de los principios hipotecarios que informan el sistema inmobiliario registral español. Así, estudia el valor de la inscripción, los principios de legitimación y fe pública registral, analizando los básicos artículos de la Ley Hipotecaria que se refieren a ellos; la rogación, la legalidad, la especialidad, el tracto sucesivo y la prioridad son también sucinta, pero suficientemente expuestos, terminando con la publicidad registral en su sentido formal.

Es un libro dirigido a los estudiantes para facilitarles el conocimiento de los puntos básicos referentes a la publicidad inmobiliaria y a las características del Registro de la Propiedad.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 157. Extraordinario (Septiembre 1986)
(XIX Congreso Internacional de Economistas Agrarios)

AGRICULTURA Y USO DEL SUELO

- Problemas relacionados con la optimización del uso del suelo agrícola*, por CARLOS ROMERO, pág. 13.
La utilización de la tierra y el desarrollo agrario: el caso de Hungría, por CSABA CSAKI, pág. 19.
Una panorámica internacional de las políticas de conservación del suelo, por RANDALL KRAMER, pág. 31.

RECURSOS NATURALES Y DESARROLLO AGRARIO

- Impacto del desarrollo agrario sobre los recursos naturales*, por JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ-CAVADA, pág. 41.
Recursos naturales y dimensiones de los efectos del desarrollo agrario sobre el medio ambiente, por KENNETH R. FARELL y SUSAN M. CAPALBO, pág. 49.
Economía y Ecología: Discusión sobre conceptos de desarrollo, por PETER SÖDERBAUM, pág. 65.
Recursos naturales y desarrollo agrario en el trópico: ¿es inevitable el conflicto?, por DANIEL W. BROMLEY, pág. 77.

INNOVACIONES TECNOLOGICAS EN LA AGRICULTURA

- Varias aportaciones sobre la incidencia de las innovaciones tecnológicas en la agricultura*, por DIEGO ROLDÁN, pág. 91.
Un reto para el estudio de los efectos de la biotecnología en las ciencias sociales, por WALTER L. FISHEL y MARTÍN KENNEDY, pág. 99.
Evaluación del efecto de tecnologías alternativas sobre la producción y distribución mundial de alimentos, por KIRIT PARIKH, GÜNTHER FISCHER, KLAUS FROHBERG y JANOS HRABOVSKY, pág. 111.
La distribución de los beneficios del cambio tecnológico en agriculturas de estructura dual, por D. PACHICO y P. G. JONES, pág. 125.
Una evaluación del impacto de los efectos de nuevas tecnologías de secano y sobre la distribución de los factores de producción, por R. D. GHODAKE y K. G. KSHIRSAGAR, pág. 133.

LA INFORMÁTICA EN EL SECTOR AGRARIO

Informática y toma de decisiones en la agricultura, por PRIMITIVO GÓMEZ TORÁN, pág. 147.

«MARKETING» AGRARIO

Economía y política de comercialización agroalimentaria, por ANTONIO NARVÁEZ BUENO, pág. 155.

Formas alternativas de «marketing» empresarial para países en vías de desarrollo, por JOHN C. ABBOTT, pág. 161.

El concepto de origen del producto y la comercialización de alimentos en Europa, por B. A. DOLAGNEAU, pág. 177.

Desarrollo de productos en la industria alimentaria sueca, por HARRY NYSTRÖM, pág. 195.

AGRICULTURA Y COMERCIO INTERNACIONAL

Anotaciones al comercio internacional de productos agrarios, por JULIÁN BRIZ ESCRIBANO, pág. 207.

Tipos de cambio y política comercial: Una ayuda o un obstáculo para el crecimiento agrícola, por ALBERTO VALDÉS, pág. 215.

La situación económica internacional, las políticas comerciales, los tipos de cambio, la balanza de pagos y su influencia en el crecimiento de los países en vías de desarrollo, por SCOTT THOMAS, pág. 229.

Análisis de las perturbaciones provocadas por las políticas agrícolas en el comercio internacional. El caso del trigo, por J. S. LOHOAR, HARRY DE GORTER y DON McCLATCHY, pág. 239.

El tipo de cambio de EEUU y el comercio de productos agrícolas: Los efectos de los cambios de la oferta monetaria de EEUU en el Mercado Internacional de Cereales, por MARK DENBLY y GARY W. WILLIAMS, pág. 249.

LA POLÍTICA AGRICOLA COMUN

Comentarios a varias aportaciones relativas a la política agraria de la CEE, por MANUEL LÓPEZ BLANCO, pág. 261.

La aportación de la política agrícola común a la convergencia en el seno de la CEE, por MARGARET LOSEPY, pág. 277.

El declive del sector intensivo de la agricultura de Irlanda del Norte. Un estudio de un caso regional sobre los efectos de la política comunitaria, por T. F. STAINER, pág. 293.

Efectos de unos derechos de importación impuestos por la Comunidad Europea sobre la demanda francesa de soja, por E. WESLEY y F. PETERSON, pág. 307.

AGRICULTURA Y DESARROLLO

Análisis de la evolución de los resultados económicos de los sectores agrario y no agrario en el proceso de desarrollo. Una aplicación, a

nivel regional, de la técnica «statis» al caso español, por C. PÉREZ HUGALDE, A. GARCÍA VELÁZQUEZ y L. JUDEZ, pág. 317.

NOTAS SOBRE LA AGRICULTURA ESPAÑOLA

Resultados económicos de la actividad agraria, por PORFIRIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, pág. 353.

Actividad, ocupación y productividad agraria en España: Un análisis de la población y del empleo, por GABINO ESCUDERO ZAMORA, pág. 379.

Modos de producción en la agricultura española, por ELADIO ARNALDE ALEGRE, pág. 419.

El capital real en la agricultura española, por CARLOS SAN JUAN MESONADA, pág. 447.

La oferta de productos agrarios en España, por ANGEL MUÑOZ ALAMILLOS, pág. 465.

El sindicalismo democrático en la agricultura española, por EDUARDO MOYANO ESTRADA, pág. 505.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 507 (Diciembre 1986)

Consideraciones sobre el contrato de franquicia, por JOSÉ F. AGUILÓ PIÑA, página 4807.

El delito de exacciones ilegales del artículo 402 del Código Penal, por JUAN SALVADOR SALOM ESCRIVÁ, pág. 4843.

Régimen aplicable al patrimonio exterior de las personas físicas residentes en España, por CARMEN RUIZ ENRÍQUEZ, pág. 4871.

Adopción de acuerdos por vía de equidad en el Régimen de Propiedad Horizontal, por SILVIA BARONA VILAR, pág. 4891.

Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional, por MANUEL JAÉN VALLEJO, pág. 4923.

Las fuentes del Derecho internacional privado, por ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, pág. 5051.

Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional, por ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, pág. 5095.

Jueces franceses, por LUIS BLAS ZULUETA, pág. 5123.

La Magistratura del Trabajo en Francia, por LUIS BLAS ZULETA, pág. 5129.

La Ley de Arrendamientos Urbanos francesa, por LUIS BLAS ZULETA, página 5133.

Notas sobre la condición jurídica en España de los ciudadanos de las Comunidades Europeas, por ANA ISABEL FERRI LÓPEZ-BONILLA, pág. 5145.

Números 508-509 (Enero-febrero 1987)

Noción y contenido del Derecho internacional privado, por ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, pág. 5.

Relación no matrimonial: reflexiones sobre los conceptos de separación de hecho, abuso de Derecho, buena fe y equidad (Comentarios a la

Sentencia del Tribunal Supremo —Sala Primera— de 13 de junio de 1986, por JAIME VIDAL MARTÍNEZ, pág. 33.

Constitucionalismo español: 1808-1978. Ensayo histórico-jurídico, por EMILIO ATTARD, pág. 49.

Las Constituciones y la independencia del Poder Judicial, por NELSON DE SOUSA SAMPAIO, pág. 77.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Enero 1987)

Jaime Guasp, por EMILIO GÓMEZ ORBANEJA, págs. 3 a 5.

El tanteo y el retracto en la nueva Ley del Patrimonio Histórico Español, por JOSÉ LUIS ALVAREZ ALVAREZ, págs. 6 a 56.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL Y AUTONOMICA

Número 230 (Abril-junio 1986)

La Comarca en Castilla y León: Problemática Jurídico-Institucional, por ANGEL SÁNCHEZ BLANCO, pág. 209.

Naturaleza de la función de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas: Algunas consecuencias críticas, por JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, pág. 241.

Especial incidencia del actual Régimen de la Función Pública española en el Estado, Comunidades Autónomas y Administración Local, por CARLOS CARRASCO CANALS, pág. 289.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

(Octubre-noviembre-diciembre 1986)

El dominio del espacio en la región parisina, por ROGER SAINT-ALARY, página 19.

La suspensión de licencias por infracción urbanística grave, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, pág. 39.

La aprobación inicial de los Planes de Ordenación Urbana, por JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, pág. 69.

Panorama del Derecho urbanístico español, por MARTÍN BASSOLS COMA, página 103.

Revisión del Plan General de Mérida, por VICENTE SÁNCHEZ DE LEÓN, página 141.

Datos para una pequeña historia. La Ley del Suelo en su discurrir parlamentario, por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 163.

La clasificación y ordenación del suelo de los puertos deportivos en los Planes Generales y Normas Subsidiarias del Planeamiento Municipal, por FRANCISCO PERALES MADUEÑO, pág. 183.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 1 (1987)

- Introducción a la nueva Ley de Aguas*, por JOSEP M. VILASECA I MARCET, página 9.
- La responsabilidad penal de los administradores de Compañías mercantiles*, por JUAN CÓRDOBA RODA, pág. 33.
- Los principios de la Ley de Normalización Lingüística en las Islas Baleares*, por BARTOMEU COLOM I PASTOR, pág. 47.
- Las inversiones directas en la Ley de Inversiones Extranjeras de 27 de junio de 1986*, por RAMÓN MULLERAT, pág. 79.
- La actual regulación del Derecho de extranjería en España*, por EDUARD SAGARRA TRIÁS, pág. 103.
- Conflictos de competencias entre el Estado y la Generalidad de Cataluña (años 1984-1985)*, por MANUEL GERPE LANDÍN, pág. 151.
- Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad*, por RAMÓN CASAS VALLES, pág. 169.
- Los contratos de franquicia y el Derecho comunitario*, por MARGARITA DARGALLO NIETO, pág. 199.
- Desistimiento de una expropiación de tipo urbanístico y condena^s de daños y perjuicios por tal motivo*, por JUAN V. FUENTES LOJO, pág. 207.

BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

Número 1 (Enero-febrero 1987)

- El valor en Derecho español de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 9.
- La libertad de expresión. Especial consideración a la protección jurídica frente a las extralimitaciones en su ejercicio*, por ASUNCIÓN OLMOS PILDAÍN, pág. 17.
- Las Constituciones y la independencia del Poder Judicial*, por NELSON DE SOUSA SAMPAIO, pág. 39.
- El abogado y la CEE*, por ANGEL HERNÁNDEZ MARTÍN, pág. 45.
- Memoria sobre Derecho comunitario de Sociedades (II)*, por TOMÁS ZAMORA, pág. 61.
- Un procedimiento escrito*, por LEONARDO PRIETO-CASTRO FERRANDIS, pág. 75.
- El consentimiento del interesado*, por RAÚL HORACIO VIÑAS, pág. 83.
- Francisco Cambó (Político y Abogado)*, por SALVADOR GRAU FERNÁNDEZ, página 89.

REVISTA DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS
DEL SEÑORIO DE VIZCAYA

Número 32 (Septiembre-octubre 1986)

- El nuevo sistema de fuentes en el ordenamiento local*, por RAMÓN MARTÍN MATEO, pág. 11.

- Los derechos del extranjero: El internamiento preventivo y su homologación judicial*, por JUAN ALBERTO BELLOCH JULBE, pág. 23.
Una introducción al Derecho procesal civil, por ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE, pág. 57.

REVISTA NOTARIAL ARGENTINA

Número 884 (1986)

- Los protocolos Notariales. Testigos fieles de una profesión tradicional y su adaptación a la tecnología actual*, Editorial, pág. 15.
Testamentos, por ALBERTO VILLALBA WELSH, pág. 19.
Fideicomiso, por CARMEN S. MAGRI, pág. 23.
Facultades procesales del Notario en los procesos judiciales en los cuales ha sido requerida su intervención, por GUSTAVO A. CREGO y ANGEL A. FRONTINI, pág. 27.
Nominatividad de acciones, por EMIR J. PALLAVICINI y LUIS CARLOS BROZ, página 35.
Acciones nominativas no endosables. Ley 23.299, por EUGENIA GIRÁLDEZ, página 39.
Las provincias y las relaciones internacionales, por RICARDO HARO y ALBERTO ZARZA MENSAQUE, pág. 47.
Hacia una ampliación del quehacer notarial. Cancelación de derechos reales y levantamiento de embargos e inhibiciones por escritura pública, por FRANCISCO R. LICCIARDI, pág. 63.

Número 885 (1986)

- La familia y el Derecho*, por LA REDACCIÓN, pág. 199.
Nuevo régimen de filiación y patria potestad (Ley núm. 23.264), por GASTÓN R. DI CASTELNUOVO, LUIS R. LLORENS y CLAUDIO A. SOLARI DEL VALLE, página 203.
El Notario, por CÉSAR W. FERNÁNDEZ ELIZALDE y EMILIO A. FLORES, pág. 289.
Hacia el buen camino. Disposición técnico-registral número 3/86, por OSCAR E. SARUBO, pág. 295.
Proyecto de Ley de modificaciones al Código Civil, por JORGE R. CAUSSE, página 301.
Configuración. Inscripción registral. Representación social. Disolución y liquidación. Sociedad Anónima. Acciones. Sociedad accidental o en participación, por EDUARDO M. FEVIER DUBOIS (h.), pág. 315.
La Ley número 23.264 de filiación y las modificaciones que introduce en el Derecho positivo, por MIGUEL NORBERTO FALBO, pág. 329.

REVISTA JURIDICA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMAN

Número 26 (1985)

- El asentimiento conyugal*, por JOSÉ R. MALASPINA, pág. 11.
Recaudos exigidos a la sentencia para ser constitucionalmente válida, por MARCELO BOURGUIGNON, pág. 37.

- Nulidad de matrimonios sucesivos*, por HUMBERTO AGLIANO, pág. 47.
Hombre, por ADALBERTO VILLECCO, pág. 61.
A propósito del artículo 34, inciso 1.º, del Código Penal Argentino, por ANTONIO MAXUD, pág. 67.
¿Continúa la transfusión del Derecho Romano en la Argentina?, por LUIS R. y LUIS R. (h.) ARGÜELLO, pág. 73.
Variaciones sobre estratificación social, clases sociales y subdesarrollo en América Latina, por SERGIO DÍAZ RICCI, pág. 89.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Número 178 (Julio-diciembre 1985)

- El cumplimiento ficto de la condición*, por DANIEL PEÑILILLO ARÉVALO, página 7.
Las declaraciones de derechos de los ciudadanos, por MARIO CERDÁ MEDINA, pág. 37.
Las máximas de experiencia, por HÉCTOR OBERG YAÑEZ, pág. 53.
Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia, por RAMÓN DOMÍNGUEZ AGUILA, pág. 59.
Constitución política y proceso civil, por CARLOS PECHI CROCE, pág. 79.
La Contraloría General en el Estado de Derecho, por LAUTARO RÍOS ALVAREZ, pág. 87.
Ir por lana y volver trasquilado, por RAMÓN DOMÍNGUEZ y RAMÓN DOMÍNGUEZ B., pág. 91.
Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, por GABRIEL RÍOSECO ENRÍQUEZ, pág. 107.
Notas acerca de la inderogabilidad singular del Reglamento, por HERNÁN DÍAZ VERGARA, pág. 113.
Reconocimiento constitucional de la acción procesal y de la jurisdicción de equidad. Desamparo de la inmutabilidad de las declaraciones judiciales, por JULIO SALAS VIVALDI, pág. 123.
Un alcance a la Teoría del Derecho de Herbert L. A. Hart, por JESÚS ESCANDÓN ALOMAR, pág. 135.
Edificación en sitio ajeno sin previo contrato, por RENÉ RAMOS PAZOS, página 141.

REVISTA NOTICIAS CEE

Número 23 (Diciembre 1986)

ESTUDIOS Y NOTAS

1. LA ADHESION DE ESPAÑA A LA CEE

- Repercusiones financieras y monetarias de la entrada de España en la CEE*, por ENRIQUE MAS MONTAÑÉS.
La cláusula de salvaguardia de la urea, por MERCEDES PUELLES.

Evolución de la política económica y del sistema financiero después de la integración en la Comunidad Económica Europea, por MARIANO RUBIO JIMÉNEZ.

España y Portugal: problemas y perspectivas de la integración de los países ibéricos en la Comunidad Europea, por JOSÉ ANGEL SOTILLO.

2. ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO

El Derecho Comunitario como Derecho más alto, por FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO.

La armonización del Derecho de sociedades y bursátil en el ámbito de la CEE y su influencia en el sector bancario, por EVELTO VERDERA.

3. PRESUPUESTO

La tramitación parlamentaria del presupuesto de la Comunidad Económica Europea para 1986, por MIGUEL ARIAS CAÑETE.

4. LIBRE CIRCULACION DE CAPITALS

El futuro de la circulación de movimiento de capital en la Comunidad, por GUILLERMO KESSLER SÁIZ y LUIS DE GUINDOS JURADO.

5. DERECHO DE LA COMPETENCIA

Las ayudas de Estado y la política fiscal en la CEE, por ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE.

Los monopolios fiscales españoles ante la CEE, por MODESTO OGEA MARTÍNEZ-OROZCO.

6. ENERGIA Y MEDIO AMBIENTE

El mercado de combustibles sólidos en la Comunidad Económica Europea en 1985 y sus perspectivas para 1986, por ANTONIO BERMÚDEZ PAREDES.

La Ley 20/1984, de 14 de mayo, básica de residuos tóxicos y peligrosos, y la Directiva del Consejo de la CE de 20 de marzo de 1978 (68/3319/CEE), por FERNANDO FUENTES BODELÓN.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Medidas de efecto equivalente: ayudas financieras para la compra de vehículos de producción nacional, por JOSÉ MARÍA CURTO DE LA MANO.

Fijación de tarifas de aviación. Aplicabilidad de las reglas de competencia del Tratado de la CEE, por RAÚL DE ELÍAS-OSTÚA.

Seguridad Social. Aplicación de una regla anticúmulo nacional, por MARÍA LIDÓN NEBOT LOZANO.

CRONICA PARLAMENTARIA

Dictamen provisional elaborado en nombre de la Comisión de Presupuestos sobre la financiación futura de la Comunidad Europea. Ponente: Señor don ENRIQUE BARÓN CRESPO.

REVISTA NOTICIAS CEE

Número 24 (Enero 1987)

ESTUDIOS Y NOTAS

1. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACION

La profesión de abogado en la Comunidad Europea, por LUCIANO BERROCAL y FRANCISCO ESTELA.

La política comunitaria de turismo, por MARGARITA GONZÁLEZ LIEBMANN.

La reciente propuesta de Directiva del Consejo sobre la Radiotelevisión Europea, por JOSÉ MARÍA DESANTES GUANTER.

Tratamiento del cooperativismo en las instituciones de la Comunidad Económica Europea, por SEBASTIÁN REYNA FERNÁNDEZ

Notas sobre el reglamento de entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de Estados miembros de las Comunidades Europeas, por MANUEL TARFO BERJANO.

2. FISCALIDAD

España y la armonización de los derechos de accisa en los diez países de la Comunidad Económica Europea, por CARLOS SALGADO PEÑARRONDA.

En torno a las propuestas de Directivas fiscales de la Comunidad Económica Europea sobre la cooperación transaccional de empresas, por GERT SASS.

3. PRESUPUESTO

El procedimiento presupuestario de concertación en la Comunidad Económica Europea, por LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO.

España y las Comunidades Europeas: el reflejo de la integración en la Ley de Presupuestos para 1987, por FERNANDO DE LA HUCHA CELADOR.

El presupuesto comunitario para 1987. Historia de una crisis. La posición española, por JUAN PELEGRÍ GIRÓN.

El procedimiento de aprobación del presupuesto en la CEE. Las relaciones entre el Consejo y el Parlamento, por DOLORES RUFÍAN LIZANA.

La crisis interna de la Autoridad Presupuestaria: 1987 sin presupuesto, por JOSÉ ALBERTO ZARAGOZA ROMEAU.

4. DERECHO DE LA COMPETENCIA

Comentarios a la comunicación realizada con arreglo al apartado tercero del artículo 19 del Reglamento número 17 del Consejo relativa a la causa IV/31.055.—ENI-Montedison, por LUIS PASTOR RIDRUEJO.

Prácticas restrictivas de la competencia, por ALVARO MÉNDEZ BARRERA.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La prórroga de competencia —en favor de una parte— (Art. 17.3 del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968), por ALEGRÍA BORRÁS RODRÍGUEZ.

La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y el principio de igualdad de trato entre el hombre y la mujer, por MERCEDES PEDRAZ CALVO.

Impuesto municipal sobre las residencias no principales de los funcionarios de las Comunidades Europeas, por MERCEDES DE SOLÁ.



