

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXII , o Septiembre-Octubre 1986 o Núm. 576



CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad (Tercera parte)», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA.	1349
«La posición del rematante en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», por LUIS M. SELVA SÁNCHEZ	1411
«El derecho a la indemnización de daños y perjuicios en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios», por ADOLFO SEQUEIRA MARTÍN	1443

DICTAMENES Y NOTAS:

«Inscripción del derecho de opción. Aspecto sustantivo y aspecto registral», por JUAN PABLO RUANO BORRELLA	1471
--	------

ACTUALIDAD JURIDICA:

«Información legislativa y de actividades», por LA REDACCIÓN	1489
«Autonomía del Derecho Cooperativo», por SUSANA CAMBIASSO	1496

JURISPRUDENCIA:

I. Sentencia del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1515
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Registro Mercantil, por JOAQUÍN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ y FERNANDO CANALS BRAGE	1527
B) Registro de la Propiedad, por JUAN PABLO RUANO BORRELLA, MANUEL CASERO MEJÍAS, ALFONSO PRESA DE LA CUESTA y JULIO SOLER GARCÍA	1558
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1) Derechos Reales, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1601
2) Obligaciones y contratos, por FRANCISCO CASTRO LUCINI y RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ	1614
3) Arrendamientos, por RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ	1636
4) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1642
5) Procesal, por RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ	1652

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«El derecho a la intimidad en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978», de A. GARCÍA VITORIA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ ...	1665
«Derecho Administrativo I», de TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, ENRIQUE LINDE PANIAGUA y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ...	1667
«La revolución de 1854 en Madrid», de JOSÉ RAMÓN DE URQUIJO GOITIA, por MARIANO PESET ...	1671
«El Ateneo de Madrid (1885-1912)», de FRANCISCO VILLACORTA BAÑOS, por MARIANO PESET ...	1674
REVISTA DE REVISTAS ...	1679

ESTUDIOS



La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad

(Tercera parte)

Una vez estudiada la reparcelación y los efectos de la misma en las Partes Primera y Segunda de este estudio, publicadas en los números 565 y 567 de esta Revista, respectivamente, corresponde tratar en esta Tercera Parte la compensación y sus repercusiones registrales.

La diferencia fundamental entre la reparcelación y el sistema de compensación, aparte de que aquélla es una «operación urbanística» dentro de un determinado sistema y la compensación es un «sistema de actuación», consiste en que la reparcelación es una técnica que opera en el sistema de cooperación, en que la Administración actuante cobra un papel fundamental en el expediente y en la ejecución de la urbanización. En cambio, la compensación supone una intervención esencial de los propios interesados que son los que urbanizan y se constituyen en Junta de Compensación. Esta diferencia se manifiesta también, a efectos registrales, en la incidencia de la Junta en el Registro de la Propiedad, que lógicamente no se da en la reparcelación al no existir tal Junta en el sistema de cooperación en que ella actúa. A pesar de todo ello hay también una similitud entre los proyectos de reparcelación y de compensación, lo que explica la remisión que el Reglamento de Gestión Urbanística hace a la normativa de la reparcelación; no obstante lo cual hay una serie de especialidades de la compensación en relación con el Registro de la Propiedad que vamos a destacar a lo largo de este estudio.

IV. LA CONVENIENCIA DE APORTAR LA CERTIFICACION REGISTRAL AL EXPEDIENTE DE COMPENSACION

Una de las lagunas existentes en la regulación del sistema de compensación es la de no haberse previsto en ningún precepto la aportación inicial de las correspondientes certificaciones registrales en el expediente de compensación, a diferencia de lo que ocurre con la regulación de la reparcelación. Lo curioso es que en la compensación es más necesaria todavía, si cabe, la constancia del contenido del Registro de la Propiedad, pues la mejor forma de acreditar el porcentaje del 60 por 100 de la propiedad de los terrenos es precisamente la certificación registral. Además, existen toda una serie de notificaciones que han de hacerse en los trámites iniciales del expediente a los propietarios afectados, siendo la prueba más idónea la referida certificación. Por estas razones, y también para evitar que, al término del expediente administrativo, la falta de tracto sucesivo registral repercuta sobre la inscripción de las adjudicaciones realizadas en la compensación, es por lo que debe aportarse ya inicialmente al expediente la correspondiente certificación o certificaciones de titularidad y de cargas.

Hay que reconocer que en la práctica así se suele hacer en la mayor parte de los casos. La expedición de esas certificaciones no está previsto que den lugar a la práctica de ninguna nota marginal, a diferencia de lo que ocurre en el expediente de reparcelación, según resulta del artículo 102 del Reglamento de Gestión. Es en un momento ulterior, cuando ya se ha constituido la Junta de Compensación, cuando el legislador ha previsto la correspondiente nota marginal acreditativa de la existencia del expediente de compensación. Es, precisamente, la nota marginal del artículo 169 del Reglamento de Gestión, de la que después me ocuparé.

V. LA EXISTENCIA DE PROPIETARIOS NO INCORPORADOS A LA JUNTA DE COMPENSACION Y EL PROBLEMA REGISTRAL QUE ELLO PLANTEA

La Ley del Suelo, al regular el sistema de compensación, parte de un porcentaje del 60 por 100 de la superficie total del terreno como requisito para que los propietarios de ese porcentaje soliciten la constitución de la Junta de Compensación. A ese porcentaje alude el artículo 119, 3. Y el artículo 126, 2, establece que «los propietarios que representen al menos el 60 por 100 de la superficie total del polígono o

unidad de actuación presentarán a la Administración actuante los correspondientes proyectos de Bases y Estatutos. Con anterioridad a la resolución que se adopte se dará audiencia a los demás propietarios».

Pero como el sistema de compensación significa que son los propietarios mismos los encargados de la urbanización a través de la Junta de Compensación, la Ley no impone que se forme parte de la Junta si no se desea formar parte de ella.

Entonces, para evitar que por oposición de unos pocos o por su simple actitud pasiva de silencio se desvirtúe el sistema, la Ley prevé una institución complementaria: la expropiación de los terrenos de los que no entren a formar parte de la Junta de Compensación. Así el artículo 127, 1, de la Ley del Suelo establece lo siguiente: «Los propietarios del polígono o unidad de actuación que no hubieren solicitado el sistema podrán incorporarse con igualdad de derechos y obligaciones a la Junta de Compensación, si no lo hubieran hecho en un momento anterior, dentro del plazo de un mes a partir de la notificación del acuerdo de aprobación de los Estatutos de la Junta. Si no lo hicieran, sus fincas serán expropiadas en favor de la Junta de Compensación, que tendrá la condición jurídica de beneficiaria».

Por su parte, el artículo 168 del Reglamento de Gestión Urbanística dice en su número 2 que «los terrenos propiedad de quienes no se hubieren incorporado a la Junta serán expropiados, atribuyéndose a ésta el carácter de beneficiaria de la expropiación».

Por tanto, la Ley regula la incorporación de los propietarios a la Junta de Compensación y la expropiación de los terrenos de los que no se hayan incorporado a la Junta, siendo ésta beneficiaria de la expropiación.

Hay que tener en cuenta que la legislación ofrece varias oportunidades a los propietarios para que integren la Junta de Compensación, evitando en lo posible esa medida extrema de la expropiación. Así, el artículo 159, 2, del Reglamento de Gestión, después de prever la solicitud del 60 por 100 de propietarios en cuanto a la superficie de los terrenos, regula su traslado, mediante notificación personal o individualizada, al resto de los propietarios con derecho a formar parte de la Junta de Compensación, concediéndoles un plazo no inferior a quince días para que puedan formular las alegaciones que a su derecho convengan.

Segunda oportunidad: en el artículo 161. 3. de dicho Reglamento, al prever que el acuerdo de aprobación inicial de la constitución de la Junta, que se publicará en el *Boletín Oficial* de la provincia, se notificará además individualizadamente a todos los propietarios «afectados» por el sistema de actuación para que durante quince días puedan formu-

lar las alegaciones que a sus derechos convengan y, en su caso, solicitar su incorporación a la Junta (art. 162, 1).

Tercera oportunidad: notificación del acuerdo de aprobación definitiva, según resulta del artículo 162, 5, del Reglamento de Gestión: «En la notificación del acuerdo de aprobación definitiva se requerirá a quienes sean propietarios afectados, en los términos del número 3 anterior, y no hubieren solicitado su incorporación a la Junta, para que así lo efectúen, si lo desean, en el plazo de un mes, contado desde la notificación, con la advertencia de expropiación prevista en el artículo 127, 1, de la Ley del Suelo».

Una vez constituida la Junta de Compensación en escritura pública cabe todavía una cuarta oportunidad a través del sistema de «adhesión» a la misma, pues el artículo 163, 5, del Reglamento establece: «Los propietarios o interesados que no otorguen la escritura podrán consentir su incorporación en escritura de adhesión dentro del plazo que al efecto se señale».

Se dan, pues, hasta cuatro oportunidades a los interesados para que se incorporen a la Junta; pero si voluntariamente no lo hacen, sólo cabe la expropiación de sus terrenos, de la que será beneficiaria la propia Junta de Compensación, con lo que a través de ese mecanismo se consigue que todos los terrenos y sus titularidades estén dentro de la Junta.

El problema registral que se ha planteado a veces en la práctica, dada la multiplicidad de propietarios que suele haber cuando se aplica el sistema de compensación, es que no todos ellos quieran formar parte de la Junta de Compensación, e incluso que haya pasividad absoluta en este sentido. Y a ello se suele unir que la Junta no dispone del dinero suficiente para instar la correspondiente expropiación de los terrenos, que es preceptiva según Ley, con lo que ésta se suele retrasar. Incluso, aun disponiéndose de dinero, las expropiaciones necesitan un expediente que, al ser necesarias unas garantías, exige también toda una serie de trámites, que pueden ser mucho más lentos que los del propio expediente de compensación, y en tal caso se puede llegar al final de la compensación sin que o bien no esté ni siquiera iniciada la expropiación de los terrenos de los que no se han incorporado a la Junta, o bien que, aun estando iniciada, no está terminada en ese momento, ni, por tanto, puede la Junta disponer todavía de tales terrenos.

El dilema que entonces se plantea al Registrador, cuando llega el acuerdo aprobatorio de la compensación sin incluir los terrenos de los que han de ser expropiados, o incluyéndolos en el documento indebidamente, es si debe o no practicar la inscripción, y caso de entender que debe practicarla, cómo hacerlo para que queden respetados los derechos

de los propietarios que no se han incorporado a la Junta de Compensación.

Tengo que adelantar mi opinión de que no cabe practicar la inscripción del acuerdo de compensación en ninguno de esos términos. Ha de constar no sólo la adjudicación de los terrenos de los que se han incorporado a la Junta, sino también la expropiación de los que no se han incorporado a ella. No cabe inscribir la compensación ni siquiera parcialmente.

Es cierto que en la práctica se ha planteado a veces la posibilidad de inscribir el documento de compensación respecto a las fincas correspondientes a la parte de terreno de los que se han incorporado a la Junta, respetando el terreno de los que están pendientes de expropiación. Claro que para ello hay que hacer toda una serie de equilibrios no sólo de tipo jurídico-argumentativo, como ahora veremos, sino incluso de tipo descriptivo, pues para controlar debidamente esta situación no cabe duda de que habría que contristar los planos de las fincas antiguas y de las nuevas fincas, inscribiendo sólo éstas en tanto en cuanto radiquen en una zona en que no estén ubicadas las fincas susceptibles de expropiación. Los equilibrios aumentan si se produce alguna nueva finca a caballo. Todavía cabría intentar superar el obstáculo con la siguiente fórmula: «queda inscrita esta finca con la superficie de... y pendiente de inscripción en cuanto a la superficie de... que ha de ser expropiada».

Todo esto no es convincente a la vista de la legislación vigente, que ha de ser respetada, atendiendo a todos los intereses en juego.

En primer lugar, está el artículo 117 de la Ley del Suelo, del que resulta que no se puede fraccionar artificiosamente el polígono o unidad de actuación, pues dice que «la ejecución de los Planes y de los Programas de Actuación Urbanística se realizará por polígonos completos, salvo cuando se trate de ejecutar directamente los sistemas generales o alguno de sus elementos o de realizar actuaciones aisladas en suelo urbano». Como no estamos aquí ante este supuesto de excepción hay que aplicar la regla general que parte de la unidad del polígono o unidad de actuación. Naturalmente que la ejecución simultánea no siempre es posible, pero al menos no puede partirse de la paralización de una determinada zona, cuando la Ley misma ordena lo que ha de hacerse en estos casos, que es la expropiación de los terrenos, sin que pueda demorarse su iniciación.

Es, por tanto, el propio interés público, que exige la urbanización del polígono completo, el que está en juego, lo que es incompatible con fórmulas que presten complicidad a una actuación retardadora de la expropiación. Y no basta que se den más o menos garantías a la Admi-

nistración actuante en el sentido de que la expropiación se llevará a efecto, pues lo que la Ley exige es que «se realice» y no que se den garantías de que «se realizará».

En segundo lugar hay que tener en cuenta que la «expropiación» regulada en estos artículos tiene una naturaleza muy especial, íntimamente conectada con el sistema de compensación. Es parte del sistema mismo. No es una actuación aislada, sino que es una medida auxiliar o coadyuvante del sistema, y que tiene la lógica de que la Junta de Compensación ha de comprender la totalidad de los terrenos, pues son los propietarios los encargados de la urbanización y ejecución del sistema a través de la Junta, sólo cabiendo dos sistemas para integrarse en ella: la incorporación voluntaria, fuertemente estimulada a través de las notificaciones y varias oportunidades que se dan al efecto; y la incorporación como consecuencia de la sustitución de la voluntad, que por razones de constitucionalidad sólo cabe a través del mecanismo de la expropiación forzosa con todas sus garantías. Pero en definitiva se trata de una forma de incorporación a la Junta de Compensación de los terrenos en cuestión. Una y otra incorporación persiguen el mismo objetivo, y no cabe separar unos terrenos de otros, como si se hubieran producido dos sistemas de actuación diferentes. Aquí la expropiación no es un sistema de actuación ni implica una actuación aislada. Es un caso especial de expropiación urbanística integrada en el sistema de compensación y configurada para fundamentar, justificar y coadyuvar a éste, dentro de su propia lógica de actuación completa dentro del polígono o unidad y de necesidad de incorporación de las titularidades de los terrenos dentro del sistema.

No estamos, pues, ante una «expropiación-sanción», como ocurre en otros supuestos diferentes. Aquí no hay ninguna sanción. Es una «expropiación derivada de una obligación, pero también de un derecho del particular. La «obligación» que podría verse en estos casos es que se debe colaborar con el interés público urbanístico que exige que se lleve a cabo la ejecución a través de un determinado sistema de actuación, que en este caso es el de compensación. Claro que, por la repetida lógica del sistema, a nadie se le puede obligar a que forme parte de la Junta contra su voluntad, y entonces aparece como única alternativa, si se quiere salvar el sistema, acudir a la expropiación coadyuvante. Pero, al mismo tiempo, se trata de una «expropiación-derecho», en el sentido de que los propietarios que no se incorporan a la Junta de Compensación por actitud pasiva o porque no quieren «tienen derecho» a que se les expropie y se les pague el correspondiente justiprecio y a que este derecho no se retrase en su ejercicio.

En los supuestos de «expropiación-sanción» la legislación utiliza unos términos menos concluyentes, pues se suele decir que «podrá dar lugar» a la expropiación. Es una *posibilidad* que tiene la Administración ante quien incumple determinadas obligaciones. Es precisamente el caso del artículo 130, 3, de la Ley del Suelo, que dice que «el incumplimiento por los miembros de la Junta de las obligaciones y cargas impuestas por la presente Ley habilitará a la Administración actuante para expropiar sus respectivos derechos en favor de la Junta de Compensación, que tendrá la condición jurídica de beneficiaria». El artículo 181, 1, del Reglamento de Gestión, al desarrollar este precepto, alude igualmente a la expropiación como «facultad» de la Administración: «habilitará a la Administración actuante». Por otro lado, según el artículo 183 del Reglamento, en caso de incumplimiento de obligaciones por parte de la Junta de Compensación misma, la Administración puede acudir a la expropiación o a la reparcelación, es decir, no necesariamente a la expropiación.

El artículo 195 del Reglamento se refiere también a un supuesto de «expropiación-sanción», utilizando el «podrá dar lugar», pues dice: «El incumplimiento de las cargas y obligaciones de los propietarios en los sistemas de compensación y cooperación, en los supuestos previstos en este Reglamento, *podrá dar lugar* a la aplicación de la expropiación forzosa, en los términos que se establecen en el mismo».

Pero hay que insistir que en el presente caso no estamos ante una «expropiación-sanción», pues no hay nada que sancionar, ya que es la propia Ley la que habla de incorporarse a la Junta, «si así se desea», con lo que la «expropiación» aparece como «carga» y no como «sanción». Y al mismo tiempo aparece como «derecho», según hemos visto. No se olvide que el artículo 127, 1, de la Ley del Suelo utiliza unos términos imperativos al decir que «sus fincas *serán expropiadas*».

Por otra parte, está también el interés de los demás propietarios individuales que se han incorporado a la Junta de Compensación y que, aparte de integrar esa entidad, tienen derecho a que sus porcentajes en los gastos y cargas del sistema se calculen en relación con la totalidad del polígono y con inclusión de todas las superficies del polígono en la proporción correspondiente. En fin, los terrenos destinados a sistemas generales no pueden quedar paralizados en cuanto a su urbanización, retrasando la iniciación de la expropiación.

A efectos registrales es competencia del Registrador calificar esta cuestión, pues se trata de un requisito imperativo marcado por la propia Ley, al consignar el carácter imperativo de la expropiación. Además, el artículo 172 del Reglamento de Gestión se plantea desde una perspec-

tiva de polígono o unidad de actuación completa, pues no hace ninguna exclusión respecto a las fincas antiguas y a las fincas resultantes. Incluso se alude a la «localización de los terrenos de cesión obligatoria y de las reservas que establezca el plan», sin excluir, ni mucho menos, la parte correspondiente a la zona que ha de ser expropiada. También alude a las «superficies o parcelas que la propia Junta se reserve». Es decir, se plantea como proyecto de compensación sobre *la totalidad* de los terrenos, sin exclusiones. En el sistema antiguo del Reglamento de Reparcelaciones en el que se preveía una previa inscripción de agrupación hubiera quedado todavía más claro que esa agrupación exigía la expropiación, pues mal se hubiera podido inscribir la titularidad sobre la agrupación, sin previa expropiación. Ahora es cierto que el sistema ha cambiado, pero sólo desde el punto de vista formal, en el sentido de que ya no se prevé esa inscripción intermedia de «agrupación» como trámite necesario; pero, aparte de que todavía cabe en la compensación esa modalidad de agrupación en ciertos supuestos, según veremos, lo que es evidente es que, en relación con los asientos registrales, el cambio es solamente formal. No se permite la inscripción de algunas fincas y no de otras. No hay aquí una actuación del principio de rogación. El título inscribible forma un todo y no puede un interesado solicitar la no inscripción de su finca. El artículo 174, 4, del Reglamento de Gestión dice que «la inscripción del acuerdo en el Registro de la Propiedad se llevará a efecto de conformidad con lo establecido en el artículo 114 de este Reglamento». Y en el artículo 114, en relación con el 113, se comprueba que la inscripción es obligatoria, pues el número 2 del artículo 113 dice que «*será inscrito* (el documento) en el Registro de la Propiedad». Y todo el artículo 113 revela que se contempla el título inscribible como completo sin exclusiones de ninguna finca del polígono o unidad de actuación. A ello mismo conduce el artículo 77, 1, en relación con la unidad reparcelable, cuando dice que la «reparcelación se extiende a todos los terrenos comprendidos en el polígono o unidad de actuación...». Y también el artículo 97 al decir que «toda la superficie que, con arreglo al plan, sea susceptible de propiedad privada, aunque no sea edificable, deberá ser objeto de adjudicación en el acuerdo de reparcelación».

Una vez defendida la opinión de que la expropiación coadyuvante con la compensación es requisito necesario para que se pueda practicar la inscripción de la compensación —única posibilidad de acuerdo con la Ley y con todos los intereses, públicos y privados, en juego—, cabría plantear si lo que es necesario en el momento de calificación registral del documento de compensación por el Registrador es que conste ulti-

mada la expropiación y adjudicadas las fincas a la Junta o a los particulares, o bien si basta que conste que se ha cumplido la exigencia legal de *haberse iniciado* la expropiación de tales terrenos.

Desde nuestra perspectiva argumentativa no cabe duda de que nos hemos situado en la postura de exigir que esté terminada la expropiación y no sólo comenzada, y no sólo eso, sino que debe constar la titularidad de las fincas expropiadas en el propio proyecto de compensación, que puede ser adjudicadas a los titulares incorporados a la Junta de Compensación, teniendo en cuenta sus derechos en ella, o a la propia Junta con destino a su venta o a una ulterior adjudicación.

Ahora bien, también cabría mantener que basta que conste la *iniciación* del expediente de expropiación, manteniendo entonces la situación de esas fincas a modo de titularidad transitoria en espera de que se ultimen los trámites correspondientes. No cabe duda de que si se opta por esta segunda solución se participa en cierta medida de la opinión de los que son partidarios de la inscripción parcial de la compensación, pero al menos se reconocerá que, incluso desde esta segunda perspectiva, hay una diferencia cualitativa importante en relación con aquella otra tesis, pues hay una garantía absoluta, no de que «se expropiará», sino de que «se ha iniciado ya la expropiación como procedimiento irreversible», lo que es una garantía absoluta de legalidad muy a tener en cuenta.

Por razones de técnica jurídica me inclino de todos modos por la primera solución, aunque quizá por razones prácticas y sin haber eludido la legalidad también cabría mantener la segunda solución.

VI. LA JUNTA DE COMPENSACION EN RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Salvo en el caso de que exista propietario único de los terrenos o que todos ellos perteneciesen a una comunidad *pro indiviso* y no existiere oposición por parte de ninguno de los condueños, en los demás casos aparece como pieza clave esencial del sistema de compensación la Junta de Compensación.

Al propio tiempo, la Junta es una entidad esencial a efectos registrales por estas tres consideraciones, entre otras posibles:

1.^a Porque la Junta puede ser «titular registral de bienes inmuebles» «con titularidad fiduciaria». Así, cuando se transmiten a ella los inmuebles por los propietarios, de acuerdo con la previsión de los Estatutos en tal sentido. El artículo 129, 1, de la Ley del Suelo señala esta

posibilidad. En estos casos la Junta tiene una «titularidad fiduciaria» para cumplir los fines del sistema de compensación, pero una titularidad que aparece como tal en los libros del Registro, al existir transmisión de los terrenos a la misma.

También cabe que se reserven bienes en el proyecto de compensación para enajenarlos directamente y así sufragar los gastos previstos para la urbanización [art. 172, d), del Reglamento de Gestión].

2.^a Porque, aun no siendo titular registral de los bienes, al no estar prevista la transmisión de los terrenos a la misma, la Junta tiene en todo caso, por Ley, una «actuación o facultad fiduciaria» sobre los terrenos de los miembros de la Junta, incluidos en el polígono o unidad de actuación. Obsérvese que ahora hablamos de «facultad» y no de «titularidad», como en el caso anterior, y luego lo explicaremos. El ejercicio de esa «facultad fiduciaria», que no «titularidad», también puede importar mucho a efectos registrales, en relación con una serie de actos jurídicos concretos, como, por ejemplo, la constitución de hipotecas u ocupación de terrenos sobre fincas de sus miembros, a que se refieren, respectivamente, los números 2 y 4 del artículo 174 del Reglamento de Gestión.

Además, en virtud de esa «facultad fiduciaria», se justifica toda la actuación urbanizadora de la Junta de Compensación y la consiguiente posibilidad de reclamar cuotas a los propietarios con la garantía de la afección de los terrenos. Por otra parte, es la propia Junta o el propietario único, en su caso, los que realizan el proyecto de compensación y las adjudicaciones, sin perjuicio de la necesaria aprobación por parte del Órgano administrativo actuante.

3.^a También interesa la Junta a efectos registrales, porque puede tener actuaciones sobre los terrenos de los propietarios del polígono o unidad de actuación. Así, aunque no puede ocupar ni disponer de los terrenos de los propietarios no incorporados a ella, puesto que, según hemos dicho, están pendientes de expropiación, ella debe instar la expropiación forzosa que ha de realizar la Administración actuante, pero en todo caso la Junta será la beneficiaria y consiguiente titular registral, en su día, de esos terrenos, sin perjuicio de las ulteriores operaciones que pueda realizar sobre ellos. En cuanto a los propietarios incorporados a la Junta, ésta puede instar anotaciones de embargo por deudas de dichos propietarios a la Junta, y en tal caso será acreedora posible titular de anotaciones de embargo.

Todo esto explica la necesidad de hacer unas consideraciones sobre la Junta de Compensación en sucesivos apartados.

Naturaleza de la Junta de Compensación

El artículo 127, 3, de la Ley del Suelo establece que «la Junta de Compensación tendrá naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines». Por su parte, el artículo 26, 1, del Reglamento de Gestión Urbanística, refiriéndose a las Entidades urbanísticas colaboradoras en general y no sólo a la Junta de Compensación, establece que «tendrán carácter administrativo y dependerán en este orden de la Administración urbanística actuante».

Con esta configuración claramente «administrativa» de la Junta de Compensación parece que se resuelve legalmente la disputa doctrinal existente entre los autores que defendían su carácter público («persona jurídica pública» califica CARCELLER a la Junta) y los que apuntan al mayor fondo privado de la Junta (así, por ejemplo, CAYETANO UTRERA RAVASSA).

En realidad, no se puede desconocer que existe una definición o concepción legal del «carácter administrativo» de la Junta de Compensación. Pero ello no significa que con tal carácter administrativo no puedan coexistir, cohabitar, convivir una serie de aspectos privatísticos de la Junta de Compensación que permiten calificarlas de «entes de naturaleza especial o mixta», con fuerte configuración administrativa, pero sin excluir aditamentos del Derecho privado.

Ello no es más que una consecuencia de la doble incidencia, pública y privada, del Urbanismo, y en concreto del sistema de compensación, en el que, por un lado, está el interés público urbanístico, que exige cumplir las obligaciones derivadas del plan por encima de intereses privados; y por otro lado, está el interés de los propietarios de los terrenos, que no puede ser minimizado ni olvidado, pues son esos mismos propietarios afectados los que llevan a cabo la ejecución del sistema y la urbanización de los terrenos a través de la Junta de Compensación, bajo la supervisión de la Administración actuante.

Desde esta perspectiva no cabe duda de que la definición del carácter administrativo sujeta a la Junta a la dependencia de la Administración actuante, como dice el artículo 26, 1, del Reglamento de Gestión. Pero no excluye las incidencias de Derecho privado, consustanciales a la propiedad de los terrenos, de los que son titulares los miembros de la Junta de Compensación.

Así, la configuración legal «administrativa» no puede excluir las incidencias del Derecho privado en la Junta de Compensación y cierto carácter híbrido de la misma por las dos razones siguientes: 1.^a Porque

la mera configuración «administrativa» es una declaración legal de «efectos positivos» (o sea, dice eso mismo, que la Junta tiene naturaleza administrativa), pero no es una declaración al mismo tiempo negativa o excluyente (no tiene por qué referirse a lo «que no es» la Junta). Y es que en Derecho no suele haber «blancos y negros» como conceptos contrapuestos. 2.^a Porque, en cualquier caso, como ya decía JAVOLENO, *omnis definitio, periculosa est*. La definición legal ha de interpretarse con prudencia, en sus justos límites, sin dar lugar a exclusiones de otros caracteres, pues en Derecho la definición de una figura jurídica o de una institución se obtiene no de un solo artículo (el de la definición), sino del conjunto de la reglamentación, por imperativo de la interpretación sistemática, y en este caso de la reglamentación conjunta de la Junta de Compensación se deduce que, junto al esencial aspecto administrativo, confluyen otros aditamentos de Derecho privado de especial interés.

El aspecto *público-administrativo* de la Junta de Compensación se manifiesta, evidentemente, no sólo en la definición legal del artículo 127, 3, de la Ley del Suelo, sino en la dependencia respecto a la Administración actuante, en el procedimiento administrativo que incide en su constitución y en la aprobación de sus Estatutos y Bases; en la personalidad jurídica de la Junta a partir de la inscripción de la misma en un Registro Administrativo; en la concesión de recursos de alzada (recursos administrativos) contra los acuerdos de la Junta ante la Administración actuante; en la aprobación por el órgano actuante del proyecto de compensación; en la expedición del título inscribible por parte de dicho órgano administrativo; en la posibilidad de instar la Junta de Compensación la vía de apremio e incluso la expropiación forzosa como beneficiaria respecto a propiedades del polígono o unidad de actuación, etcétera.

En cambio, el aspecto de Derecho privado en la Junta de Compensación se manifiesta en la voluntariedad de constitución de la misma por parte de los propietarios afectados, que pueden formar parte de ella o no, según vimos; en el correlativo requisito del otorgamiento de escritura pública para su constitución; en los acuerdos de sus miembros; en la participación de ellos en los Estatutos y Bases; en la formación del proyecto de compensación; en el efecto civil de subrogación real como institución básica para definir las nuevas propiedades; en los requisitos de capacidad para formar parte de la Junta de Compensación, etcétera.

Esta doble incidencia de aspectos públicos y privados permite concluir que se trata de una figura de naturaleza híbrida «jurídico-adminis-

trativa», en la que la calificación legal de «administrativa» no tiene por qué hacer olvidar los aspectos de Derecho privado de la misma.

Estas ideas nos permitirán centrar las intervenciones de la Administración en relación con el aspecto exclusivamente administrativo y no en relación con requisitos y aspectos de Derecho privado, que han de quedar fuera de su competencia y ámbito de actuación.

La personalidad jurídica de las Juntas de Compensación

Hemos visto ya cómo el artículo 127, 3, de la Ley del Suelo atribuye «personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines» a la Junta de Compensación.

En relación con ello y con la naturaleza administrativa asignada a la Junta de Compensación, el artículo 26, 2, del Reglamento de Gestión establece lo siguiente:

«La personalidad jurídica de las Entidades urbanísticas colaboradoras se entenderá adquirida a partir del momento de su inscripción en el correspondiente Registro».

Por su parte, el artículo 27, 2, del mismo Reglamento dice que «el acuerdo aprobatorio de la constitución (de estas Entidades) se inscribirá en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras que se llevará en las respectivas Comisiones Provinciales de Urbanismo, donde asimismo se archivará un ejemplar de los Estatutos de la Entidad autorizado por funcionario competente». Seguidamente en los números 3 y 4 del mismo artículo se dice lo siguiente: «3. Los nombramientos y ceses de las personas encargadas del gobierno y administración de la Entidad se inscribirán también en dicho Registro». «4. La modificación de los Estatutos requerirá aprobación de la Administración urbanística actuante. Los acuerdos respectivos, con el contenido de la modificación, en su caso, habrán de constar en el Registro».

La significación de este «Registro Administrativo» exige hacer una serie de consideraciones para diferenciar claramente los Registros Administrativos de los llamados Registros Jurídicos o sustantivos, que tienen efectos muy diferentes. Al mismo tiempo conviene centrar la función del Registro Administrativo sobre las Juntas de Compensación en el aspecto administrativo de éstas (es decir, en relación con su «naturaleza administrativa», a la que aluden los arts. 127, 3, de la Ley del Suelo y 26, 1, del Reglamento de Gestión, antes estudiados), sin posibilidad de extenderla a los aspectos privados o privatísticos de las Juntas de Compensación. La cuestión tiene, si cabe, mayor importancia teniendo

en cuenta que las Comunidades Autónomas han asumido o van asumiendo, según los casos, las funciones de estos Registros Administrativos, sin que puedan asumir competencias de Derecho privado propias de los «Registros Jurídicos», que por imperativo constitucional corresponde organizar al Estado.

Los Registros Administrativos nada tienen que ver con los llamados Registros Jurídicos o de Derecho Privado (Civil, Mercantil y de la Propiedad, fundamentalmente), aunque a veces se haya intentado hacer algún paralelismo superficial y artificial entre los mismos. La diferencia esencial entre Registros Jurídicos y Registros Administrativos es que los asientos practicados en aquéllos producen presunción de validez y exactitud y están bajo la salvaguardia de los Tribunales; y como consecuencia de esa idea fundamental están todos los llamados «principios hipotecarios», que son de imposible traslado, por razones de esencia, a los Registros Administrativos.

Los Registros Administrativos, organizados y sometidos al principio de jerarquía administrativa, nada tienen que ver con los derechos subjetivos privados de las personas ni con el Derecho civil, sino que tienen como finalidad las clásicas funciones administrativas de «inspección, fomento y control» respecto a «situaciones jurídicas exclusivamente administrativas». Por ello, sus asientos no están bajo la salvaguardia de los Tribunales, porque sus actuaciones y efectos son exclusivamente administrativos. Dichos Registros se refieren únicamente al aspecto administrativo, a calificaciones procedimentales, al aspecto de interés público del Urbanismo, a los requisitos de tipo urbanístico.

Cualquier extralimitación de este ámbito y efectos va contra la naturaleza del Registro Administrativo, y concretamente, aparte de los confusionismos conceptuales de fondo, puede llegar a producir inconstitucionalidad si las Comunidades Autónomas organizaran las competencias y contenidos de dichos Registros más allá del ámbito administrativo y urbanístico que les es propio.

Respecto a las Juntas de Compensación, si la Ley del Suelo parte de su «naturaleza administrativa» y de su dependencia de la Administración, es lógico que el Registro sea «Administrativo». Ahora bien, si por interpretación conjunta de los diferentes preceptos se llega a la conclusión, como hemos hecho antes, de que existen también aspectos «no administrativos» en las Juntas de Compensación, esos otros aspectos no participan de la «naturaleza administrativa» y, en consecuencia, han de quedar fuera del ámbito y efectos del Registro Administrativo.

Esta precisión o puntualización es todavía más necesaria en este caso en que, a través de un Registro Administrativo como el que nos ocupa,

se llega a obtener la personalidad jurídica de las Juntas de Compensación, con lo que hay una cierta incidencia «jurídica» en ellas que no aparece en otros Registros Administrativos. Pero, aparte de que como requisito imprescindible de la constitución está también la «escritura pública» en la que participan los propietarios de los terrenos, hay que insistir en que la personalidad jurídica resultante de la inscripción en el Registro Administrativo va íntimamente relacionada con la «naturaleza administrativa» de la Junta de Compensación y no con otros aspectos de Derecho Privado que no pueden quedar cubiertos por el citado Registro.

Hay autores que vienen haciendo una serie de puntualizaciones sobre este Registro en una línea parecida a la que ahora estoy apuntando.

Así, JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ (*Derecho Urbanístico*, tomo I, página 559) dice lo siguiente: «Conviene, sin embargo, precisar la diferencia existente entre el nacimiento de la personalidad jurídica y la aprobación de su creación. Aquella se produce por el acto de publicidad de su creación, que tiene evidentemente carácter constitutivo, porque aunque esté creada, si no se inscribe, no tiene personalidad. Sin embargo, el órgano administrativo que dispone la inscripción carece de facultades de calificación, ya que ni el ordenamiento jurídico se las da ni podría fiscalizar por la vía de la inscripción el acto administrativo de aprobación concedido. Se trata por ello de un Registro meramente administrativo que se limita a dar publicidad a lo aprobado por los órganos creadores de la Entidad, aunque con la consecuencia fundamental de determinar el origen de la personalidad. Difiere así claramente, por ejemplo —continúa LASO— del Registro Mercantil, que también determina el nacimiento de la personalidad jurídica de las Sociedades, pero en el que el Registrador califica por mandato legal la validez del acto realizado *inter privatos*. No obstante, respecto a actos posteriores a la constitución, LASO admite facultades de control de la legalidad por parte de ese Registro Administrativo, al menos en cuanto al cumplimiento de requisitos extrínsecos, como convocatorias, celebración, etc.» Pero entonces, añado yo ahora en relación con lo dicho anteriormente, sus asientos no están bajo la salvaguardia de los Tribunales, a diferencia de los asientos de los Registros de Derecho privado.

CAYETANO UTRERA RAVASSA opina que ese Registro de las Entidades Urbanísticas es de «carácter administrativo» y «que la inscripción no es más que la publicación» de un acto válido, sin agregar ni un ápice de nuevas esencias al acto en sí, es decir, no hay «publicidad material» con afirmación del contenido del Registro frente a la realidad jurídica extrarregistral, «hay sencillamente la 'publicación formal' de la

existencia de la Junta de Compensación» (en *Revista de Derecho Notarial*, núms. 109-110, julio-diciembre 1980, pág. 188).

GONZÁLEZ PÉREZ entiende que, pese a la solemne declaración del carácter administrativo, «subsisten parte de las cuestiones planteadas por estas entidades de naturaleza híbrida, respecto de las que el Reglamento de Reparcelaciones (art. 39, 3) preveía su inscripción en el Registro Mercantil» (*Comentarios a la Ley del Suelo*, tomo I, pág. 926).

Efectivamente, el Reglamento de Reparcelaciones de 1966, sólo ya vigente en muy limitados aspectos, según he tratado de demostrar en la primera parte de estos Estudios, preveía la inscripción en el Registro Mercantil de estas Entidades urbanísticas. Claro es que actualmente la regulación de estas Entidades está prevista en el Reglamento de Gestión Urbanística y no en el Reglamento de Reparcelaciones. No obstante, a través de otra vía, la que proporciona el artículo 16, 5, del Código de Comercio, puede llegarse a una conclusión semejante a la del Reglamento de Reparcelaciones, pues en dicho precepto se permite la inscripción en el Registro Mercantil de «cualesquiera personas o entidades naturales o jurídicas, públicas o privadas, aunque no se dediquen habitualmente al comercio, cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción según las leyes o reglamentos». De todos modos subsiste un problema y es el de la interpretación que ha de darse a la frase «realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción según las leyes o reglamentos», pues cabe discutir si se trata de «sujetos a inscripción en el Registro Mercantil», en cuyo caso no cabría aplicarlo a las Juntas de Compensación, o bien «sujetos a inscripción en cualquier Registro», en cuyo caso sí cabría aplicarlo a las Juntas de Compensación al ser sus actos y bienes susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad. Otra posibilidad sería publicar la constitución de la Junta de Compensación no sólo en el Registro Administrativo, a los efectos «administrativos», sino también en el Registro de la Propiedad, a través de la nota marginal del artículo 169 del Reglamento de Gestión, o de la inscripción de los bienes de la Junta, a los efectos «jurídico-civiles».

Con estas soluciones alternativas tendríamos cubiertos dos aspectos registrales: por un lado, la inscripción en el Registro Administrativo otorga la personalidad jurídica a la Entidad, en concordancia con el carácter administrativo asignado a la Junta de Compensación y con los aspectos público-urbanísticos de la misma, y, por otro lado, con la inscripción en el Registro Mercantil, al amparo de una interpretación amplia del artículo 16, 5, del Código de Comercio, o con la inscripción en el Registro de la Propiedad, en su caso, se podría cubrir presuntivamente la legalidad privatística y los aspectos de capacidad de los otorgantes,

con la consiguiente presunción de validez y exactitud registral de los asientos de estos Registros Jurídicos en el tráfico inmobiliario.

En sentido parecido al que se acaba de indicar, con referencia a las Entidades de conservación y con posible aplicación para la gestión de urbanizaciones privadas, CAYETANO UTRERA RAVASSA mantiene que la inscripción en el Registro Especial (el Administrativo) es insustituible, pero en este caso no es bastante. «Aquél —el Registro Administrativo— publicará su constitución formal, pero el negocio constitutivo en cuanto a capacidad de los otorgantes (representación legal o voluntaria), validez de los actos dispositivos y legalidad de las formas extrínsecas tiene que ser calificado por el encargado con *iuris dictio* de un Registro sustantivo». Y a tal efecto propone o bien la inscripción en el Registro de la Propiedad (al inscribir las fincas de la urbanización privada), o bien la inscripción en el Registro Mercantil al amparo del artículo 16, 5, del Código de Comercio (en trabajo publicado en el V Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Roma).

Es cierto que GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO han señalado que «el Registro Administrativo es el único que ha de reflejar, con carácter preceptivo, la vida y disolución de estas entidades» (*Lecciones de Derecho Urbanístico*, tomo II, pág. 68). Pero esta opinión no se opone en realidad a lo que aquí se mantiene, pues, efectivamente, desde el punto de vista del carácter preceptivo de la personalidad jurídica y de la naturaleza administrativa de las Juntas de Compensación, sólo es exigible la inscripción en el Registro Administrativo. Pero para cubrir en el tráfico jurídico la presunción de legalidad de los aspectos privados, no hay inconveniente en admitir, por vía voluntaria, la posible inscripción de las Juntas de Compensación en un Registro de carácter sustantivo. Así podrían quedar cubiertos todos los aspectos en el tráfico jurídico.

Mi planteamiento es, por tanto, el siguiente: Partiendo de la naturaleza administrativa que la Ley del Suelo asigna a la Junta de Compensación, la concesión de personalidad jurídica a ese ente administrativo a través de la inscripción en el Registro Administrativo es lógica, pero a condición de que sólo se refiera a esos aspectos de naturaleza administrativa. Y una vez apuntados y descubiertos una serie de aspectos de Derecho privado en las Juntas de Compensación (capacidad, legitimación, etc.), que pueden importar en la vida de esas entidades, la presunción de legalidad en el tráfico queda en el vacío, no cubierta por el Registro Administrativo, por imposibilidad lógica derivada de la esencia y finalidad de dicho Registro. Entonces, una de dos: o quedan esos aspectos de Derecho privado sin presunción de legalidad en el tráfico

jurídico extrajudicial, pendientes de ser contrastados en cada situación concreta sin más elementos de apreciación que los del caso, o bien la técnica jurídica utiliza para facilitar la seguridad en el tráfico privado aquellos Registros Jurídicos encargados de la calificación de situaciones de Derecho privado y con efectos de presunción de validez y exactitud extrajudicial respecto a terceros. Y si se utilizan a estos efectos estos Registros Jurídicos, cabe plantear o bien la inscripción en el Registro Mercantil, a través de una interpretación amplia del artículo 16, 5, del Código de Comercio, o bien la inscripción en el Registro de la Propiedad, con ocasión de la práctica de la nota marginal del artículo 169 del Reglamento de Gestión.

Todo lo dicho no debe oscurecer, de ninguna manera, la importancia en este caso del Registro Administrativo, pues aparece como determinante de la personalidad jurídica de las Juntas de Compensación. Por eso, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de marzo de 1975, con ocasión de una anotación preventiva de embargo a favor de una Entidad Urbanística, entendió que no procedía practicar la anotación en el Registro de la Propiedad mientras no constase inscrita esa entidad en el Registro Administrativo.

Unas últimas observaciones se hacen precisas en relación con la regulación del Registro Administrativo en el ámbito de Cataluña por la Orden de 6 de agosto de 1982 del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña, que regula los aspectos orgánicos y funcionales del Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras derogando una anterior Orden del propio Departamento de 15 de octubre de 1979.

Dicha Orden contiene una serie de disposiciones sobre Juntas de Compensación y sobre Entidades Urbanísticas Colaboradoras, y también regula el Registro Administrativo citado.

Según su artículo 4, número 3: «El Registro de las Entidades Urbanísticas Colaboradoras tendrá su sede en la Dirección General de Urbanismo y será llevada por un funcionario encargado con categoría de Jefe de Negociado».

El artículo 5 de dicha Orden establece: «En el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras serán inscritos los siguientes actos: a) El acuerdo aprobatorio de los Estatutos y de las Bases de Actuación; b) el acuerdo aprobatorio de la constitución de la Entidad de que se trate; c) el acuerdo aprobatorio de la inscripción; d) el nombramiento y cese de las personas encargadas del gobierno de la Administración de la Entidad; e) el representante de la Administración actuante en el órgano rector; f) la incorporación de empresas urbanizadoras; g) el acuer-

do de modificación de los Estatutos; *h*) el acuerdo de disolución de la Entidad, e *i*) los demás que resulten de los artículos 8, 3, y 37 de esta Instrucción».

En cuanto al aspecto orgánico el artículo 33 de la Orden establece:

«1. Dentro de los quince días siguientes, si la documentación no fuese completa o bien si tuviese defectos formales y en el supuesto de vicios de procedimiento, la Dirección General de Urbanismo devolverá la documentación recibida a fin de que sean subsanados los defectos detectados, con la advertencia de que se producirá la caducidad del expediente pasados tres meses sin que se presente nuevamente la documentación subsanada o completa». «2. Si la documentación fuese completa y su contenido el correspondiente, el Director general de Urbanismo propondrá el acuerdo de inscripción a la Comisión de Urbanismo a la que corresponda en la más próxima sesión de ésta, una vez transcurridos quince días desde la fecha del Registro de Entrada, salvo causa justificada». «3. Una vez aprobada la inscripción de la Entidad Urbanística Colaboradora, la Comisión de Urbanismo competente librará certificación del acuerdo a la Dirección General de Urbanismo para su cumplimiento».

Y el artículo 34 de la Orden añade: «El análisis de la documentación tramitada, desde los dos puntos de vista sustantivo y formal, corresponde al Jefe de Negociado encargado del Registro, así como la redacción de los informes y propuestas de Entidades Urbanísticas Colaboradoras. Las propuestas serán elevadas al Director general por conducto del Jefe del Servicio correspondiente».

En cuanto al aspecto funcional del Registro Administrativo, el artículo 35 de la citada Orden establece: «1. La función calificadora cuyo ejercicio es previo al acuerdo de inscripción tiene como finalidad garantizar que las Entidades a las que se otorga personalidad jurídica se ajusten a la legalidad tanto por lo que se refiere a la tramitación como por lo que se refiere al contenido de su documentación». «2. La función calificadora, entonces, ha de velar por el cumplimiento de los preceptos legales y reglamentarios en vigor, y en concreto habrá de tener en cuenta: *a*) Las prescripciones relativas a la tramitación de los expedientes, el incumplimiento de los cuales puede dar lugar a indefensión, especialmente las notificaciones personales a los que no sean promotores en la tramitación de los Estatutos y las que sean necesarias para adherirse a las Juntas de Compensación. *b*) El requisito del *quorum* de iniciativa de la Compensación. *c*) Las determinaciones que son preceptivas en los documentos de la Entidad, así como las que constituyen el contenido

de las Bases y de los Estatutos. *d)* La legalidad formal de la documentación incorporada al expediente y de la escritura y solicitud de inscripción».

Por último, el artículo 41 dice que «tanto el contenido de los libros del Registro como la documentación son públicos y pueden ser consultados», y que «el encargado del Registro librará las certificaciones que sean pedidas, con el visto bueno del Director general de Urbanismo».

A pesar de esta regulación tan detallada del Registro Administrativo en el ámbito de Cataluña a través de esta Orden —utilizándose palabras que parece quieren recordar la técnica hipotecaria del Registro de la Propiedad, como, por ejemplo, «calificación», «legalidad», etc.—, sin embargo, debe recordarse y recalcar claramente que se trata de un «Registro Administrativo» y que su naturaleza y efectos nada tienen que ver con un Registro de carácter jurídico, pues no se predica respecto de él la presunción de validez y exactitud de sus asientos ni mucho menos que éstos están bajo la salvaguardia de los Tribunales. Por todo ello, la Orden citada ha de ser entendida en ese sentido en el aspecto administrativo, pues en otro caso iría contra la normativa legal y constitucional al no poder regularse a través de un Registro Administrativo efectos y contenidos propios de un Registro Jurídico Privado. Por todo ello las referencias al análisis de la documentación no sólo desde el punto de vista formal, sino también sustantivo, tiene que referirse a los contenidos exclusivamente «administrativos», ya sean de forma o de contenido, y en el supuesto de que la Orden hubiere querido referirse también a los aspectos «sustantivos-privatísticos», entonces el efecto sería inútil, pues el asiento no presume la validez y legalidad de esos aspectos ni está bajo la salvaguardia de los Tribunales. Para cubrir estos aspectos privatísticos vale todo lo dicho anteriormente en relación con los Registros Jurídicos.

La titularidad dominical fiduciaria y la facultad fiduciaria de la Junta de Compensación

En el período intermedio que va desde la constitución de la Junta de Compensación hasta la adjudicación de las nuevas fincas a los propietarios del polígono o unidad de actuación, la propiedad de los terrenos pueden encontrarse en dos clases de «situaciones jurídicas» distintas que prevé el artículo 129, 1, de la Ley del Suelo.

La primera situación, que podría denominarse normal, es aquélla en la que los propietarios conservan la propiedad de los terrenos sin traspaso alguno de titularidad de los mismos a la Junta de Compensación.

En tal caso hay, eso sí, unas afecciones de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones del sistema (nota marginal del art. 169 del Reglamento de Gestión), pero no una transmisión de titularidad de la propiedad a la Junta. Esta tiene sólo unas «facultades de actuación», previstas legalmente, pero no la titularidad de ningún derecho subjetivo sobre los terrenos.

Una segunda posibilidad, que prevé la propia Ley, es que haya transmisión de los terrenos a la Junta de Compensación por establecerse así en los Estatutos de la misma. En tal caso se produce la obligación de transmisión formal de los terrenos a la Junta, derivada de los Estatutos, obligación que luego se consuma con la transmisión misma del dominio en documento independiente, es decir, en escritura pública. Esta posibilidad de transmisión formal de la titularidad de los terrenos a la Junta de Compensación la regula el artículo 129, 1, de la Ley del Suelo al decir que «la incorporación de los propietarios a la Junta de Compensación no presupone, salvo que los Estatutos dispusieran otra cosa, la transmisión a la misma de los inmuebles afectados a los resultados de la gestión común». Se prevé, pues, la posibilidad de que se produzca la transmisión de los terrenos a la Junta en el caso de que los Estatutos lo dispongan así. En realidad, los Estatutos no constituyen el título traslativo, sino una regla de comportamiento de los propietarios que puede implicar unas obligaciones y que, como hemos dicho, ha de consumarse con la «tradición formal» de los terrenos a través de la correspondiente escritura pública.

Si no se distinguen estas dos «situaciones jurídicas» que resultan del artículo 129, 1, de la Ley del Suelo se puede producir un gran confusiónismo al precisar la naturaleza de la actuación de la Junta de Compensación respecto de las fincas situadas en el polígono o unidad de actuación.

Y, a pesar de ello, la doctrina no suele hacer tal distinción, y encima se suele configurar como «titularidad fiduciaria» el supuesto en que no hay transmisión de los terrenos. Por el contrario, hay que insistir en la diferenciación de esas dos situaciones para centrar el concepto de «titularidad fiduciaria de la Junta» sólo en el caso de que haya habido transmisión formal (fiduciaria) de los terrenos. Si hay tal transmisión, conforme a los Estatutos y conforme al artículo 129, 1, de la Ley del Suelo, se produce una titularidad de la Junta de Compensación caracterizada por las notas de ser: *a)* titularidad fiduciaria; *b)* titularidad interina o transitoria, pues cesa con las adjudicaciones de las nuevas fincas a los propietarios del polígono; *c)* titularidad no sólo de fincas determinadas —las fincas antiguas que se transmiten—, sino también

de su conjunto como una especie de patrimonio separado, que formalmente pertenece a la Junta de Compensación, si bien afectas las fincas del mismo a las finalidades urbanísticas del sistema de compensación.

En cambio, cuando no hay transmisión de propiedad de los inmuebles a la Junta de Compensación, que es el supuesto normal, salvo disposición contraria de los Estatutos, entonces no cabe hablar de «titularidad fiduciaria» de los terrenos por parte de la Junta, pues no es titular de ningún «derecho subjetivo» sobre los mismos, ya que el derecho de propiedad sigue perteneciendo a los propietarios del polígono. En tal caso la Junta tiene unas «facultades de actuación sobre las fincas concedidas *ex lege*», pero ya no se tratará de una «titularidad dominical fiduciaria» como en el caso anterior, sino que, a lo sumo, cabría hablar de «facultades fiduciarias» de la Junta, o mejor de «actuación fiduciaria» de la misma, pero no de «titularidad fiduciaria» que implicaría un gran confusionismo en relación con el otro supuesto en que la Junta tiene una efectiva titularidad dominical fiduciaria. La actuación de la Junta en ese caso en que no hay transmisión de terrenos no se adapta a ninguna de las figuras que la legislación y la doctrina han considerado como supuestos típicos de «titularidad fiduciaria». Así, ni la llamada «teoría del doble efecto» (el titular fiduciario es el propietario de los inmuebles a «efectos reales», sin perjuicio de la «relación obligacional» entre él y quien le confirió la fiducia), ni la teoría de la distinción entre una propiedad formal (la del fiduciario) y una propiedad material (la del fiduciante) se adaptan a la regulación de la Junta de Compensación en ese supuesto en que los únicos «titulares» son los propietarios miembros de la Junta, y no la Junta misma.

En mi opinión, la referencia a la «fiducia» por parte de la Ley del Suelo, en ese supuesto de inexistencia de transmisión de los terrenos, sólo se produce respecto a la «actuación» de la Junta, es decir, a sus «facultades» y no respecto a las «titularidades», que quedan intactas, sin interferencia alguna de la Junta. Así, el artículo 129, 2, de la Ley del Suelo dice que «las Juntas de Compensación *actuarán como fiduciarias* con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas, sin más limitaciones que las establecidas en los Estatutos». Esto significa que si los Estatutos no han previsto la transmisión de la propiedad de los inmuebles no existe ese pleno poder dispositivo de la Junta nada más que en la medida resultante de la propia legislación urbanística, y en tal caso hay una «actuación fiduciaria» conforme a la Ley; y que si los Estatutos han previsto la transmisión de las fincas a la Junta y esta transmisión se ha consumado, en-

tonces la Junta tiene efectivamente un pleno poder dispositivo resultante de una verdadera titularidad fiduciaria.

El artículo 185 del Reglamento de Gestión Urbanística alude precisamente a la «*facultad* fiduciaria de disposición sobre las fincas de los miembros de la Junta», expresión ésta —la de «*facultad* fiduciaria»— que se adapta perfectamente a la situación jurídica existente cuando no hay transmisión efectiva de los terrenos a favor de la Junta. Descartada en ese caso la «titularidad fiduciaria», tal «actuación de la Junta como fiduciaria», es decir, con la «*facultad* fiduciaria de disposición» a que alude el artículo 185 del Reglamento, se traduce técnicamente en una «legitimación dispositiva de la Junta, concedida *ex lege* respecto a un patrimonio ajeno». NÚÑEZ RUIZ dice que es una «especie de mandato común de carácter representativo», pero por mi parte pienso que hay que matizar las especialidades de tal «mandato», pues se trataría de un «mandato *ex lege*» y «no revocable». Por ello, creo preferible hablar de esa «legitimación dispositiva *ex lege* sobre propiedad ajena», más de acuerdo con la figura existente y con la propia terminología legal y reglamentaria.

La distinción apuntada, según haya o no transmisión de los terrenos a la Junta de Compensación, tiene algunas consecuencias de interés y en todo caso sirve para explicar los distintos matices de los dos supuestos. Aun cuando una y otra situación lleven, en definitiva, al mismo resultado final (adjudicación de las nuevas fincas a los miembros de la Junta), la distinción importa en varios aspectos, y singularmente a efectos registrales, por lo siguiente:

A) En el supuesto de transmisión formal de los terrenos a la Junta de Compensación, por haberlo previsto así los Estatutos, dicha Junta tendrá las facultades derivadas de la «titularidad fiduciaria» sobre los terrenos, y concretamente:

a) Dará lugar a la práctica de asientos registrales consistentes en «asientos de inscripción» de la transmisión de cada finca a la Junta, con posible ulterior de inscripción de agrupación por parte de ella, lo que daría una explicación al «misterioso» e «inexplicado» artículo 170 del Reglamento de Gestión, al que luego me referiré.

b) En tal caso, durante la sustanciación del expediente quedaría cerrado el Registro a las transmisiones de terrenos realizadas por los miembros de la Junta, puesto que la «legitimación dispositiva» corresponde únicamente al «titular fiduciario» que es la Junta de Compensación. Las posibles transmisiones a terceros por parte de los miembros de la Junta tendrían que configurarse como transmisiones de «derechos»

eventuales» sobre el objeto futuro consistente en la nueva finca que ha de adjudicarse en su día. Pero tal transmisión no tendría acceso al Registro, pues la titularidad formal consta registrada a favor de la Junta. Unicamente, en el momento de las adjudicaciones, cabría plantear la inscripción de la adjudicación a favor del eventual adquirente, siempre que previamente se hiciese constar en tracto abreviado o en tracto regular el derecho correspondiente al primitivo miembro de la Junta. En cuanto a posibles anotaciones de embargo sobre los derechos eventuales de los miembros de la Junta que han transmitido formalmente los terrenos a la misma, tampoco cabría plantear una anotación sobre las fincas, sino a lo sumo, si es que es demandada también la Junta, cabría preguntarse sobre la posibilidad de una anotación de embargo sobre el «derecho eventual y futuro» que ha de corresponder al propietario en el momento de las adjudicaciones. Lo que sí cabría claramente, en el supuesto que estamos examinando, es la práctica de anotaciones de embargo por deudas de la Junta sobre las fincas transmitidas a ella, pues figuran registralmente a su nombre como consecuencia de su titularidad fiduciaria.

B) En el supuesto de no producirse la transmisión formal de terrenos a la Junta de Compensación, la propiedad de las fincas continúa a favor de cada propietario. Las obligaciones urbanísticas de los propietarios y las facultades *ex lege* de la Junta de Compensación se reflejan registralmente a través de la nota marginal de afección del artículo 169 del Reglamento de Gestión y no a través de ningún asiento de inscripción. En esta situación la Junta tiene una serie de facultades dispositivas reconocidas por los preceptos legales, pero no tiene la titularidad registral de los terrenos. En consecuencia, la Junta puede realizar aquellos actos jurídicos que estén previstos en los Estatutos y en la normativa legal, pero en los demás han de intervenir los propietarios de los terrenos. Por otra parte, el Registro no queda cerrado a la transmisión de titularidades o constituciones de derechos reales por parte del respectivo propietario, produciéndose una situación totalmente distinta del supuesto anterior. Caben anotaciones de embargo por deudas de cada propietario, que recaerán sobre la respectiva finca. En cuanto a las anotaciones de embargo por deudas contraídas por la Junta de Compensación se producen aquí algunas dificultades, puesto que la Junta no aparece como titular registral de los terrenos, lo que exigirá que la demanda no sólo se dirija contra la Junta, sino contra los propietarios cuyos terrenos hayan de ser objeto de embargo. De esto me ocuparé después al tratar de la nota marginal del artículo 169 y de sus efectos.

Los acuerdos de la Junta de Compensación

El artículo 29 del Reglamento de Gestión establece la siguiente regla general: «Los acuerdos de las Entidades urbanísticas colaboradoras se adoptarán por mayoría simple de cuotas de participación, salvo que en los Estatutos o en otras normas se establezca un *quorum* especial para determinados supuestos. Dichos acuerdos podrán impugnarse en alzada ante la Administración urbanística actuante». Precisamente, entre las circunstancias que han de tener los Estatutos de las Juntas de Compensación, el apartado *h)* del artículo 166 del Reglamento de Gestión incluye las siguientes: «*h)* Requisitos de la convocatoria de los órganos de gobierno y administración, requisitos y forma de adopción de acuerdos, *quorum* mínimo y forma de computarse los votos, con expresión de los casos en que sean proporcionales al derecho o interés económico de cada miembro y aquellos otros en que el voto sea individualizado».

Entre los supuestos de *quorum* especial señalamos los dos siguientes:

1.º El acuerdo de aprobación del proyecto de compensación. El artículo 174, 1, del Reglamento de Gestión establece: «El proyecto de compensación se someterá, previa audiencia de todos los afectados por plazo de un mes, a aprobación de la Junta, debiendo adoptarse el correspondiente acuerdo por mayoría de sus miembros que a su vez represente los dos tercios de las cuotas de participación. El proyecto así tramitado se elevará a la aprobación definitiva de la Administración actuante».

2.º Los acuerdos para los actos a que se refieren los dos primeros números del artículo 177 del Reglamento, es decir, para la «enajenación de los terrenos que se hubiesen reservado a tal fin en el proyecto de compensación», la Junta para hacer frente a los gastos de urbanización «y también para concertar créditos con garantía hipotecaria de las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas para la realización de las obras de urbanización». Para estos dos supuestos el número 3 del mismo artículo establece lo siguiente: «Para realizar los actos señalados en los dos números anteriores será necesario acuerdo del pleno de la Junta de Compensación, salvo que la constitución de gravámenes y la enajenación conste prevista en los estatutos como competencia de sus órganos rectores, en cuyo caso se entenderá que actúan en representación de aquélla, sin necesidad de acuerdo expreso».

VII. LA NOTA MARGINAL DEL ARTICULO 169 DEL REGLAMENTO DE GESTION

Esta nota marginal se produce durante el período de tramitación del expediente de compensación, al objeto de dar publicidad registral al sistema respecto a las fincas del polígono o unidad de actuación.

Para una explicación adecuada de esta nota marginal hay que partir del artículo 129 de la Ley del Suelo, en el apartado que dice: «En todo caso, los terrenos quedarán directamente afectados al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema con anotación en el Registro de la Propiedad en la forma que se señale reglamentariamente».

El artículo 169 del Reglamento de Gestión, como continuación de su inmediato, el artículo 168 —en el que se alude a la afectación de todos los terrenos al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema—, establece:

«1. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley del Suelo, la afección de los terrenos comprendidos en un polígono o unidad de actuación al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación se hará constar por nota marginal en el Registro de la Propiedad».

«2. Dicha nota se extenderá a instancia de la Junta de Compensación, con aportación de certificación administrativa de haber quedado constituida la Junta de Compensación y de estar la finca incluida en el polígono o unidad de actuación».

«3. La nota producirá los mismos efectos que señala el artículo 102 de este Reglamento para las que en dicho precepto se disponen en el procedimiento de reparcelación».

Seguidamente comentaré los distintos problemas que plantea este artículo.

Clase y naturaleza del asiento

Hemos visto que la Ley del Suelo en su artículo 129 habla de «anotación», pero lo hace en sentido amplio, sin prejuzgar la forma hipotecaria específica del asiento a practicar, puesto que se remite a la «forma que se señale reglamentariamente». El artículo 169 del Reglamento, cumpliendo el mandato legal del artículo 129, señala como asiento adecuado la nota marginal. Se trata de una nota marginal de afección al cumplimiento de las obligaciones urbanísticas propias del sistema, por lo que

es de las llamadas «notas sucedáneas», pues viene a tener los efectos de un verdadero asiento de inscripción. Con ella se reflejan obligaciones *propter rem*, que alcanzarán así el efecto de absolutividad *erga omnes*. En este sentido es adecuada la configuración de las mismas como «cargas reales» (así, GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO). En cuanto a si es adecuado el asiento de «nota marginal», parece que sí, pues no se produce transmisión de terrenos a favor de la Junta de Compensación, lo que motivaría un asiento de inscripción, sino que se trata de una afección a unas obligaciones que, en cada momento, han de corresponder a quien tenga la titularidad registral de las fincas. Por ello, aunque se hace constar al margen de la inscripción de la titularidad que en el momento de su constancia esté vigente, es una nota que conserva su autonomía cuando se producen transmisiones sucesivas, en el sentido de que al mismo tiempo que tiene lugar la correspondiente «inscripción de transferencia» respecto a la titularidad de la finca, se produce la transferencia de la obligación *propter rem* que la nota marginal publica, afectando al sucesivo adquirente.

Con esta nota marginal del artículo 169 se produce también la concordancia entre los efectos registrales de la obligación *propter rem* y la regulación prevista en el artículo 28 del Reglamento de Gestión, que establece lo siguiente: «La transmisión de la titularidad que determine la pertenencia a cualquiera de los tipos de Entidades urbanísticas colaboradoras llevará consigo la subrogación en los derechos y obligaciones del causante, entendiéndose incorporado el adquirente a la Entidad a partir del momento de la transmisión». Para que esto pueda tener efectos *erga omnes* es necesaria la nota marginal del artículo 169, que estamos estudiando.

Fincas a las que se refiere la nota marginal

En primer lugar, ha de tratarse de fincas incluidas en el polígono o unidad de actuación. No obstante, por excepción, cabe también extender la nota respecto a las fincas de propietarios exteriores al polígono o unidad de actuación, cuando tales fincas hayan de ser ocupadas para sistemas generales y sus titulares hayan de hacer efectivos sus derechos en el polígono o unidad de actuación. Así resulta de los artículos 157, 2, y 163, 3, puesto que tales propietarios forman parte de la Junta de Compensación. Así, el artículo 157, 2, del Reglamento de Gestión establece: «Los propietarios de suelo incluidos en un polígono o unidad de actuación por el sistema de compensación y los de suelo exterior al polígono ocupado para la ejecución de sistemas generales, que deban participar

en el polígono o unidad de que se trate, deberán constituirse en Junta de Compensación para poder aplicar el sistema». Y el artículo 163, 3, dice: «También tendrán derecho a formar parte de la Junta de Compensación los propietarios de suelo destinado a sistemas generales cuando hayan de hacerse efectivos sus derechos en el polígono objeto de actuación por este sistema».

En cambio, no creo que la nota marginal haya de extenderse respecto a aquellas fincas que, aun estando incluidas en el polígono o unidad de actuación, sus titulares no se hayan adherido a la Junta de Compensación y por ello hayan de ser objeto de expropiación. Aunque los artículos 168, 1, y 169 del Reglamento de Gestión se producen en un sentido muy amplio, con referencia a todas las fincas del polígono o unidad de actuación, creo que hay que hacer esa exclusión a efectos de la nota marginal por lo siguiente:

1.º Porque el artículo 129 de la Ley del Suelo, al contemplar el supuesto de afectación de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones del sistema mediante anotación en el Registro de la Propiedad, lo trata en el número 1 de dicho precepto, en relación con «la incorporación de los propietarios a la Junta de Compensación», pues lo relativo a las fincas de los que han de ser expropiados lo trata en precepto diferente, concretamente en el artículo 127, 1.

2.º Porque la nota marginal del artículo 169 representa una verdadera «carga real», según hemos visto, y la Junta de Compensación, que es la que según el artículo 169 ha de solicitarla, no tiene legitimación para actuar respecto a las fincas de los que no se han adherido a ella mientras no se produzca la expropiación de los terrenos. Otra cosa significaría constituir una afección o carga real sobre unas fincas sin tener legitimación suficiente ni mediar el consentimiento de los titulares registrales.

3.º Porque respecto a dichas fincas lo que procede es la expropiación y, consiguientemente, la nota marginal a practicar habría de ser la nota del artículo 32, 1.ª, del Reglamento Hipotecario, que publica la expedición de certificación de titularidad y cargas en el expediente de expropiación a instancia del órgano competente y de distintos efectos que la nota del artículo 169.

4.ª Porque la nota marginal del artículo 169 publica las obligaciones urbanísticas propias del sistema de compensación, que sólo cabe predicar respecto a los propietarios que forman parte de la Junta, pues los que no formen parte de ella la única carga que han de soportar es precisamente la expropiación de sus terrenos y no la afección al cumplimiento de las obligaciones del sistema de compensación.

Todavía cabría plantear si es factible hacer constar de algún modo en esas especiales fincas la situación en que se encuentran. Caso de optar por la contestación afirmativa, la solución no sería la de la nota marginal del artículo 169, según hemos dicho, sino que tendría que ser una nota marginal practicada a instancia de la Administración actuante, inspirada en la normativa general del artículo 221 de la Ley del Suelo y que publicaría la situación de esas fincas como incluidas en un polígono o unidad de actuación, no habiéndose adherido sus titulares a la Junta de Compensación. Esta otra nota se podría practicar en el momento inicial, y en su momento ulterior se practicaría la nota marginal del artículo 32, 1.^a, del Reglamento Hipotecario relativa al expediente de expropiación.

Otro problema diferente que se plantea es si procede extender la nota marginal del artículo 169 no sólo en el caso normal en que no hay transmisión formal de los terrenos a la Junta de Compensación, sino incluso cuando se ha producido la transmisión de la titularidad fiduciaria a la Junta por haberlo previsto así los Estatutos. De acuerdo con lo que antes dije, el asiento adecuado en este caso es el de inscripción, pues se trata de una transmisión de la propiedad de los terrenos a favor de un nuevo titular: la Junta de Compensación. De esto no hay ninguna duda. El problema que planteo ahora es si, *además*, cabe practicar también la nota marginal. En principio, parece que no es necesario en este caso afectar las fincas al cumplimiento de las obligaciones del sistema, puesto que figuran ya a nombre de la Junta de Compensación, que es el órgano por excelencia encargado de cumplir esas obligaciones. Sin embargo, ni el artículo 129 de la Ley del Suelo ni el artículo 169 del Reglamento de Gestión distinguen una y otra situación a efectos de la nota marginal, ni excluyen ésta, por lo que me parece criterio más seguro el de consignar también, a mayor abundamiento, por nota marginal, que se trata de finca afecta al cumplimiento de las obligaciones del sistema de compensación. Y es que podría suceder que la Junta de Compensación tuviese que transmitir algunas fincas para cubrir gastos de la urbanización, y los nuevos adquirentes deben saber, a través de la nota marginal, que su adquisición se produce dentro del sistema de compensación y con las obligaciones que comporta.

Documentos necesarios para la práctica de la nota marginal

El número 2 del artículo 169 exige para ello una certificación administrativa de doble contenido: de haber quedado constituida la Junta de Compensación y de estar la finca incluida en el polígono o unidad de actuación. Además, exige instancia de la Junta de Compensación.

Dos son, por tanto, los documentos necesarios según el artículo 169, 2: 1.º Certificación administrativa; 2.º, solicitud de la Junta de Compensación:

a) En cuanto a la certificación administrativa no se dice qué órgano administrativo es el competente para expedirla. Parece que puede ser la certificación administrativa del órgano actuante en la compensación, normalmente el Ayuntamiento, pero entonces ha de acompañarse también la certificación del Registro Administrativo de Entidades Urbanísticas Colaboradoras acreditativa de que la Junta ha sido inscrita en dicho Registro, pues sólo entonces tiene personalidad jurídica. En vista de ello cabría plantear si no es suficiente aportar la certificación —administrativa también— expedida por el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras acreditativa de la inscripción de la Junta, puesto que si la Junta está inscrita es que «ha quedado constituida», tal como exige el artículo 169, 2. Entendemos que caben las dos posibilidades.

Por otro lado, por lo que se refiere a la certificación acreditativa de que las fincas están incluidas en el polígono o unidad de actuación, a que también alude el artículo 169, 2, hay que tener en cuenta que se trata de las fincas pertenecientes a los miembros integrados en la Junta de Compensación, lo cual requiere la correspondiente identificación descriptiva y, además, según hemos visto, no pueden incluirse los propietarios de fincas no incorporados a la Junta y que han de ser expropiadas. Por ello, si la certificación administrativa no precisa lo suficiente en este punto, puede completarse la descripción y determinación de las fincas aportando la correspondiente escritura de constitución de la Junta, pues uno de los requisitos de dicha escritura es la descripción de las fincas de los titulares [art. 163, 4, b), del Reglamento de Gestión]. La aportación de la escritura permitirá, además, calificar al Registrador de la Propiedad los aspectos de capacidad y representación, y aunque ello no es preceptivo en el momento de practicar la nota marginal, su aportación en ese momento permitirá plantear ya la calificación registral que, en otro caso, habría de producirse al practicar la inscripción de las adjudicaciones de las fincas resultantes del proyecto de compensación. Así, por ejemplo, si se trata de menores o de personas que tienen limitada su capacidad de obrar, la representación en la Junta de Compensación ha de ser por quienes ostenten la representación legal de los mismos, según dice el artículo 168, e), del Reglamento de Gestión, y esta cuestión no puede dejar de ser calificada por el Registrador en garantía de los titulares registrales, puesto que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria incluye la «capacidad» como elemento de calificación, y ello afec-

ta además a la validez del acto dispositivo que implica todo el fenómeno de subrogación real de la compensación.

b) Por lo que se refiere al otro documento previsto en el artículo 169, 2, es decir, la «solicitud de la Junta de Compensación», no se trata sólo de una simple solicitud de «asiento de presentación», pues esto corresponde hacerlo al «presentante» de los documentos, bien sea verbalmente o por escrito, estando totalmente facilitada por el artículo 39 del Reglamento Hipotecario. Se trata, por el contrario, de una solicitud diferente: la solicitud expresa de la Junta de Compensación de que «se practique la nota marginal en las fincas correspondientes». Hay que tener en cuenta que se trata de una nota marginal de afección o carga real, y aunque está prevista legalmente y por ello no es necesario un consentimiento específico en escritura pública, es al menos necesario un consentimiento o solicitud del órgano legitimado para ello, cual es la Junta de Compensación. La Ley (arts. 129 de la Ley del Suelo y 169 del Reglamento de Gestión) exige que se practique la nota marginal, pero la obligación concreta de solicitarla corresponde a la Junta de Compensación. No puede extenderla de oficio el Registrador; ni puede pretenderla la Administración actuante; ni los propietarios individualmente considerados. Es la Junta de Compensación la legitimada para solicitarla. Ello puede hacerse en virtud de la correspondiente instancia aportando los documentos antes expresados.

Efectos de la nota marginal del artículo 169

Hemos señalado ya el efecto de dar publicidad registral a las obligaciones urbanísticas propias del sistema de compensación, dejando afectas las fincas, a modo de carga real urbanística y como obligaciones *propter rem* a través de la nota marginal. Precisamente, por operar como «carga real» o *propter rem*, los efectos se proyectan sobre los ulteriores adquirentes de las fincas y sobre ulteriores titulares de derechos reales. Los titulares anteriores quedan también afectados por la carga real, pero ello requerirá en su día acreditar que se les hicieron las notificaciones correspondientes; no como requisito para practicar la nota marginal, pues ya hemos dicho que basta la solicitud de la Junta de Compensación, como órgano legitimado, sino como requisito para poder inscribir en su día las adjudicaciones de las nuevas fincas resultantes de la compensación. En cambio, por lo que se refiere a los titulares posteriores a la nota marginal de afección, quedan afectados al cumplimiento de las obligaciones del sistema, sin necesidad de ser notificados en el expediente de compensación, pues la nota marginal da publicidad suficiente al mismo.

Por tanto, no es que la nota marginal afecte a los titulares futuros y a los titulares anteriores no. La finca queda afecta en todo caso en la totalidad de sus titularidades. Pero mientras a los titulares anteriores hay que hacerles las notificaciones previstas reglamentariamente, a los titulares posteriores a la nota, ya no será necesario hacerles ninguna notificación, porque la nota cumple el cometido de una notificación.

Centrándose exclusivamente en el efecto notificador, el número 3 del artículo 169 dice que «la nota producirá los mismos efectos que señala el artículo 102 de este Reglamento para las que en dicho precepto se disponen en el procedimiento de reparcelación». Ese artículo 102 ya vimos en la Primera Parte de este Estudio que dice que la nota «solamente» producirá el efecto de notificar a los titulares posteriores. A primera vista ello podría llevar a la conclusión de que la nota marginal del artículo 169 sólo tiene un «efecto notificador», con lo que quedaría conculcado el efecto de «afección al cumplimiento de obligaciones» y de «publicidad de carga real» que hemos venido señalando como básico de la nota del artículo 169.

Precisamente CAYETANO UTRERA RAVASSA, en un interesante artículo en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* («La nota marginal del artículo 169 del Reglamento de Gestión Urbanística», págs. 1420 y ss.), critica el número 3 del artículo 169 por entender que la nota no puede equipararse a la del artículo 102, sino que se trata de una nota de efectos distintos por ser diferentes la reparcelación —en que el papel fundamental lo tiene la Administración actuante— y la compensación —en que cobran especial relieve los propietarios a través de la Junta—. En el caso de la compensación se trata de la afección de las fincas al cumplimiento de las obligaciones propias del sistema. Y esas obligaciones, según CAYETANO UTRERA, son las del artículo 120 de la Ley del Suelo, como verdaderas obligaciones de dar; pero además están las de hacer, como la necesaria concurrencia a la Junta y a la aprobación del proyecto de compensación, y las obligaciones de no hacer, como el no ejercitar interdictos contra la Junta, conforme al artículo 185 del Reglamento.

Aunque creo que tiene razón CAYETANO UTRERA en todas estas puntualizaciones, conviene no dramatizar demasiado el problema de la relación entre los artículos 169 y 102 del Reglamento de Gestión, y ello porque ateniéndonos a los propios términos legales cabe salvar la cuestión. Por un lado, el artículo 169, 3, no dice que la nota de la compensación «solamente» producirá el efecto de notificación del artículo 102, sino que el «solamente» se encuentra en el artículo 102 y no en el 169. De aquí se desprende que la nota del artículo 169 tiene «efectos de notificación», como la nota del artículo 102; pero no únicamente «efec-

tos de notificación», sino además los que el propio artículo 169, en los otros apartados, establece como definitivos de la nota de la compensación. Por ello, los efectos de la nota del artículo 169 se expresan en el apartado 1.º del precepto (afección de los terrenos) en concordancia con el artículo 129, 1, de la Ley del Suelo, y además —y no solamente— en el apartado 3.º del mismo artículo 169.

Por otro lado, aunque los sistemas de compensación y de cooperación —en que aparece la reparcelación— son diferentes en cuanto a la distinta actuación de la Administración y de los particulares en uno y otro, hay una serie de obligaciones urbanísticas comunes, que son las de soportar las cesiones de terrenos para viales y sistemas generales, la de quedar afectas las fincas al pago de los costes de la urbanización y la de soportar la adjudicación de las nuevas fincas resultantes por efecto de la subrogación real o por adquisición originaria. Desde esta perspectiva hay que tener en cuenta que ya interpretamos el adverbio «solamente» del artículo 102 del Reglamento de Gestión, en el sentido de que la nota de reparcelación no sólo publica la existencia del procedimiento de reparcelación, sino las obligaciones *propter rem* que dicho procedimiento implica para los propietarios. Se deben salvar las diferencias entre la compensación y la reparcelación —y en ese sentido son acertadas las observaciones de CAYETANO UTRERA—, pero los efectos de uno y otro sistema respecto a los terceros son similares. El propio artículo 174, 4, del Reglamento de Gestión atribuye los mismos efectos a la aprobación del proyecto de compensación y a la aprobación de la reparcelación.

En último término, la remisión del número 3 del artículo 169 del Reglamento al artículo 102 se explica porque, en otro caso, podría plantearse si la Junta de Compensación, órgano diferente del Ayuntamiento que tramita una reparcelación, puede dar por notificados a los sucesivos adquirentes no comparecientes en el procedimiento. La solución de que la nota marginal tenga el efecto de notificación es procedente tanto en el expediente de compensación como en el de reparcelación. Esto es lo que, en definitiva, quiere decir el artículo 169, 3, del Reglamento de Gestión. Lo demás —lo que echa en falta CAYETANO UTRERA— ya lo dicen el artículo 129, 1, de la Ley del Suelo y el apartado 1 del artículo 169 del Reglamento de Gestión.

En cualquier caso, las observaciones de CAYETANO UTRERA son acertadas porque ayudan a comprender que la nota marginal del artículo 169 no tiene simplemente un efecto de notificación procedimental, sino tam-

bién, y sobre todo, un efecto de publicidad de la afección al cumplimiento de las obligaciones urbanísticas específicas del sistema de compensación.

*La Resolución de la Dirección General de los Registros
y del Notariado de 12 de enero de 1984*

Dentro de la línea de dar mayor amplitud de efectos a la nota marginal del artículo 169, más allá de los efectos meramente notificadores, se mueve esta resolución.

El caso planteado en dicha resolución era muy peculiar, pues se trataba de la reclamación a la Junta de Compensación de unas cantidades en juicio ejecutivo por parte de una empresa constructora, pretendiéndose la anotación de embargo sobre fincas de miembros de la Junta, sin constar inscritas a nombre de ésta, por tanto. Presentado el correspondiente mandamiento de anotación de embargo, el Registrador de la Propiedad deniega la anotación con la siguiente nota: «Denegada la anotación preventiva de embargo que se ordena en el precedente mandamiento, por el defecto que se considera insubsanable, de aparecer las fincas embargadas inscritas a favor de personas distintas de la Entidad demandada». La sociedad recurrente alegó que los propietarios de las fincas eran miembros de la Junta de Compensación, según acreditaba.

El Registrador de la Propiedad informó que, conforme a la normativa urbanística, la incorporación de los propietarios a la Junta de Compensación no presume la transmisión a la misma de los inmuebles afectos a los resultados de la gestión común; que el artículo 129 de la Ley del Suelo determina que la afección de los terrenos comprendidos en un polígono al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación se hará constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal, que se entenderá a instancia de la Junta de Compensación; que, por tanto, para que fuera anotable el embargo sobre fincas de las que no es titular la Junta de Compensación demandada en el procedimiento sería necesario que, en virtud de la presentación por dicha Junta de los documentos a que se refiere el artículo 169 del Reglamento de Gestión Urbanística, se hubiese extendido al margen de las inscripciones de las fincas aportadas a la compensación nota marginal de afección al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la reparcelación.

El Juez de Primera Instancia que decretó la anotación de embargo informó en el recurso, sosteniendo el carácter excesivamente restrictivo del criterio mantenido por el Registrador de la Propiedad, que no se basa en la titularidad de las fincas, sino en la ausencia de la nota marginal de afección a las responsabilidades derivadas de la compensación.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid estimó el recurso ordenando la práctica de la anotación de embargo por considerar que los terrenos están directamente afectados al cumplimiento de las obligaciones derivadas del sistema de compensación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 157 del Reglamento de Gestión Urbanística, sin que deba quedar supeditada su eficacia a la constancia de la nota marginal de afección, que produce solamente meros efectos de publicidad formal con respecto a posteriores citaciones.

La Dirección revoca el auto apelado por el Registrador y confirma la nota calificadora de éste, estableciendo lo siguiente:

«Considerando que en este recurso hay que resolver acerca de si procede practicar una anotación preventiva de embargo sobre varias fincas que aparecen inscritas a favor de diversas personas jurídicas, sin que conste en el Registro de la Propiedad su integración en la Junta de Compensación Urbanística, que es la que ha sido demandada en el correspondiente juicio ejecutivo».

«Considerando que una de las materias en que es precisa la máxima coordinación entre las Instituciones afectadas es aquella que hace referencia a la constancia en el Registro de la Propiedad de las variadas situaciones urbanísticas que pueden producirse a causa de la legislación especial de urbanismo al objeto que la función de publicidad propia de los libros registrales muestre a todos los interesados la verdadera situación jurídica en que se encuentran las fincas afectadas y que a la vez puedan conocer las consecuencias que se derivan de este tipo de actividad y se evite de otra parte —ante su no constancia— la aparición del tercero protegido por la fe pública».

«Considerando que consecuente con lo anteriormente expuesto, la Ley del Suelo exige en diversos preceptos la necesidad de reflejar estas situaciones (compruébese art. 101, 2.º y 3.º), y en lo relativo al sistema de compensación su artículo 129, así como el 168 del Reglamento de Gestión Urbanística, establecen la afección de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones inherentes a este sistema, e igualmente el artículo 169 del mismo texto legal señala que a instancia de la propia Junta de Compensación se extienda nota al margen de las fincas afectadas, y de esta manera se logra la coordinación registral con la nueva situación producida al llamar la atención de los terceros que consulten los asientos registrales que de esta forma quedan enterados de su contenido».

«Considerando que la extensión de la mencionada nota sirve para cumplir además con la exigencia del principio de tracto sucesivo recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en cuanto que al hacer

constar en los folios de las fincas afectadas la transmisión fiduciaria de las facultades dispositivas de la Junta de Compensación, se concreta registralmente esta circunstancia, así como las fincas sobre las que puede actuar la mencionada Junta, sin perjuicio de los demás efectos que a la mencionada nota atribuye el Reglamento de Gestión, relativo a la no necesidad de notificación de los posteriores adquirentes de inmuebles afectados por los expedientes de reparcelación».

«Considerando que en el presente supuesto no se extendió la mencionada nota de afección, lo que produce las consecuencias registrales antes examinadas, y que al estar las fincas inscritas a nombre de persona distinta de la demandada sin constancia en los libros del Registro de la situación real producida en tanto no se proceda a su concordancia no cabe practicar el asiento pretendido»,

«Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y confirmar la nota del Registrador».

La doctrina de esta resolución puede concretarse en los siguientes puntos:

1.º La conveniencia de llegar a la máxima coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Urbanismo, para que las variadas situaciones urbanísticas sean objeto de publicidad registral en las fincas afectadas al objeto de que puedan ser conocidas por todos los terceros.

2.º Con la nota marginal del artículo 169 del Reglamento de Gestión se consigue esa coordinación, pues se llama la atención a los terceros de la nueva situación producida con el sistema de compensación, que establece la afección de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema.

3.º La nota marginal sirve además para cumplir con la exigencia de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, pues permite hacer constar «en los folios de las fincas afectadas la transmisión fiduciaria de las facultades dispositivas de la Junta de Compensación», sin perjuicio de los demás efectos que a la mencionada nota atribuye el Reglamento de Gestión relativo a la no necesidad de notificación a los posteriores adquirentes de inmuebles afectados.

4.º Por ello, al no constar extendida la nota de afección y al estar las fincas inscritas a nombre de persona distinta de la Junta de Compensación demandada no cabe practicar la anotación de embargo sobre fincas pertenecientes a los propietarios.

Esta resolución ha sido objeto de comentario por CAYETANO UTRERA RAVASSA (*Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 200, abril de 1984,

páginas 409 a 414) y por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre de 1984, núm. 564, páginas 1259 a 1266). Ambos autores, desde diferentes perspectivas y matizaciones, aceptan la doctrina de esta resolución, haciendo especial hincapié el primero en que la nota marginal del artículo 169 no produce «solamente» los efectos de notificación, tal como ya había defendido en el anterior artículo antes citado. JOSÉ MARÍA CHICO hace una serie de consideraciones interesantes sobre la necesidad de coordinación entre Registro y Urbanismo, distingue acertadamente los supuestos de transmisión de las fincas a la Junta de Compensación y el caso de no transmisión, y termina aceptando la amplitud de efectos que la Dirección asigna a la nota marginal, incluyendo la «afección de los terrenos a las obligaciones inherentes al sistema de compensación», la «notificación» de la existencia del procedimiento y el efecto de tracto sucesivo.

Por mi parte, entiendo que la resolución merece crítica favorable en cuanto a la idea de la necesidad de coordinación entre Urbanismo y Registro de la Propiedad y en cuanto a que la nota marginal del artículo 169 no tiene unos efectos simplemente de notificación a posteriores titulares.

Ahora bien, en cuanto al «efecto de tracto sucesivo» que la resolución asigna a la nota marginal no acabo de ver convincente esta doctrina. Creo que el defecto de tracto sucesivo producido en el caso planteado es mucho más hondo, que no se soluciona a través de la nota marginal ni tiene que ver con la propia nota.

En mi opinión, la confusión arranca de no distinguir las dos clases de situaciones jurídicas que pueden darse en estos supuestos: por un lado, el caso de transmisión formal de los terrenos a la Junta de Compensación, en cuyo caso la titularidad registral y fiduciaria corresponde exclusivamente a la Junta; y el supuesto en que los propietarios conserven la propiedad de los terrenos, quedando éstos únicamente afectos a las obligaciones del sistema de compensación. En este último supuesto no hay transmisión de «titularidad fiduciaria» a la Junta, conservando los propietarios la plena titularidad. La nota marginal del artículo 169 no implica transmisión de titularidad fiduciaria, sino «afección de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones», pero la titularidad se mantiene intacta, salvo los supuestos del artículo 177 del Reglamento de Gestión y salvo las facultades de la Junta respecto a la adjudicación de las nuevas fincas con la aprobación de la Administración actuante.

La resolución no distingue uno y otro supuesto, sino que parece confundirlos. En el caso de haberse producido la transmisión formal de terrenos, la Junta de Compensación es la legitimada procesalmente para

soportar pasivamente las reclamaciones en juicios ejecutivos y las anotaciones de embargo se podrán practicar sobre las fincas que se le hayan transmitido porque a través de un asiento de inscripción constará la «titularidad registral de la propia Junta». En tal caso, no es necesario que conste que la demanda se ha dirigido también contra los miembros de la Junta, bastando ser demandada la persona jurídica titular de las fincas, que es la Junta de Compensación.

En cambio, cuando los propietarios del polígono no han transmitido las fincas a la Junta de Compensación (supuesto previsto en el artículo 129, 1, de la Ley del Suelo, antes comentado), los únicos titulares dominicales de las fincas son los propietarios y no la Junta de Compensación. Los acreedores de la Junta han de demandar a la Junta y embargar fincas que estén inscritas a nombre de ella. Si la Junta no tiene ningún bien susceptible de embargo, cabría plantearse el principio de «responsabilidad subsidiaria» de los miembros de la Junta de Compensación, pues no se trata de una persona jurídica de responsabilidad limitada como las sociedades anónimas, por lo que es defendible la idea de «comunicación subsidiaria» de responsabilidades. Ahora bien, en tal caso, los acreedores han de demandar no sólo a la Junta de Compensación, sino también a los propietarios individualmente considerados como responsables subsidiarios y como titulares de las fincas que han de ser embargadas. Por otro lado, si la responsabilidad no es solidaria entre ellos, sino mancomunada (principio general del art. 113 del Código Civil), no cabe demandar indiscriminadamente a algunos de ellos y a otros no, o pretender embargar las fincas de algunos y no de todos.

Partiendo de estos principios se puede dar una solución diferente en el caso planteado, que creo más ajustada a los principios hipotecarios y a los interesados en juego. Existe, efectivamente, un defecto de tracto sucesivo. Pero no porque falte la nota marginal del artículo 169. Aunque conste la nota marginal seguiría existiendo el defecto de tracto sucesivo, que la nota no puede subsanar. El defecto de tracto sucesivo consiste en no haber «demandado» en el proceso a los titulares registrales. Si no se les ha demandado no pueden embargarse sus fincas, y ello exista o no exista la nota marginal del artículo 169, que cumple diferente función. La nota marginal no supone la transmisión de titularidad fiduciaria de los terrenos. El error está en no distinguir los dos supuestos que enuncia claramente el artículo 129, 1, de la Ley del Suelo, y en no reparar en que el defecto de tracto sucesivo no se subsana con la nota marginal, porque proviene de no haber demandado a los titulares registrales, y no en el problema de no haber cumplido un determinado trámite registral. Lo que falta no es precisamente la nota

marginal —aunque falte—, sino que falta el haber dirigido la demanda contra los propietarios titulares registrales.

Salvando las distancias se trata de un problema similar al de la propiedad horizontal. Los pisos pertenecientes a los propietarios no pueden ser embargados cuando en el juicio ejecutivo la única parte demandada es la Comunidad de Propietarios. En tal caso, sólo podrían ser embargados el metálico y los demás bienes pertenecientes a la Comunidad, pero no los pisos propiedad privativa de los copropietarios. Si se pretenden embargar estos pisos han de ser demandados los titulares registrales. Así lo entiende la propia Dirección General en recientes Resoluciones, de 27 de junio de 1986 y de 30 de junio de 1986. ¿Por qué mantener otro criterio en el caso de la Junta de Compensación? Y lo curioso es que en los «Vistos» de dichas resoluciones se cita la Resolución de 12 de enero de 1984, que ahora estamos comentando.

VIII. INSCRIPCION DE LA COMPENSACION

La inscripción de la compensación, es decir, de las adjudicaciones de fincas resultantes del sistema de compensación, se produce en términos similares a la inscripción de la reparcelación, dada la remisión del artículo 174 del Reglamento de Gestión a los artículos 113 y 114 del mismo, que son los que se ocupan de la forma de inscripción de la reparcelación. Habiendo ya estudiado en la primera y segunda parte de este estudio los diferentes problemas que se plantean a propósito de la inscripción de la reparcelación, ello me releva de replantear los problemas, remitiéndome igualmente a lo ya dicho al estudiar la reparcelación.

No obstante, existen una serie de especialidades interesantes, que son las que procede tratar ahora.

Los dos aspectos a estudiar en tema de inscripción son el título inscribible y la forma de practicar los asientos.

a) *Título inscribible*

«Una vez aprobado definitivamente el proyecto de compensación —dice el núm. 3 del art. 174 del Reglamento de Gestión—, el órgano administrativo actuante procederá a otorgar escritura pública o expedir documento con las solemnidades y requisitos dispuestos para las actas de sus acuerdos con el contenido expresado en el artículo 113, 1, de este Reglamento».

Por tanto, el título inscribible lo constituye el acuerdo administrativo del órgano actuante por el cual se aprueba definitivamente el proyecto

de compensación. Dos elementos se dan en este título inscribible: por una parte, el acuerdo de aprobación por el órgano administrativo actuante. Se trata de un acto administrativo cuya formalización, a efectos de inscripción, ha de constar a través de certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento u organismo actuante y que ha de ser protocolizada notarialmente, dada la remisión a los preceptos de reparcelación, es decir, a los artículos 113 y 114 del Reglamento de Gestión. Respecto a la otra posibilidad que apunta el artículo 174, es decir, el otorgamiento de escritura pública, me remito al comentario hecho al tratar de la reparcelación en que el artículo 113 hace esa misma referencia. Ese acuerdo de aprobación ha de ser de la «definitiva», y además ha de ser firme en vía administrativa por la repetida remisión del artículo 174, 3, al artículo 113.

El otro elemento del título lo constituye el «proyecto de compensación», que sirve de base a la ulterior aprobación administrativa del órgano actuante. El proyecto de compensación lo formula la Junta de Compensación, según el artículo 172 del Reglamento de Gestión, o el propietario único, en su caso, según el artículo 173.

En cuanto a los requisitos formales del proyecto de compensación, el artículo 174 del Reglamento de Gestión establece que «el proyecto de compensación se someta, previa audiencia de todos los afectados, por plazo de un mes, a aprobación de la Junta, debiendo adoptarse el correspondiente acuerdo por mayoría de sus miembros que a su vez represente los dos tercios de las cuotas de participación. El proyecto así tramitado se elevará a la aprobación definitiva de la Administración actuante».

Estos requisitos formales, o sea, «la audiencia de los afectados por plazo de un mes» y el *quorum* de aprobación del proyecto dentro de la Junta, son susceptibles de calificación registral, pues el primero afecta a los titulares registrales existentes y el segundo es trámite esencial del procedimiento al ser preceptivo el citado *quorum* y tratarse de una cuestión que no puede quedar cubierta por la «aprobación administrativa del órgano actuante», que sólo cubre los aspectos de legalidad urbanísticos y no los de formación de voluntad del órgano representativo de los propietarios afectados.

En cuanto al citado requisito formal de la audiencia de todos los afectados por plazo de un mes ha de constar la notificación a los respectivos titulares de derechos reales anteriores a la nota marginal del artículo 169 del Reglamento de Gestión. Respecto a los titulares posteriores a dicha nota, ésta sirve de notificación a los mismos, según se ha dicho anteriormente, por lo que no es necesario tal requisito.

En cuanto al acuerdo de la Junta ha de constar que la aprobación se ha producido por el *quorum* de la mayoría que a su vez represente los dos tercios de las cuotas de participación.

Por lo que se refiere al contenido del «proyecto de compensación», que luego determina el contenido del título inscribible que se presenta en el Registro, hay que remitirse a lo ya dicho acerca de la reparcelación, si bien con algunas especialidades propias del sistema de compensación en consonancia con la naturaleza de éste. Por una parte, el artículo 174, 3, del Reglamento de Gestión se remite claramente al «contenido expresado en el artículo 113, 1, de este Reglamento» cuando trata del documento inscribible. Y además el artículo 172 del mismo Reglamento regula con detalle el contenido del proyecto de compensación en forma similar al artículo 113 citado.

Hay una serie de especialidades en cuanto a dicho contenido, que podemos ir comentando al analizar el artículo 172 del Reglamento de Gestión:

«De acuerdo con los criterios establecidos en las bases de actuación, la Junta formulará un proyecto de compensación que contendrá las determinaciones siguientes».

En relación con este párrafo la Ley del Suelo no alude al proyecto de compensación, pero su formulación reglamentaria es correcta, pues constituye el desarrollo de los Estatutos y Bases de Actuación, y es sobre los que opera la aprobación del órgano actuante. El artículo 167 del Reglamento de Gestión, que se ocupa de las Bases, alude a las «reglas de adjudicación de fincas a los miembros de la Junta».

Continúa el artículo 172 señalando como contenido del proyecto: «a) Descripción de las propiedades antiguas, según los títulos aportados, con las correcciones procedentes, y en defecto de títulos, según planos. Se expresarán las cargas y gravámenes, condiciones, sustituciones y demás derechos que las afecten; el respectivo propietario, si fuera conocido, la cuantía de su derecho en el proyecto de compensación y el criterio utilizado para definirlo y cuantificarlo». «Cuando participen en el proyecto de compensación propietarios de suelo exterior al polígono se describirán las fincas que les fueron ocupadas».

Este apartado a) coincide con lo que para reparcelaciones establece el artículo 113, 1, a), del Reglamento de Gestión. Respecto a propietarios de suelo exterior al polígono es una posibilidad que contemplan los artículos 51 a 54 y aluden a tales propietarios como miembros de la Junta los artículos 157, 2; 159, 2, y 161, 2, del Reglamento de Gestión. Este último precepto los considera como propietarios afectados por

ser su suelo destinado a sistemas generales, habiendo de hacerse efectivo su derecho en el polígono o unidad de actuación objeto de compensación.

Continúa el artículo 172 señalando como contenido del proyecto lo siguiente:

«b) Descripción de las fincas resultantes, incluyendo, en su caso, las que corresponden a la Administración adjudicataria del 10 por 100 del aprovechamiento medio, titulares a quienes se adjudiquen y concepto en que lo fueren. Se expresará respecto de cada finca la antigua a la que corresponda o el derecho que da lugar a la adjudicación, así como las cargas y gravámenes, condiciones, sustituciones y demás derechos que las afecten, por no ser incompatibles con el planeamiento».

Este apartado viene a coincidir con lo que para reparcelaciones establece el artículo 113, 1, b), del Reglamento de Gestión. Hay que observar que el precepto parte de la base fundamental de la «subrogación real» como regla general en estos casos, al igual que en la reparcelación. Pero, como en ésta, también se alude a la disyuntiva del «derecho que da lugar a la adjudicación», cuando no se refiera a una correspondencia con una finca antigua. Esta referencia al «derecho» nos sugiere dos órdenes de consideraciones: en primer lugar, que la adjudicación no puede hacerse en «vacío», pues siempre ha de corresponder a un derecho cuantificado en las Bases de Actuación; por ello, caben adjudicaciones a Empresas urbanizadoras, pero es porque se corresponden con un derecho preexistente, y a él alude el artículo 167, 1, d), del Reglamento de Gestión al referirse como contenido de las Bases a los «criterios para valorar las aportaciones de empresas urbanizadoras»; en segundo lugar, la referencia al «derecho» en lugar de a la «finca antigua» da pie para pensar que cabe aplicar el sistema de adquisición originaria previsto para las reparcelaciones en artículos 122 y siguientes del Reglamento de Gestión como disyuntiva a la estricta «subrogación real». Pero, en todo caso, siempre ha de corresponder a un derecho existente en la compensación, no cabiendo hacer adjudicaciones gratuitas fuera de las que correspondan a la Administración actuante por imperativo de la Ley. La posible aplicación del sistema de adjudicación por título originario a que se refieren los artículos 122 y siguientes del Reglamento, respecto a la reparcelación se confirma por cuanto el artículo 174, 4., del mismo señala que la «aprobación definitiva del proyecto de compensación hecha por el órgano actuante produce los mismos efectos jurídicos que la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación», y

entre esos efectos está la adquisición originaria en caso de falta de correspondencia con las fincas antiguas.

Sigue diciendo el artículo 172 del Reglamento que es también contenido del proyecto de compensación: «c) Localización de los terrenos de cesión obligatoria y de las reservas que establezca el plan». Este apartado coincide igualmente con el artículo 113, c), relativo a la reparcelación. Y es que con la aprobación del proyecto de compensación y con la correspondiente formalización e inscripción se lleva a efecto y se documenta lo que establece el artículo 128 de la Ley del Suelo, que dice que «la transmisión al municipio correspondiente, en pleno dominio y libre de cargas de todos los terrenos de cesión obligatoria y de las obras o instalaciones que deban ejecutar a su costa los propietarios tendrá lugar por ministerio de la Ley en las condiciones que reglamentariamente se determinen». Y según el artículo 179, 1, del Reglamento de Gestión «el acuerdo de aprobación del proyecto de compensación producirá la cesión de derecho a la Administración actuante, en pleno dominio y libre de cargas, de todos los terrenos que sean de cesión obligatoria y gratuita según el plan, para su incorporación al patrimonio municipal del suelo o su afectación a los usos previstos en el mismo».

El apartado d) del artículo 172, que estamos comentando, señala también como contenido del proyecto de compensación: «d) Superficies o parcelas que la propia Junta se reserve, en su caso, para enajenarlas directamente, con el fin de sufragar los gastos previstos de la urbanización».

Este apartado constituye, naturalmente, una especialidad de la compensación respecto de la reparcelación, como consecuencia de la existencia de la Junta de Compensación en aquel sistema y no en la reparcelación. Se trata de una posibilidad que tiene en sus manos la Junta de Compensación como persona jurídica con titularidad fiduciaria. No es normal que esto suceda, pues hay otros sistemas para recabar los fondos necesarios para la urbanización. El artículo 177 se ocupa de tal posibilidad, señalando además otra: la constitución de hipoteca sobre fincas de los miembros. Dice así el precepto: «1. Para hacer frente a los gastos de urbanización la Junta podrá disponer, mediante su enajenación, de los terrenos que se hubiese reservado a tal fin en el proyecto de compensación». «2. Las Juntas de Compensación podrán concertar créditos con garantía hipotecaria de las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas para la realización de las obras de urbanización. Si se emitieran títulos se cumplirá lo dispuesto para la constitución de la hipoteca en garantía de los transmisibles por endoso o al portador en los artículos 154 y concordantes de la Ley Hipotecaria».

«3. Para realizar los actos señalados en los dos números anteriores será necesario acuerdo del pleno de la Junta de Compensación, salvo que la constitución de gravámenes y la enajenación conste prevista en los Estatutos como competencia de sus órganos rectores, en cuyo caso se entenderá que actúan en representación de aquélla, sin necesidad de acuerdo expreso». «4. En cualquier caso, y aun cuando no estuviere previsto en los estatutos, la Junta de Compensación, a través de sus órganos rectores, podrá poner a disposición de quienes ejecuten la obra urbanizadora las superficies sobre las que se vayan a ejecutar las obras y aquellas otras que sea necesario ocupar durante su realización, sin que ello signifique merma alguna de los derechos de los propietarios en el resultado de la compensación».

En este precepto, aparte de la posibilidad de ocupación material de terrenos para obras de urbanización a que se refiere el último apartado, se contemplan dos posibilidades para hacer frente a los gastos de urbanización: «a) la enajenación de los terrenos que se hubiese reservado la Junta a tal fin en el proyecto de compensación; b) y la constitución de hipoteca sobre fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas».

Respecto a la enajenación de terrenos que se hubiese reservado la Junta de Compensación es el supuesto que contempla el apartado d) del artículo 172 del Reglamento, que estamos comentando. La explicación de tal supuesto es el de una verdadera *«titularidad fiduciaria de la Junta de Compensación»*. En cuanto a la legitimación para realizar el acto de enajenación lo regula claramente el citado número 3 del artículo 177.

En cuanto a la posibilidad de constituir hipoteca, a que se refiere el número 2 del artículo 177, se trata de un supuesto diferente, pues en tal caso no se trata de terrenos cuya «titularidad fiduciaria» corresponda a la Junta de Compensación, pues son «propiedad material y formal» de los miembros de la Junta al no tratarse de terrenos reservados por aquélla, como los del primer supuesto, y al no contemplarse ahora el supuesto de haberse previsto la transmisión de tales terrenos a la Junta en los Estatutos, puesto que el precepto se refiere a una actuación de la Junta sobre fincas propiedad de los miembros de aquélla. La explicación de este supuesto no es, pues, sobre la base de una «titularidad fiduciaria» de la Junta, sino de una «actuación fiduciaria» de la misma, permitida legalmente. Los requisitos para realizar tal legitimación dispositiva sobre bienes ajenos se contemplan en el mismo número 3 del artículo 177 del Reglamento.

Tal «actuación fiduciaria» sobre fincas ajenas puede producirse en un momento anterior a la adjudicación de las nuevas fincas, en cuyo

caso se tratará de la hipoteca de una finca antigua, que en su día ha de corresponderse con una nueva. En tal caso, el propietario a quien corresponda tal finca ha de ser compensado adecuadamente en el proyecto de compensación, pues ha de existir solidaridad de beneficios y cargas entre los adjudicatarios. Tal compensación puede hacerse siguiendo las reglas generales previstas en las bases, bien mediante adjudicación de fincas o las correspondientes compensaciones en metálico. Cabe también que la constitución de hipoteca se produzca con posterioridad a la adjudicación de la nueva finca al titular, en cuyo caso han de preverse igualmente los mecanismos necesarios para compensar adecuadamente al propietario o propietarios afectados, que no pueden quedar de ningún modo perjudicados por tal actuación fiduciaria de la Junta sobre las fincas de propiedad de ellos.

El último apartado del artículo 172, objeto de comentario, señala también como contenido del proyecto de compensación: «e) Compensaciones en metálico, si fuesen procedentes por diferencias en las adjudicaciones». Este apartado confirma precisamente la posibilidad de aplicar el sistema de adjudicación originaria de fincas cuando no exista equivalencia, a que se refiere el artículo 122 y siguientes del Reglamento de Gestión, y a que antes hemos hecho referencia como aplicables a la compensación y no sólo a la reparcelación en cuya sede radican.

b) *Forma de practicar la inscripción*

El artículo 174, 4, del Reglamento de Gestión dice que «la inscripción del acuerdo en el Registro de la Propiedad se llevará a efecto de conformidad con lo establecido en el artículo 114 de este Reglamento». En vista de ello parece que no habría más que remitirse al sistema previsto para la reparcelación, consistente en la cancelación de las hojas registrales de las fincas antiguas y en la apertura de nuevas hojas a las fincas resultantes, con el consiguiente traslado de cargas por subrogación real. Habría que remitirse, igualmente, a lo ya dicho en relación con la reparcelación, en la primera parte de este estudio, sobre la supresión del antiguo sistema de agrupación de las parcelas y subsiguiente segregación y adjudicación de las nuevas fincas resultantes, que preveía el antiguo Reglamento de Reparcelaciones, y que ha sido superado por el nuevo sistema de cancelación de hojas y apertura de otras nuevas, sin pasar por la agrupación y segregación, según establece el Reglamento de Gestión.

Sin embargo, aunque ciertamente es aplicable lo ya dicho al tratar de la reparcelación, se producen algunas especialidades a propósito de la forma de practicar la inscripción de la compensación.

Por de pronto está el «misterioso» artículo 170 del Reglamento de Gestión, cuyo texto no aparece en las reparcelaciones y sí en la compensación, y que establece lo siguiente: «En los instrumentos que hayan de otorgarse para la transmisión del dominio de las fincas a favor de la Junta o para las agrupaciones de fincas a que se refiere el artículo precedente se harán constar los bienes de dominio público que pudieran existir en el polígono o unidad de actuación, expresando su superficie y situación». La redacción de este artículo 170 resulta un tanto extraña al aludir a la «transmisión» y «agrupación de fincas», empleando la expresión «a que se refiere el artículo precedente», pues en el artículo 169, ya comentado y rastreado, no aparece nada alusivo a ninguna transmisión, ni mucho menos a ninguna agrupación de fincas, pues se refiere únicamente a la nota marginal de afectación de las fincas al cumplimiento de las obligaciones del sistema de compensación, y ello no significa ninguna transmisión ni ninguna agrupación. Para salvar el texto del artículo 170, al objeto de que cobre algún sentido, podría pensarse que la expresión «a que se refiere el artículo precedente» es una oración de relativo que tiene como antecedente la palabra «fincas», en el sentido de que son las fincas comprendidas en la compensación las que se citan en el artículo 169 precedente y a las que igualmente se refiere el artículo 170. En cambio, a la transmisión y a la agrupación se refiere sólo el artículo 170 y no el 169.

Sea de la redacción gramatical lo que fuere —quizá en un primitivo proyecto el texto del art. 169 o de otro anterior al texto del art. 170 contuviera alguna referencia a la agrupación de fincas, y luego fue suprimido y no adaptado el 170 a la nueva sistemática—, lo cierto es que el artículo 170 se refiere a un supuesto diferente del artículo 169 y con esa alusión a la «transmisión de fincas» y a la «agrupación de las mismas», permite contemplar una posibilidad de inscripción en la compensación que no cabe en la reparcelación, lo que da cierta especialidad a la compensación. Mi interpretación es que si bien el sistema normal de inscripción en la compensación es el mismo que en la reparcelación (la remisión del citado art. 174, 4, así lo demuestra), cabe una alternativa o posibilidad diferente a la de la cancelación y apertura de hojas a las fincas, cuando por haberlo previsto así en los Estatutos de la Junta de Compensación se transmitan las fincas a la Junta de Compensación. En ese caso de transmisión de fincas en que aparece una nueva «titularidad», la de la Junta de Compensación, sí que cabe que ésta «agrupe» todos los terrenos para que se inscriban a su nombre, en cuyo caso las ulteriores adjudicaciones tendrían que realizarse sobre la base de efectuarse las correspondientes segregaciones. Con esta interpreta-

ción estamos relacionando el artículo 170 del Reglamento de Gestión con el supuesto a que se refiere el artículo 129, 1, de la Ley del Suelo, es decir, al caso de producirse transmisión formal de terrenos a la Junta de Compensación por haberlo previsto así los Estatutos de dicha Junta. Sólo en ese caso tiene sentido la referencia a las agrupaciones.

En definitiva, pienso que existen dos posibilidades de inscripción, según los supuestos, en el caso de la compensación, frente a la única vía posible ya estudiada, de la reparcelación. Esas dos posibilidades en la compensación son las siguientes:

1.^a Supuesto de haberse producido transmisión formal de los terrenos de los miembros a favor de la Junta de Compensación, por haberlo previsto así los Estatutos. Es el supuesto del artículo 129, 1, de la Ley del Suelo, al que podría referirse el artículo 170 del Reglamento de Gestión, según la interpretación que acabo de apuntar. En tal caso no se aplica el sistema de cancelación de hojas registrales de las fincas antiguas y de apertura de nuevas hojas sustitutivas, a que se refiere el artículo 114 del Reglamento de Gestión. La Junta de Compensación, que recibe la titularidad formal de las fincas del polígono, puede proceder a «agruparlas», y ulteriormente, para inscribir las adjudicaciones de las nuevas fincas resultantes, procede utilizar el mecanismo de las segregaciones de esa finca formada por agrupación. Esta primera posibilidad no cabe en la reparcelación, pero es porque el Reglamento de Gestión ha suprimido la inscripción de agrupación a favor del «Ayuntamiento». Pero tratándose de la compensación, aunque no sea el sistema normal, está previsto un supuesto de transmisión y agrupación de terrenos a favor de la «Junta de Compensación», y en tal caso no hay por qué excluir el sistema de «agrupación» y «segregaciones y adjudicaciones», pues se acomoda perfectamente al supuesto planteado.

2.^a Supuesto de no haberse producido transmisión formal de los terrenos a favor de la Junta. En este caso, como los titulares registrales de los terrenos siguen siendo los propietarios miembros de la Junta y no la Junta misma, no cabe ningún sistema de agrupación y segregaciones, sino que procede aplicar el sistema normal previsto para la inscripción de reparcelaciones en el artículo 114 del Reglamento de Gestión, al que se remite el artículo 174, 4, y, en consecuencia, proceder a la cancelación de las hojas registrales de las fincas antiguas y a la apertura de las nuevas hojas a las fincas resultantes, con aplicación de la subrogación real o bien la adquisición originaria de fincas. Todo ello según se ha estudiado con detalle al tratar de la reparcelación, a la que nos remitimos.

Por tanto, hay que llegar a la conclusión de que el sistema de inscripción en la compensación es, *por regla general*, el mismo que en la reparcelación, pero que *excepcionalmente* en el supuesto de transmisión formal de los terrenos a la Junta de Compensación cabe que ésta agrupe tales terrenos (art. 129 de la Ley del Suelo y art. 170 del Reglamento de Gestión), en cuyo caso no habría inconveniente en seguir el sistema de inscripción de agrupación y ulteriores segregaciones, a diferencia de lo que ocurre en las reparcelaciones, en que, en ningún caso, cabe ya acudir al antiguo sistema de inscripción de agrupación del Reglamento de Reparcelaciones.

Otro problema que se plantea a propósito de la inscripción de la compensación es el de si no sólo son aplicables los preceptos que el Reglamento de Gestión dedica a la inscripción de las reparcelaciones (artículos 113 y 114, a los que se remite el repetido 174), sino si también son aplicables los preceptos que el antiguo Reglamento de Reparcelaciones dedica a la reparcelación en tanto en cuanto todavía estén vigentes por no oponerse al nuevo sistema del Reglamento de Gestión. Es decir, si cabe aplicar a la compensación lo relativo a la inmatriculación, reanudación de tracto sucesivo, excésos de cabida, etc., que detalladamente regula el Reglamento de Reparcelaciones en relación con la reparcelación y a los que hemos aludido en la primera parte de este estudio. ¿Es aplicable todo ello a la compensación, aunque el artículo 174, 4, del Reglamento de Gestión se refiere únicamente al artículo 114 del propio Reglamento? La contestación entiendo ha de ser afirmativa, pues la equiparación de los efectos de ambas figuras en el número 4 del artículo 174 del Reglamento de Gestión ha de llevar a la equiparación de preceptos en relación con las características y efectos del título inscribible (inmatriculación, reanudación de tracto, excésos de cabida), y si los artículos 113 y 114 han de entenderse integrados por esos preceptos compatibles del Reglamento de Reparcelaciones, la misma integración ha de hacerse a propósito de la compensación. Por otra parte, antes del nuevo Reglamento de Gestión, el Reglamento de Reparcelaciones era igualmente aplicable a la compensación, por lo que no hay razón para excluir su aplicación si se estima —como hice en la primera parte de este estudio— que hay preceptos del Reglamento de Reparcelaciones que no han sido derogados por el Reglamento de Gestión. En último término, no hay que olvidar que la inscripción de la compensación se practica en base a un expediente y a una documentación de carácter administrativo, pues se requiere la aprobación definitiva del organismo administrativo actuante, todo lo cual permite atribuir los mismos efectos inmatriculadores, de reanudación de tracto y de inscripción

de excesos de cabida al título inscribible administrativo de compensación en el mismo sentido que el título de reparcelación.

Hechas estas consideraciones específicas sobre la inscripción de la compensación, hay que remitirse en bloque —lo digo una vez más— a todos los problemas estudiados en relación con la reparcelación, que nos han llevado buena parte de los estudios anteriores.

IX. LA NOTA MARGINAL DEL ARTICULO 178 DEL REGLAMENTO DE GESTION

El artículo 178 del Reglamento de Gestión establece lo siguiente:

«1. Las fincas resultantes del acuerdo definitivo de compensación quedarán gravadas con carácter real, al pago de la cantidad que corresponda a cada finca, en el presupuesto previsto de los costes de urbanización del polígono o unidad de actuación a que se refiera, en su día, al saldo definitivo de la cuenta de dichos costes».

«2. Esta afección tendrá la misma preferencia y duración que la señalada en el artículo 126 de este Reglamento para la de la cuenta del procedimiento reparcelatorio, y se podrá cancelar a instancia de parte interesada también por solicitud a la que se acompañe certificación de la Junta de Compensación de estar pagados totalmente los costes de urbanización correspondientes a la finca de que se trate, certificación que la Junta no podrá expedir hasta tanto hayan sido recibidas las obras por el órgano actuante».

Diferencias entre las notas marginales de los artículos 169 y 178

Ante todo conviene diferenciar la nota marginal del artículo 169 de esta nota del artículo 178:

a) La nota del artículo 169 se practica sobre las fincas antiguas y, en cambio, la nota del artículo 178 sobre las fincas adjudicadas resultantes.

b) La nota del artículo 169 se refiere a la afectación de las fincas al cumplimiento de las obligaciones del sistema de compensación *en general*, de las cuales las tres fundamentales son las ya vistas antes (cesión de terrenos para sistemas generales, costear la urbanización y soportar las nuevas adjudicaciones de fincas), pero además todas las derivadas del sistema de compensación. En cambio, la nota del artículo 178 es una nota de afección o de garantía respecto a la obligación específica

del pago de los gastos del presupuesto de compensación para la urbanización del polígono y demás gastos que correspondan a cada finca.

c) La nota del artículo 169 se practica a solicitud de la Junta de Compensación y base a la certificación administrativa del contenido específico señalado por el apartado 2 de dicho precepto. En cambio, la nota del artículo 178 ha de practicarse en el Registro al inscribir la certificación del acuerdo aprobatorio del proyecto de compensación, simultáneamente a la inscripción de las adjudicaciones de las nuevas fincas, pues dicha afección es precisamente una de las circunstancias que ha de contener dicho documento.

d) La nota del artículo 169 tiene efectos anteriores a la aprobación del proyecto de compensación. La nota del artículo 178 tiene efectos a partir de la inscripción del acuerdo de compensación, que es cuando se practica en el Registro.

e) La nota marginal del artículo 169 tiene el efecto de publicar registralmente la afectación de las fincas al cumplimiento de las obligaciones *propter rem* del sistema de compensación, según hemos visto, sirviendo, además, de notificación a los sucesivos titulares dentro del expediente de compensación, mientras éste se sustancia. En cambio, la nota del artículo 178 tiene efectos de afección o garantía del pago de las cantidades correspondientes a cada finca en el expediente de compensación, una vez terminado éste, con el efecto de prioridad que señala el artículo 178 citado en su apartado 2.

Interpretación del número 1 del artículo 178 y concretamente si se trata de una nota marginal de garantía de un máximo de responsabilidad o si por responsabilidad indeterminada sin máximo

La redacción del número 1 del artículo 178, antes transcrito, es bastante desafortunada, con fallos gramaticales que no se han salvado en virtud de ninguna rectificación en el BOE y que repercuten en el problema de la interpretación del precepto. GARCÍA DE ENTERRÍA, en su *Legislación Administrativa*, y en nota a dicho apartado, dice, refiriéndose a la expresión «en su día», que «parece que debiera decir 'y en su día'».

Ante la extraña redacción del precepto podemos preguntarnos: ¿Es que las fincas quedan afectas no sólo a la cantidad provisionalmente prevista en el presupuesto de gastos, sino también a la que resulte del saldo definitivo posterior, aunque dé una cantidad superior a la presupuestada? ¿O es que las fincas quedan afectas a la cantidad provisionalmente presupuestada, pero que en su día hay que estar al saldo de-

finitivo siempre que esté dentro del máximo presupuestado como garantía real? O sea: ¿Opera como un máximo de responsabilidad real la cantidad presupuestada, o no?

Realmente, caben dos posibles interpretaciones que expongo con pretensión de objetividad para que cada lector pueda sacar sus propias conclusiones, aunque he de decidirme al final por alguna de ellas para que quede clara mi opinión.

Primera posible interpretación

La cantidad asignada a cada finca en el presupuesto provisional opera como un máximo de garantía real. La finca queda afecta hasta el máximo presupuestado y concretado para ella. Los terceros adquirentes o titulares posteriores o anteriores no preferentes sólo quedan afectados hasta el máximo que representa la cantidad prevista en el presupuesto y que el Registro ha de publicar con especificación de cantidad.

Base de esta interpretación sería partir de que el artículo 178, 1, sólo afecta con carácter real las fincas respecto a la cantidad presupuestada correspondiente, pues, en otro caso, no tendría sentido aludir a esa cantidad que no ha de tener ningún efecto. Y en cuanto a la explicación de la referencia «al saldo definitivo» en ese apartado podría entenderse, en concordancia con la idea anterior, que sólo puede referirse a cantidades del saldo definitivo que no superen el máximo de responsabilidad presupuestado, ya que el exceso no tendría garantía real sobre la finca. Más argumentos de peso pueden resultar del examen de la legislación hipotecaria y, concretamente, del principio hipotecario de especialidad o determinación que, en atención a la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, no admite la práctica de asientos ni afecciones por cantidad indeterminada, siendo uno de los pilares básicos del sistema registral. Si a ello se une la omnímoda preferencia asignada a esa nota marginal por el artículo 178, 2, al remitirse a los efectos de prioridad del artículo 126 —precepto ya estudiado en la segunda parte de estos estudios—, se obtendría un refuerzo argumentativo diciendo que esa *prioridad o preferencia excepcional* de la nota marginal sólo puede entenderse referida a una cantidad determinada como máximo y no totalmente indeterminada.

Segunda interpretación posible

La cantidad asignada a cada finca en el presupuesto de costes opera como una cantidad meramente provisional de efectos informativos e incluso ejecutivos, pero que no excluye que si en la futura liquidación

definitiva se produce una cantidad superior, la finca no haya de quedar gravada a las resultas de esa cantidad, aunque sea superior a la presupuestada. O sea, la afección sería no sólo por la cantidad provisionalmente presupuestada, sino también por la cantidad que en su día resulte del saldo definitivo. Con esta interpretación resultaría que el adquirente o titular ulterior de cada finca tendría una información provisional de las cantidades de responsabilidad de las fincas, pero a sabiendas de que habría de estar a lo que resultase en su día del saldo definitivo.

En favor de esta segunda solución podría decirse que es la que resulta de la redacción desafortunada del artículo 178, 1, pues falte o no una «y», lo cierto es que decir «en su día, al saldo definitivo de la cuenta de dichos costes», no puede significar otra cosa que las fincas «quedarán gravadas con carácter real al saldo definitivo de la cuenta de dichos costes». Podría también decirse que el sistema hipotecario admite algunos supuestos de indeterminación de cantidad, aunque sean en excepcionálissimas ocasiones, pues esa excepción se tendría que producir también en este caso. Así, en algunas afecciones fiscales se admite la indeterminación de cantidad, y ello se explica por ser de escasa duración temporal (la determinación temporal y su limitación en el tiempo compensa la indeterminación de cantidad). Está en juego en ellas el interés público y además, se señala en algunas, una cantidad provisional de afección, sin perjuicio de la ulterior definitiva (así, en las notas marginales de autoliquidación por Impuesto de Transmisiones Patrimoniales). Se podría añadir que el interés público urbanístico exige estar necesariamente al saldo definitivo, pues en otro caso no se sabría cómo sufragar el exceso, y que la nota marginal del artículo 178 tiene también una duración determinada, que compensaría, en cierto modo, la indeterminación de cantidad; que la referencia en la nota a una cantidad provisional tiene interés no sólo por el efecto informativo que ello supone, sino porque, respecto a esa cantidad, el impago determina la posible ejecución inmediata, y, en cambio, respecto al saldo definitivo ulterior, se requeriría citar expresamente a los titulares registrales en el expediente que corresponda, por lo que éstos serían oídos y podrían interponer las reclamaciones que procedieran. En fin, cabría decir que la otra nota marginal, la del artículo 169 del Reglamento de Gestión, cubre todas las obligaciones urbanísticas, incluso la de costear los gastos de urbanización, y en ella no consta señalamiento alguno de cantidad ni de máximo, porque en el momento en que se extiende no hay todavía nada presupuestado, pero que, en definitiva, la nota marginal del artículo 178 tendría la cobertura que le puede dar la antecedente nota del artícu-

lo 169, en que no se hace ninguna distinción respecto al cumplimiento de las obligaciones *propter rem* por razón de cuantía.

De estas dos posibles interpretaciones, al autor de estos estudios le cuesta enormemente decidirse acerca de cuál es la correcta desde el punto de vista legal. Prueba de mis dificultades en este punto es que en la segunda parte de estos estudios, en relación con la reparcelación, opté por la solución o criterio del «máximo de responsabilidad» (o sea, la primera de las interpretaciones ahora expuestas). Y es que, desde el punto de vista hipotecario, es evidente que es la solución más ajustada a los principios registrales. Además, el antecedente que representa el Reglamento de Reparcelaciones inclinaba también a esa solución, y efectivamente el número 6 del artículo 45 de dicho Reglamento establecía que «en todo caso deberá constar la cantidad máxima por la que responderá el respectivo inmueble». Por otra parte, en la reparcelación el mayor protagonismo de la Administración actuante permitía interpretar que la propia Administración señalaría el máximo adecuado para cada finca.

Ahora bien, al estudiar en esta parte final la compensación, que es un distinto sistema, observo que esa interpretación tiene algunas dificultades desde el punto de vista urbanístico que permiten mantener que el artículo 178, 1, del Reglamento de Gestión ha tratado de superar lo establecido en el artículo 45, 6, del Reglamento de Reparcelaciones. Y si se llega a tal conclusión, ella ha de aplicarse con unidad de criterio a la reparcelación y a la compensación, pues las diferencias de sistema no acaban de explicar una diferencia de efectos de la nota marginal.

Claro es que, desde el punto de vista exclusivamente del Derecho Hipotecario puro, la mejor solución sería la del «máximo» de responsabilidad para cada finca. Pero hay que tener en cuenta que el Derecho Hipotecario no es una rama del Derecho cerrada e incommunicada, y en este caso, al ponerse en contacto con el Urbanismo, ha de favorecer soluciones que coordinen los principios de una y otra rama del Derecho. Por eso, también el Urbanismo ha de adecuarse a las soluciones del Derecho Hipotecario. Esa es precisamente la clave para conseguir la coordinación de ambas instituciones. Si cada rama se cierra dentro de sus esquemas, la coordinación no es posible.

Pues bien, si el Derecho Hipotecario ha de adecuarse a la realidad urbanística que impone el sistema de compensación, la solución que es-timo más adecuada es la segunda, es decir, aquélla que interpreta la nota marginal del artículo 178 del Reglamento de Gestión como una nota de afección real de la finca al pago no sólo de la cantidad provi-

sionalmente presupuestada, sino de la cantidad que en su día resulte de la fijación del saldo definitivo. Si la nota marginal no cubriera el saldo definitivo cabría preguntar: ¿Quién ha de sufragar y responder del exceso sobre la cantidad presupuestada? ¿El antiguo propietario de la finca que ya transmitió ulteriormente la misma? La contestación afirmativa no es muy concorde con la situación real, puesto que es un propietario que ha quedado fuera del polígono o unidad de actuación y que puede ser insolvente, y además no tiene ya ninguna relación con los beneficios y cargas del sistema. Bien está que a ese titular se le tenga en cuenta en sus posibles relaciones jurídicas personales con el nuevo adquirente, por razón de lo pactado entre ambos. Pero si se hace depender de su patrimonio propio, y no de la finca del polígono, su responsabilidad respecto a los gastos de la urbanización, el sistema de compensación puede quedar en quiebra.

¿Podría entenderse que es la Junta de Compensación la responsable en ese caso respecto al exceso? No parece la solución adecuada tampoco, puesto que para que ello sea factible la Junta ha de tener terrenos reservados y esto no siempre sucede, y, en todo caso, lo que no puede ser es establecer diferencias entre las fincas de los propietarios que vendieron y las de los propietarios que mantienen la titularidad.

¿Acaso el Ayuntamiento como órgano actuante es el que debe responder del exceso? No es procedente la contestación afirmativa, pues la naturaleza del sistema de compensación impone que los costes de la urbanización los paguen los titulares de las parcelas y no el órgano actuante.

Todas estas preguntas y contestaciones nos llevan a la conclusión de que la naturaleza de la realidad urbanística impone saltar por encima del importe presupuestado cuando la liquidación definitiva dé un saldo superior a esa cantidad para que responda cada finca, en la proporción correspondiente, de ese exceso.

Si del plano de las elucubraciones y preguntas pasamos a los preceptos vigentes, se ha de llegar a la misma conclusión.

Efectivamente, la redacción del artículo 178, 1, del Reglamento de Gestión, aunque defectuosa, es bien significativa de que hay que estar al saldo definitivo, pues no se habla para nada del «máximo» de responsabilidad, a diferencia del Reglamento de Reparcelaciones, sino que la afección es, en principio, por la cantidad presupuestada, y en su día, por la resultante del saldo definitivo de la liquidación.

El artículo 178, 2, confirma esta interpretación, pues no cabe cancelar la nota de afección si no es por certificación de la Junta de Compensación acreditativa de estar «pagados totalmente los costes de urba-

nización correspondientes a la finca». Al no aludir ya a la cantidad presupuestada y emplear el adverbio «totalmente», así como al referirse seguidamente al momento de estar «recibidas las obras», se deduce que para dar por extinguida la garantía que implica la nota ha de constar pagado el saldo definitivo y no sólo el provisional.

Además, la remisión que el artículo 178, 2, hace al artículo 126 y concordantes del Reglamento de Gestión apuntala esta interpretación, aunque ello suponga para mí revisar algunas de mis ideas vertidas en la segunda parte de este estudio, lo que tampoco debe extrañar, pues, aparte de lo ya explicado, ha transcurrido bastante tiempo desde la publicación de esa segunda parte hasta el momento de esta tercera y última. Y es que el número 2 del artículo 127 del Reglamento de Gestión ya dice que los «saldos de la cuenta de liquidación del proyecto se entenderán provisionales y a buena cuenta hasta que se apruebe la liquidación definitiva de la reparcelación», y que «los errores y omisiones que se adviertan, así como las rectificaciones que se estimen procedentes, se tendrán en cuenta en la liquidación definitiva, pero no suspenderán la exigibilidad de los saldos provisionales aprobados con el proyecto». De aquí se deduce la explicación del saldo provisional: no se trata de que opere como máximo de responsabilidad hipotecaria, sino de una cantidad provisional que puede ser exigida por la vía de apremio (así, artículo 127, núm. 4).

Por otra parte, la referencia del artículo 128, 2, del propio Reglamento, a que la liquidación definitiva «tendrá exclusivamente efectos económicos y no podrá afectar a la titularidad real sobre los terrenos», no significa que las fincas no hayan de quedar afectas con responsabilidad real al pago de tal cantidad definitiva, sino que significa que, por razón de la liquidación definitiva, no pueden replantearse cambios de titularidad de las fincas o de partes de ellas. O sea, «efectos económicos» significa «pago de cantidades», pero no excluye la afección de las fincas al pago de las mismas. Lo que se excluyen son las rectificaciones en la titularidad resultantes de las adjudicaciones ya hechas. Utilizo como argumento para llegar a esta interpretación de las palabras «efectos económicos» el sistemático que resulta del artículo 116 del Reglamento de Gestión, que regula la reparcelación «simplemente económica». Obsérvese que, según el apartado e) de dicho precepto, el Registrador se limitará en tal caso a tomar razón de la cuantía de los «saldos de liquidación provisional». A efectos de ese precepto no interesa la referencia a la liquidación provisional, sino que lo importante es que, a pesar de tratarse de una reparcelación de «efectos económicos», quedan «afectas las fincas a través de la nota marginal», pues lo «económico»

no se plantea como cuestión de trascendencia meramente personal, sino como un problema que no afecta a las titularidades dominicales, pero que sí afecta a las fincas.

Por último, las referencias a la «provisionalidad» de la cantidad, tanto en el artículo 178, 1, como en los artículos 113, 1, d), y 114, d), significan que la nota marginal de afección ha de publicar esa «provisionalidad» de la responsabilidad real, sin referencia a ningún «tope máximo», pues, a diferencia del antiguo Reglamento de Reparcelaciones, el Reglamento de Gestión no ha seguido la técnica del «máximo», sino la vía de la responsabilidad provisional a las resultas de la definitiva.

En cuanto al Derecho Hipotecario hay que observar en línea con lo ya dicho con anterioridad que si bien el principio de especialidad impone el requisito de un máximo de responsabilidad de cada finca, existen también excepciones justificadas, como ocurre en las afecciones fiscales de duración limitada. Esa misma justificación cabe encontrar en este caso al perfilar esta nueva excepción resultante del Derecho Urbanístico, pues, al igual que en las afecciones fiscales, hay aquí un interés público predominante, y al propio tiempo, y con la misma similitud, la nota marginal de afección tiene un plazo de duración determinado, pasado el cual caduca la nota y desaparece la indeterminación. De ello pasamos a ocuparnos seguidamente.

Duración y cancelación de la nota marginal

El artículo 178, 2, más arriba transcrito, se remite a la duración señalada en el artículo 126 para la nota de afección del procedimiento reparcelatorio y, por tanto, «caducará y deberá ser cancelada a los dos años de haberse hecho constar el saldo de la liquidación definitiva, y si no constare, a los siete años de haberse extendido la nota de afección». Obsérvese la referencia a la posibilidad de constancia del saldo de liquidación definitiva y el recorte en el plazo de duración que ello supone, todo lo cual concuerda con la interpretación antes expuesta de que la nota también cubre la cantidad por la liquidación definitiva.

En cuanto a la forma de la cancelación, el citado artículo 126, 3, del Reglamento de Gestión dice que «la cancelación se practicará a instancia de parte interesada o de oficio al practicarse algún otro asiento o expedirse certificación relativa a la finca afectada». Por tanto, se aplica el procedimiento del artículo 353, 3, del Reglamento Hipotecario.

Además de esta cancelación por caducidad el Reglamento de Gestión regula la cancelación de la nota de afección por pago de las cantidades de que responde la finca. Así, el artículo 178, 2, dice que «se

podrá cancelar a instancia de parte interesada también por solicitud a la que se acompaña certificación de la Junta de Compensación de estar pagados totalmente los costes de urbanización correspondientes a la finca de que se trate, certificación que la Junta no podrá expedir hasta tanto no hayan sido recibidas las obras por el órgano actuante».

La especialidad radica en que aquí aparece la Junta de Compensación, a diferencia de lo que ocurre en la reparcelación. CARCELLER FERNÁNDEZ opina que «la intervención de la Administración actuante debiera haber sido más directa en relación con el Registro de la Propiedad por cuanto la afección es una garantía para dicha Administración y no para la Junta» (*Reparcelación y Compensación...*, pág. 256). No obstante, creo que la posición reglamentaria es acertada y está en plena concordancia con el sistema de compensación. La Administración actuante cuenta con suficiente garantía a través del artículo 183 del Reglamento de Gestión. El protagonismo en el sistema de compensación lo tiene la Junta y ella es responsable frente a la Administración. No hay relación directa entre Administración y miembros de la Junta, sino que la relación se produce a través de ésta y siguiendo la lógica del sistema elegido. Siempre está la posible sanción de expropiación por parte de la Administración actuante, ante el incumplimiento de obligaciones, por lo que sería exagerado ampliar todavía más los resortes sancionadores.

Los efectos de preferencia de la nota de afección del artículo 178

Este artículo 178, 2, se remite igualmente al artículo 126, a efectos de la preferencia de esta afección, que sólo tiene algunas excepciones que en dicho precepto se indican. A lo ya estudiado detenidamente al tratar de la reparcelación me remito a estos efectos, por ser idéntica la regulación en uno y otro caso.

La redacción del asiento de nota marginal de afección del artículo 178 del Reglamento de Gestión

La redacción del asiento ha de guardar concordancia con la interpretación procedente en relación con el alcance de la garantía de dicha nota.

Si se considerase que la interpretación procedente es la de responsabilidad por un «máximo», entonces en la nota habría de reflejarse la cuantía de responsabilidad máxima de cada finca, sin ninguna referencia a cantidades *provisionales* ni a ulteriores definitivas.

Sin embargo, como mi opinión es la de que la nota de afección cubre tanto la cantidad provisionalmente presupuestada como la definitiva du-

rante el plazo de duración de la nota, la lógica consecuencia es que definiendo la redacción del asiento en el sentido de que la finca ha de quedar afecta no sólo a la cantidad provisionalmente presupuestada, sino también a la cantidad definitiva que en su día resulte de la liquidación ulterior. En la nota ha de hacerse referencia a ambos extremos. Respecto a la cantidad provisional, aparte de contar los sucesivos adquirentes con un dato informativo, esa cantidad sirve para que la Junta pueda exigir desde ya tal importe por la vía de apremio, pues según el artículo 127, 4, del Reglamento de Gestión «a todos los efectos se entenderá que los saldos de reparcelación son deudas líquidas y exigibles que median entre cada uno de los interesados y la Administración actuante. En caso de impago procederá la vía de apremio». En cuanto a la liquidación definitiva tendrá los «efectos económicos» señalados en el ya citado artículo 128, 2, del propio Reglamento, sin que puedan rectificarse las titularidades, pero sí procederse por la vía de apremio en caso de impago. Además, en la fijación de esa cantidad definitiva ha de ser tenido en cuenta y notificado el titular registral, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Reglamento, según el cual «la liquidación definitiva se redactará por la Administración actuante y será notificada, publicada, tramitada y aprobada en la misma forma que el proyecto de reparcelación» (o de compensación, según los casos).

X. ESPECIALIDADES DE LA REPARCELACION Y DE LA COMPENSACION EN CATALUÑA

A) LA REPARCELACIÓN

Sólo me refiero a los aspectos registrales de la reparcelación en relación con la nueva Ley del Parlamento de Cataluña de 9 de enero de 1984, sobre medidas de adecuación del ordenamiento urbanístico de Cataluña, pues, en general, son aplicables las normas del Reglamento de Gestión Urbanística que ya he tratado ampliamente en estos estudios. Dichas especialidades son las siguientes:

1.^a En cuanto al órgano competente para la reparcelación hay que tener en cuenta el artículo 11, 1, de dicha Ley, según el cual «los estudios de detalle, los proyectos de delimitación de polígonos y unidades de actuación, los proyectos de reparcelación y las bases y los estatutos en el sistema de compensación se tramitarán de acuerdo con lo previsto en los artículos 9 y 10, salvo en lo que establecen el artículo 14 y el apartado que sigue». Esta remisión implica que, según el artículo 10, si

transcurre el plazo de los treinta días siguientes a la presentación del proyecto sin que la Administración competente haya tomado ningún acuerdo inicial, el promotor puede presentar la solicitud, acompañada de toda la documentación, a la Comisión de Urbanismo competente que, por subrogación, tramitará el proyecto hasta que haya sido aprobado definitivamente, dando audiencia la Comisión al Ayuntamiento por plazo de diez días. También se produce subrogación en la competencia por parte de la Comisión de Urbanismo, no ya sólo en el caso del acuerdo inicial, sino en el caso de que transcurran tres meses sin que la Administración actuante haya convocado información pública.

Estos extremos han de ser tenidos en cuenta por el Registrador al calificar el título inscribible, pues podría suceder que el título fuera de los que ha de expedir la Comisión de Urbanismo como subrogada del Ayuntamiento, en atención a lo dispuesto en estos preceptos.

2.^a Otra especialidad es que «en los casos de iniciativa pública, cuando el proyecto de reparcelación se presente juntamente con el plan parcial y el proyecto de urbanización, se tramitarán todos de forma simultánea, de acuerdo con el artículo 8, y las aprobaciones se condicionarán a lo establecido en el apartado 1 de este artículo» (se refiere al artículo 12 de la Ley del Parlamento que estamos comentando). En tal caso «los acuerdos de aprobación definitiva se supeditarán en su ejecutividad a la aprobación definitiva del plan parcial, salvo que la misma corporación fuese competente por tratarse de sectores de urbanización prioritaria».

En relación con este problema se plantea a efectos registrales la cuestión de si cabe inscribir las adjudicaciones de la reparcelación con este condicionamiento. Dada la provisionalidad y pendencia de la situación, no es procedente practicar el asiento de inscripción. Únicamente cabría plantear si es posible extender una anotación preventiva por plazo de cuatro años, a la espera de convertirse en inscripción cuando conste la aprobación definitiva del plan parcial. Esto último podría tener su base en el artículo 221 de la Ley del Suelo.

3.^a Ejecución de los planes de ordenación por sectores de urbanización prioritaria. En los artículos 25 y siguientes de la Ley del Parlamento de Cataluña de 9 de enero de 1984 se prevé este sistema de ejecución en casos especiales, y según el artículo 30 «el sistema de actuación en los sectores de urbanización prioritaria será el de cooperación», y «las actuaciones en sectores de urbanización prioritaria requieren la reparcelación de las fincas, excepto en los casos de renuncia expresa de los particulares o de propietario único».

La especialidad registral en estos casos es la regulación de una nota marginal según el artículo 26, 3, de dicha Ley. Dicho precepto establece que «el acuerdo de declaración de ámbito de sector de urbanización prioritaria comporta la notificación y la inscripción de aquél en el Registro de la Propiedad, a los efectos previstos por el artículo 221 de la Ley del Suelo y la notificación de la declaración a los particulares propietarios de las fincas incluidas dentro de la delimitación, a los efectos previstos por el artículo 38». El acuerdo lo dicta el Conseller de Política Territorial y Obras Públicas, previo informe de la Comisión de Urbanismo o del Ente metropolitano. El artículo 38 se refiere al caso de no ejecución de la obra urbanizadora básica en los plazos reglamentarios o al supuesto de que los propietarios no depositen en el plazo de un mes cualquier cantidad a cuenta solicitada por la Administración para ejecutar la urbanización, expresando que ello dará lugar a la declaración de incumplimiento de la obligación de urbanización, declaración que realizará la Administración actuante, y si ésta no la hiciere, la Dirección General de Urbanismo, el Instituto Catalán del Suelo o el Ente metropolitano se subrogarán en la ejecución de la urbanización. La declaración de incumplimiento del deber de costear la urbanización legitimará a la Administración para la expropiación de los terrenos, y si en el plazo de doce meses la Administración no opta por ésta, iniciará los trámites para adjudicar los terrenos mediante enajenación forzosa de conformidad con la valoración del Registro Municipal, en subasta pública, con preferente derecho de los propietarios del sector, pero con preferencia de la Administración urbanística actuante en primer lugar y el Instituto Catalán del Suelo en segundo lugar.

Esta nota marginal es diferente de la más específica del artículo 102 del Reglamento de Gestión Urbanística y de la del artículo 126 del mismo, conviviendo todas ellas. Lo que ocurre es que la nota marginal que ahora se comenta afecta a las fincas antiguas de la reparcelación y ha de trasladarse luego, por subrogación real, a las fincas nuevas resultantes. La nota del artículo 126 del Reglamento de Gestión también afecta a las nuevas fincas, pero es una afectación diferente. Ello significa que hay dos posibilidades diferentes: por una parte, la afección ordinaria de los terrenos (nota del art. 126 del Reglamento de Gestión) y, además, la posibilidad de expropiación o enajenación forzosa que publica la nota marginal a que se refiere el artículo 26, 3, de la Ley del Parlamento de Cataluña, que estamos comentando.

B) LA COMPENSACIÓN

1.^a Hay que tener en cuenta que en Cataluña, para las urbanizaciones de iniciativa particular, la ejecución es *necesariamente* por el sistema de compensación, y además es necesaria la constitución de la Junta de Compensación incluso cuando el propietario y el promotor son personas diferentes, incorporándose el promotor a la Junta como empresa urbanizadora. Por tanto, aun tratándose de propietario único, existe la especialidad de constitución de la Junta de Compensación. Así resulta de la Ley de protección de la legalidad urbanística del Parlamento de Cataluña de 18 de noviembre de 1981.

En este punto ocurre lo siguiente: que según el artículo 7 de dicha Ley hay que constituir una garantía para asegurar la obligación de urbanización, equivalente al 12 por 100 del presupuesto del proyecto de urbanización, y sin este requisito no se puede iniciar ningún trabajo en el sector objeto de actuación. Caso de constituirse hipoteca como forma de garantía, como según el artículo 7 citado, ha de excluirse de la hipoteca el suelo objeto de cesión del 10 por 100 del aprovechamiento medio, y en ese momento, antes de redactar el proyecto de compensación, no está precisado cuál es la parte de suelo correspondiente a ese 10 por 100, la hipoteca se constituye sobre las fincas antiguas, pero con la salvedad de que los terrenos correspondientes al 10 por 100 del aprovechamiento medio quedarán libres de la hipoteca. Cuando se realicen las adjudicaciones, las nuevas fincas quedarán afectas a la hipoteca por subrogación real. En cambio, los terrenos del 10 por 100 del aprovechamiento medio no han de quedar gravados con la hipoteca.

Otro problema es el de la relación de esa hipoteca prevista en el artículo 7 de la LEPLU citada y la nota marginal de afección del artículo 178 del Reglamento de Gestión. Hay que tener en cuenta que no se excluyen, puesto que se plantean en distintos tiempos, y además la hipoteca sirve de garantía para cubrir ese 12 por 100 como requisito inicial del proyecto, quedando a salvo que después se produzca esa otra nota marginal de afección sobre las fincas resultantes.

2.^a Otra especialidad de la compensación en Cataluña es la que resulta de la regulación ya citada de la Ley de 9 de enero de 1984 del Parlamento de Cataluña. Por un lado, está la posibilidad de aprobación de la constitución de la Junta de Compensación por silencio administrativo, en cuyo caso hay que enviar un ejemplar completo del proyecto a la Comisión de Urbanismo, la cual en el plazo de un mes puede proponer al Conseller de Política Territorial y Obras Públicas la suspensión de los efectos del acuerdo de aprobación definitiva. La Comi-

sión de Urbanismo ordenará la publicación y la notificación reglamentaria del acto presunto, por lo que a ella corresponde expedir el título.

Otra especialidad resultante de dicha Ley es la posibilidad de aprobar de manera simultánea los planes parciales con la escritura de constitución de la Junta, bases de compensación, estatutos, proyecto de compensación y proyecto de urbanización, aunque supeditando la ejecución a la aprobación definitiva del plan cuando la misma Corporación local no es competente para tal aprobación del plan parcial. Pero ha de aceptarse por las dos terceras partes como mínimo de los propietarios que representen al menos el 60 por 100 de la propiedad del sector. Acerca de este supuesto téngase en cuenta lo que hemos dicho al hablar de las especialidades de la reparcelación en Cataluña.

3.^a Especialidades importantes de la compensación en Cataluña resultan también de la regulación de la Orden de 6 de agosto de 1982 del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña, que regula el Registro Administrativo de Entidades Urbanísticas Colaboradoras, conteniendo además una serie de disposiciones sobre Juntas de Compensación. Sobre tal disposición ya me he pronunciado anteriormente al hablar de la personalidad jurídica de la Junta de Compensación en el presente estudio.

(Conclusión.)

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona

La posición del rematante en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria

I. INTRODUCCION

Desde que don JERÓNIMO GONZÁLEZ, en la Memoria de los Registradores de 1929, así lo coligió, se venía entendiendo por la generalidad de la doctrina que el rematante de bienes afectos por hipoteca preferente se subrogaba no sólo en la carga real, sino también en la responsabilidad personal.

Se alegaron muy variados argumentos para entender que ello era así, y aunque algunos autores esgrimieron razones contrarias a aquellas tesis, es lo cierto que la postura de la subrogación total, tanto en la carga real preferente que subsiste como en la responsabilidad personal dimanante de la obligación que la hipoteca garantiza, fue acogida por los más prestigiosos autores y, a través de sus obras, inculcada a varias generaciones de hipotecaristas que aceptaron sus conclusiones como indiscutibles.

Sin embargo, creemos que hoy, transcurridos más de treinta años de aquella toma de postura, podemos aventurarnos a revisarla, intentando investigar sus causas y antecedentes, examinando sin pasión los argumentos que entonces se adujeron, intentando buscar otros nuevos o examinar los antiguos bajo nuevas perspectivas. En definitiva, estimamos que puede ser útil someter hoy a crítica doctrinas que teníamos hasta ahora como ciertas e indubitadas.

No es necesario resaltar la trascendencia que tiene la solución que a esta cuestión se dé. De considerar al rematante o adjudicatario como deudor personal a contemplarlo como tercer poseedor mediante tales diferencias que preciso es, para adoptar una u otra postura, ampararse en

argumentos consistentes y sólidos. Y, dicho sea ya como anticipo de conclusiones, creemos que ese necesario bagaje de razones no acompaña a quienes mantienen la postura de la subrogación total, tanto en la carga real como en la obligación personal.

En nuestra formación hipotecaria ha influido sobremanera la posición de los autores de cuyas doctrinas todos hemos adquirido nuestros conocimientos, imbuyéndonos, por tanto, una idea preconcebida sobre la materia, de modo que, inconscientemente, rechazamos cualquier razonamiento que pudiera producir una grieta, por pequeña que sea, en la concepción prefijada del sistema. Sin embargo, no es menos cierto que nuestra Ciencia está sometida siempre a revisión, porque es instrumental al tráfico jurídico, y éste muda con el tiempo. La norma, toda norma, debe de ser interpretada de conformidad con «la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada», y lo que hace unos años parecía lógico, hoy nos lo parece menos, y mañana, quizá, anacrónico y fuera del sistema.

A) ANTECEDENTES

La Reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 produjo una sustancial modificación en el régimen que determinaba las consecuencias de las ejecuciones hipotecarias. Hasta entonces, cuando éstas se producían, y en aplicación de los artículos 1.511 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, era necesario proceder a la llamada «liquidación de cargas», es decir, se evaluaban las cargas y gravámenes y el importe de los créditos hipotecarios preferentes se consignaba en establecimiento destinado al efecto (art. 1.516 LEC), cancelándose a instancia del comprador las inscripciones de las hipotecas a que estuviere afecta la finca vendida.

A partir de la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 1909 se produjo un cambio radical en el sistema, ya que la nueva Ley parte de un principio opuesto: el de subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes (art. 131, reglas 8.^a, 10.^a y 13.^a). Dicho cambio provocó numerosos estudios acerca del contenido, extensión y efectos de la reforma, a la par que un gran desconcierto en los Juzgados, que tardaron largo tiempo en adaptarse al mismo.

Una de las causas de tal desconcierto fue la evidente contradicción entre la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Hipotecaria en lo referente a ejecuciones, pues mientras en la Ley de Enjuiciamiento Civil se mantiene el sistema de purga o liberación de cargas, en la Ley Hipotecaria se parte del de subsistencia de las anteriores y de las preferentes. Esta contradicción, en términos estrictos, nunca existió, ya que a la en-

trada en vigor de la Ley Hipotecaria se produjo la tácita derogación de los preceptos que en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en esta materia, se le opusieran. Sin embargo, la inercia o tal vez la comodidad hicieron que fuese necesario el transcurso de largo tiempo para que la Curia aplicase el nuevo sistema de subsistencia de cargas. A esto hay que añadir que el legislador no modificó expresamente los preceptos correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en ninguna de las diecisiete reformas que ha sufrido. No lo hizo posteriormente la Ley Hipotecaria de 1946, en aplicación de la Reforma de 1944, a pesar de que en la exposición de motivos de esta última se dice que no se ha estimado oportuna una transformación a fondo del procedimiento judicial sumario, porque en «un nuevo y próximo ordenamiento unitario de la Ley fundamental adjetiva podrán estudiarse y resolverse los problemas del ejecutivo hipotecario». Y lo que es más grave, tampoco en la recentísima modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984 se ha producido. Ahí siguen los preceptos.

Desde la óptica hipotecarista una de las cuestiones que la doctrina más ha discutido ha sido la de la adjudicación en subasta de finca afecta por hipoteca anterior, o dicho de otro modo, el significado y alcance de la subsistencia de cargas y de la subrogación a que hacen referencia las reglas 8.^a, 10.^a y, por remisión, la 13.^a del artículo 131. En definitiva, se trata de dilucidar cuál es la posición del rematante respecto de la deuda garantizada con la hipoteca que grava la finca que adquirió.

Fue una polémica desarrollada en el ámbito de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO que, sin llegar a conclusiones finales y definitivas, quedó cerrada cuando ROCA SASTRE, en su magistral *Derecho hipotecario*, adoptó una de las posiciones en liza.

Ahora, al examinar la polémica a través de la exposición que de ella hace ROCA, se puede observar que en aquel momento no se habían madurado suficientemente las ideas. Se apuntaban argumentos, posibilidades, pero no se llevaron a sus conclusiones finales. Y quizá ello fue beneficioso, evitando así que se produjera una total disconformidad doctrinal, como sucede en algunos supuestos. En aquel momento se pretendieron extraer los máximos efectos al sistema de subsistencia implantado, movidos los autores por la novedad. Hoy, transcurridos casi cincuenta años de la polémica inconclusa, podemos resaltar la postura mantenida por una minoría que apuntó argumentos, a veces ciertos, a veces erróneos, pero siempre consecuentes y originales.

B) LAS NORMAS

Antes de centrar el problema objeto de examen, y a los solos efectos prácticos de mayor comodidad, es conveniente reproducir los tres preceptos fundamentales que han provocado la discusión:

1. La regla 8.^a del artículo 131 dispone: «En los anuncios se expresará... y que las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate.»

2. Por su parte, la regla 10.^a establece que no habiendo postura admisible en la primera subasta, el acreedor podrá pedir que se le adjudique... «aceptando la subsistencia de las cargas anteriores y las preferentes, si las hubiere, y subrogándose en la obligación de satisfacerlas».

3. Por último, la 13.^a: «En el acto de la subasta se hará constar que el rematante acepta las obligaciones consignadas en la regla 8.^a»; a lo que la reforma operada por Ley 19/86 añade: «... si no las aceptase, no le será admitida la propuesta.»

Las dos primeras normas, y la tercera por remisión, imponen la subsistencia de cargas y gravámenes anteriores y preferentes y la subrogación del adjudicatario o rematante en «la responsabilidad de los mismos», en el primer caso, y en «la obligación de satisfacerlas», en el segundo; pero ¿cuál es el alcance de la subsistencia?; o, dicho de otro modo, ¿hasta dónde llega la subrogación de que hablan las normas citadas? Este es el núcleo del problema y constituye el objeto central de examen, aunque preciso será hacer referencia a otras cuestiones tangenciales, pero modalizadoras de ésta.

Las posturas mantenidas por quienes se han ocupado del tema son opuestas. La mayoría entiende que la subsistencia de que habla el artículo 131 produce subrogación del rematante o adjudicatario tanto en la carga real como en la obligación personal garantizada con la hipoteca. A efectos meramente expositivos, denominaremos a esta tesis como de «subrogación total». Otros, ciertamente una minoría, han mantenido y mantienen que tal «subrogación» (1) se produce solamente en cuanto a la carga real. Pero en cuestiones jurídicas es indudable que el número no es decisivo, sino la calidad de los argumentos que lleven a aclarar el velado contenido de la norma.

(1) Entrecomillamos la palabra porque entendemos que no se produce tal subrogación total en sentido técnico y amplio, sino tan sólo como sustitución en el sujeto pasivo de la hipoteca que por la adquisición de la finca se sujeta a pechar con la carga real, con el contenido de aquélla.

II. LAS TESIS SUBROGACIONISTAS

Es conveniente ahora, una vez conocida la existencia y los términos de la polémica, examinar los argumentos que en defensa de sus tesis expusieron en su momento los autores. Y, como quiera que consideramos más lógica la postura minoritaria, examinaremos primero la doctrina defensora de la subrogación total, comentando sus líneas argumentales, para luego exponer otros criterios.

A) JERÓNIMO GONZÁLEZ

Cronológicamente, el primero que hizo referencia a la cuestión, como antes decíamos, fue el padre de la Ciencia hipotecaria española, don JERÓNIMO GONZÁLEZ (2). En la Memoria de actividades de 1929 afirma que «el mecanismo de la subrogación a que aluden las reglas del artículo 131 de la Ley equivale a un cambio forzoso del sujeto pasivo o deudor en la obligación garantizada con la hipoteca, ya que otra solución no se compadecería bien con el repetido empleo del verbo 'subrogarse', que implica sucesión total, ni con el texto literal de los preceptos, ni con el olvido de la distinción entre deuda real y deuda personal característico del artículo 131». Añade, por último, una razón de equidad, afirmando que se produciría un enriquecimiento injusto del acreedor.

Ciertamente, los argumentos son muy serios, pero es preciso examinarlos detenidamente, utilizando los propios términos del ilustre hipotecarista:

1. «Subrogación es lo mismo que sucesión total.» Esta afirmación, así hecha, es correcta. Pero para hallar el verdadero significado de la subrogación en cada caso no podemos olvidar que siempre queda modalizada por sus complementos (subrogarse, ¿en qué?), por su colocación sistemática y por la materia a que se refiere. En la regla 8.^a el complemento del verbo «queda subrogado» es «en la responsabilidad de los mismos», es decir, en las cargas y gravámenes anteriores y en los preferentes, si los hubiere, pero que no sólo pueden ser de hipotecas, sino también otros derechos reales limitados.

¿Qué significado tiene la palabra responsabilidad? Creemos que no puede entenderse en otro sentido que en el técnico, como sujeción de los bienes en garantía del pago de la obligación garantizada, cuya ejecución ha de soportar y sufrir el que los adquiera. Carga que puede te-

(2) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1929, pág. 120.

ner un contenido diverso y, por lo tanto, exige del rematante una determinada conducta, como puede ser no realizar actos obstativos al ejercicio de un derecho de usufructo, cumplir con un censo y, por supuesto, adoptar cualquiera de las posturas que la Ley le permite en el momento de la ejecución de la hipoteca preferente que grava la finca adquirida en subasta; lo que de ninguna manera supone que haya de cumplir la obligación garantizada, respondiendo con el alcance del artículo 1.911 del Código Civil de ese cumplimiento. Está sujeto a responsabilidad, pero no asume el débito. Y ello por razones que ahora sólo apuntamos y no con carácter exhaustivo: porque en otro caso se produciría una derogación del artículo 1.205 del Código Civil; se beneficiaría injustamente al deudor primitivo; se conculcaría notablemente el artículo 1.911 del Código Civil; y, por último, se pondría en entredicho la estructura de la relación obligatoria.

2. «Se deduce del texto literal de los preceptos.» Si nos atenemos al texto literal, precisamente llegamos a la solución contraria, ya que la regla 8.^a se refiere claramente a la responsabilidad y no al débito. Impone que el rematante se subrogue en la responsabilidad real. Esto es lo que dispone la Ley, sin que nos sea dado entender otra cosa, ya que no podemos olvidar que cuando la Ley quiere establecer algún efecto trascendental lo hace expresamente, como sucede en el artículo 118, que dispone claramente que «en caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, *sino también en la obligación personal con ella garantizada...*» O como sucede, pero en sentido contrario, en el artículo 140 de la misma Ley. Es impensable que, dada la importancia que tiene la pretendida subrogación en el débito personal, el legislador no lo haya dispuesto claramente.

En la regla 10.^a, sin embargo, parece referirse la subrogación a la total relación pasiva cuando habla de «la obligación de satisfacerlas». Esta satisfacción de las cargas y gravámenes es tanto como cumplir con su contenido como tales, pero no puede entenderse en el sentido de ampliar desmesuradamente el contenido de las obligaciones en cuya virtud nacieron dichas cargas. Aparte de que éstas pueden ser derechos reales que nada tengan que ver con deudas. Si la regla 10.^a términase con la palabra «obligación» quizá se pudiera defender la existencia de subrogación total, pero el verbo «satisfacer» modaliza de tal forma la frase que invierte el argumento.

No estimamos necesario examinar el contenido de la regla 13.^a, ya que la misma tiene función remisoría y lo hace refiriéndose a varias obligaciones de distinta naturaleza a las consignadas en la regla 8.^a

3. También argumenta JERÓNIMO GONZÁLEZ diciendo que el artículo 131 no distingue entre deuda personal y deuda real. Y ciertamente no lo hace ni tiene por qué hacerlo. El artículo 131, como regulador de un procedimiento de ejecución hipotecaria, tiene naturaleza procesal, por lo que, en principio, no debiera hacer ningún predicamento no procesal; y si tiene algún contenido sustantivo es hipotecario, pero no civil. Se refiere el precepto a la materia que regula la ejecución y sus efectos, dentro del régimen de las hipotecas, sin que nos sea lícito entender que modifica el régimen civil ordinario de transmisión de la deuda; por eso no distingue entre carga real y deuda personal. Alude tan sólo a la carga real, al cumplimiento —si de hipoteca preferente hablamos— del contenido de la garantía, no de la obligación garantizada.

4. Arguye, por último, razones de equidad. Como quiera que es fundamento aludido por todos los subrogacionistas, será examinado posteriormente.

Creemos, por tanto, que los argumentos que ofrece JERÓNIMO GONZÁLEZ para fundamentar la tesis subrogacionista no son bastante concluyentes para adoptar una solución tan radical y tan contraria al sistema general que establece el Código Civil, sin basarse en un pronunciamiento concluyente de la norma.

B) JAIME GUASP

También algunos procesalistas examinaron la cuestión, y de entre ellos hay que destacar especialmente a JAIME GUASP (3). Parte el ilustre autor de cuatro premisas fundamentales para llegar a la conclusión de que el rematante se subroga en la responsabilidad personal: en primer lugar, que subrogación equivale, en el artículo 131, a sustitución; en segundo lugar, que la palabra «responsabilidad» no se utiliza en sentido técnico, sino como sinónimo de relación jurídica pasiva; en tercer lugar, que la Ley Hipotecaria no emplea los términos en el sentido técnico actual; y, por último, que para que haya lugar a la subrogación que exige la regla 8.^a es necesario que cambie la deuda y la responsabilidad personal y no simplemente que cambie el gravado por la responsabilidad real.

Consideramos cierta la primera afirmación, con las matizaciones que antes hacíamos al comentar la tesis de JERÓNIMO GONZÁLEZ.

La segunda ya es más discutible. Mientras no se modifique el concepto de débito en nuestro Derecho hay que seguir entendiendo que es la especial sujeción de una persona al cumplimiento de la obligación,

(3) Idem, 1942, pág. 392.

mientras que responsabilidad es esa misma sujeción, pero referida a los bienes del deudor como garantes y afectos a tal cumplimiento. Es decir, son los dos elementos que componen la relación jurídica pasiva. Y esta técnica no puede conceptuarse como moderna, ya que tal distinción constituye una clara tradición desde el Derecho romano.

Afirmar que la Ley no emplea los términos a que nos referimos en el sentido actual (y estamos hablando de 1942-44, cuando GUASP escribía esto) puede significar dos cosas: o que el legislador utilizó la palabra «responsabilidad» en el sentido vulgar, o que, utilizándola en sentido técnico, no lo hizo en el actual. El primer supuesto es posible, pero no tiene mayor trascendencia, ya que si se interpreta sistemáticamente, al referirse la responsabilidad a las cargas o gravámenes anteriores y preferentes, no debe entenderse extendida a la responsabilidad personal, es decir, al débito. Ante la segunda posibilidad no nos encontramos, porque el concepto técnico de responsabilidad era el mismo en 1942, en 1909 y hoy.

Por último, y con referencia al cuarto argumento esgrimido, lo admitiremos, porque así expuesto es cierto. Pero no hay que olvidar que la subrogación puede ser total (en la carga real y el débito personal), como autoriza el artículo 118, con consentimiento del acreedor, o limitada a la carga real, como dispone el artículo 131.

El propio GUASP, al contestar, en 1945 (4), a varios y fundamentados artículos de BENEDICTO BLÁZQUEZ (5), añade a los anteriores otros argumentos. Por vía de pregunta plantea la cuestión: ¿por qué la regla 8.^a del artículo 131 habla de subrogación? Y él mismo se contesta: porque esa subrogación es total, tanto en la carga real como en el débito personal, pues en otro caso la Ley no tenía que declarar nada, ya que el juego institucional de la hipoteca y su ejecución impone necesariamente la subrogación en la carga real.

Este argumento tendría cierto sentido si el precepto se hubiere establecido hoy, pero no en aquella época, cuando se estaban experimentando aún los efectos de la Reforma de 1909 y se anunciaban las modificaciones de 1944. Efectivamente, la Ley tenía que hacer hincapié en que había desaparecido el sistema de purga o liberación de cargas y se había sustituido por el de subsistencia. La Ley tenía que declarar expresamente la subrogación en la responsabilidad real en materia de ejecución. ¿Cómo no lo iba a hacer si era la gran innovación en materia de ejecuciones? Hasta tal punto era necesaria la proclamación para luchar contra la inercia que los comentaristas de los años cincuenta ad-

(4) Idem, 1945, pág. 152.

(5) Idem, 1944, pág. 362.

vierten que en los Juzgados se sigue practicando la liquidación de cargas en el procedimiento judicial sumario. Está, por tanto, más que justificado que la Ley declare la subrogación (sólo en la carga real) y que además lo haga de modo terminante, como lo hace la regla 8.^a, *in fine*: «Sin destinarse a su extinción el precio del remate», que es tanto como decir: derogando expresamente el régimen establecido en la legislación anterior.

GUASP, por último (6), en contestación también a BLÁZQUEZ (que defendía que admitir la subrogación total era tanto como derogar el artículo 1.205 CC), argumenta diciendo que efectivamente el artículo 131 deroga el Código Civil en esta materia, porque la Ley Hipotecaria es una Ley especial que prima sobre el Código general y además regula efectos procesales que no interesan a éste.

Contestando a tales argumentos, hay que dejar sentado que la Ley Hipotecaria ni puede ni quiere modificar el Código Civil en el sistema del artículo 1.205, porque sus ámbitos son totalmente distintos. El artículo 1.205 se refiere a la obligación en general, y en concreto a la novación subjetiva pasiva, mientras que el artículo 131 a lo más afecta sólo a la responsabilidad hipotecaria. No creemos que la remisión que el artículo 1.880 del Código Civil hace a la Ley Hipotecaria sea posible entenderla con tanta amplitud.

Pensamos que el artículo 131, en las reglas que examinamos, ni siquiera regula efectos sustantivos de la ejecución, sino tan sólo condiciones procedimentales para la misma. El que en esas reglas aparezca la palabra subrogación no es otra cosa que una llamada de atención a los posibles rematantes, advirtiéndoles que el sistema ha cambiado, que las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes subsisten y que debe pechar con ellos. Pero esta declaración no pasa de ser tal, ya que la subsistencia se produce no porque lo ponga de manifiesto el precepto procesal, sino porque lo impone el propio sistema de hipotecas. Hay que admitir que el precepto, sobre todo en la regla 8.^a, no es lo claro que sería de desear, pero no cabe duda de que no impone la subrogación en el débito personal.

C) APORTACIONES DE ANGEL SANZ

SANZ era de la misma opinión que los anteriores, basándose en parecidos argumentos a los que ya expusiera GUASP. Su aportación a la polémica consistió en añadir un nuevo, examinando el problema desde el punto de vista del deudor. La Reforma de 1909, decía, que introdujo

(6) Idem, 1945, pág. 157.

el sistema de subsistencia de cargas y gravámenes anteriores y preferentes, se hizo en beneficio de los acreedores, pero no en perjuicio del deudor, por lo que hay que entender que su situación es la misma que antes de la Reforma.

Esto es cierto. Respecto del deudor no ha cambiado el sistema, ya que en el antiguo, en el supuesto de no alcanzar la cantidad obtenida en subasta para cubrir el importe de la deuda, el deudor lo seguía siendo hasta que la obligación se cumplía. Y hoy, si mantenemos la tesis de la subrogación limitada a la carga real, sucede exactamente igual. Como no podía ser de otra forma, mientras subsista el artículo 1.911 del Código Civil.

D) LA POSICIÓN DE ROCA SASTRE

Por último, ROCA SASTRE, en su formidable obra, fuente de conocimientos y formación de varias generaciones de hipotecaristas, se hizo eco de las tesis subrogacionistas sin añadir nuevos argumentos, incorporándolas al elenco de los dogmas hipotecarios, sin hacer apenas examen de las posturas contrarias. Y lo cierto es que las hubo. BENEDICTO BLÁZQUEZ (7), RUIZ ARTACHO (8), ALFREDO REZA (9) y, últimamente, LANZAS GALVACHE (10), verdadero inspirador de estas notas. Los argumentos defendidos por los citados constituirán la base de las ideas que, junto con alguna aportación propia, servirán para defender la tesis de la subrogación limitada o del juego ordinario de la transmisión de finca hipotecada.

ROCA llega a dejar sentado que tanto la Ley de 1909 como la vigente han adoptado el sistema de subsistencia de hipotecas anteriores y preferentes e impone la subrogación del adjudicatario en el débito personal garantizado (11). Afirmando también que la «Ley ha adoptado el sistema de subrogación total en la carga, incluso en el débito personal», y ello «se produce igualmente en virtud de cualquier otro procedimiento de ejecución o de apremio».

Sin embargo, el mismo autor llega a afirmar que, tratándose de hipotecas en garantía de títulos u obligaciones objeto de emisión, ha de considerarse «tan absurda esa subrogación en el débito personal... que

(7) Idem, 1944, pág. 227.

(8) Idem, 1947, pág. 600.

(9) Idem, 1950, pág. 43.

(10) Conferencia dictada en el Centro de Estudios Hipotecarios de Andalucía Occidental, curso 1973-74.

(11) Tomo IV, vol. 2.º, pág. 1160.

creemos que cabe sostener la improcedencia de tal subrogación en la responsabilidad personal correspondiente» (12).

Como vemos, el propio ROCA ya establece una excepción al principio de subrogación total, definiéndola como absurda e improcedente en este caso. Y es lógico, ya que, de admitir la subrogación total en este supuesto, quebraría toda la doctrina de los títulos-valores, pues resultaría obligado personalmente quien no aparece como tal en el título. Basta pensar en la hipoteca cambiaria como ejemplo más claro. Pero ¿por qué en este supuesto, en el que es imposible la subrogación en el débito personal, la Ley no establece una excepción, si (como mantienen los «subrogacionistas») el sistema general es el de subrogación total? ¿No será más bien que el régimen general es el contrario? El artículo 131 no hace referencia a esa excepción que parece existir de mantenerse la tesis de la subrogación total, ni el artículo 154 tampoco, porque establecen una subrogación limitada a la carga real, y lo que en realidad ha sucedido es que la doctrina ha ido mucho más lejos que la Ley, pensando sólo en la hipoteca en garantía de préstamo. No ha distinguido entre débito personal y carga real que en este tipo de hipotecas es difícil distinguir y exponer, pero posible y existente, sobre todo si se examinan sus efectos. Y en esa distinción y en el examen de la estructura de la relación jurídica pasiva radica a nuestro modo de ver el punto de partida para llegar a una conclusión clara.

Por ahí vamos a empezar, para seguir luego examinando, por el método de exclusión, los supuestos en los que la subrogación total es imposible, para aplicar en último lugar los argumentos favorables a la tesis de la subrogación en la carga real en el supuesto de hipoteca ordinaria en garantía de préstamo, ciñéndonos únicamente a la cuestión en materia de ejecución hipotecaria por la vía del procedimiento judicial sumario.

III. DEUDA Y RESPONSABILIDAD

Es comúnmente admitido hoy, desde la publicación de las *Instituciones*, de SHOM, que en el Derecho romano avanzado la obligación está constituida por dos elementos: el débito o prestación que ha de cumplir el deudor y la responsabilidad o perjuicio jurídico que al deudor se le sigue en caso de no cumplirla. En una primera época, y esto sucedió en los albores de todos los sistemas jurídicos, la obligación no llevaba aparejada responsabilidad. Se entendía que el incumplimiento de una obligación era delito contra la buena fe y, por lo tanto, el incumplidor

(12) Tomo IV, vol. I, pág. 432, nota 4.

era castigado, era responsable, pero no por el incumplimiento de la convención, sino por delinquir contra la buena fe en el tráfico. Posteriormente, también en todos los sistemas jurídicos, se vincula en cierto modo la responsabilidad al incumplimiento, pero sin ser todavía aquella nacida de modo automático al incumplir. En el momento de realizarse la convención el deudor entregaba una persona que quedaba afectada al acreedor para garantizar su cumplimiento. Posteriormente era dada una cosa en *pignus* para garantizarla. Pero la responsabilidad que así se materializaba nacía siempre de un acto especial y formal, distinto de la convención. Así, el débito y la responsabilidad eran constituidos de forma diversa y en actos separados. Eran elementos, perfectamente distintos e independientes, de la relación obligatoria.

En el antiguo Derecho germánico podemos encontrar los mismos componentes. Toda relación obligatoria constaba en aquel sistema de los dos elementos distintos y separados: el débito (*Shuld*), deber de realizar una prestación, y la responsabilidad (*Haftung*) o sujeción al poder coactivo del acreedor. La deuda nace en virtud de la promesa de dar, hacer o no hacer algo. La responsabilidad en virtud de un acto formal en el que se designaba el objeto de la garantía. La actuación de la responsabilidad, por la entrega de un rehén o la dación en prenda de una cosa que pasaba a posesión del acreedor. Por último, la ejecución de la responsabilidad se producía en caso de incumplimiento del débito mediante la muerte o venta del rehén o la destrucción o venta de la cosa dada en prenda.

Posteriormente, mientras en los Derechos romanistas,* por influencia del Derecho canónico, se diluyó en cierto modo aquella dualidad de elementos, en los países que siguen el sistema germánico aún permanece aquella diferenciación de elementos de modo más notable que en nuestros sistemas latinos. Pero ello no quiere decir que en nuestro Derecho haya perdido sentido la distinción. Continúan subsistentes ambos elementos, formando la relación jurídica pasiva. Y, desde luego, son un valioso instrumento para justificar la existencia de deudas sin responsabilidad, de responsabilidad sin deuda y de deudas con responsabilidad limitada.

Pero ¿cuál es la importancia de la distinción en nuestro Derecho? DÍEZ PICAZO (13) entiende que, aunque con carácter instrumental, puede admitirse su subsistencia, pues sirven de apoyatura para conocer y entrañar el funcionamiento de la relación jurídica pasiva. LACRUZ también advierte de su existencia, aunque seguidamente reconoce que no son elementos que de modo ordinario funcionen independientemente,„

(13) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, pág. 329.

sino de forma conjunta. Pero ambos admiten que se dan supuestos en que ambos se disocian, apareciendo en personas distintas.

No creemos que en nuestro Derecho puedan llegarse a configurar ambos elementos como instituciones autónomas, pero tampoco podemos negar que se dan supuestos en los que no van claramente unidos. Casos de responsabilidad de una persona, sin asumir la deuda (art. 1.825 CC), nacimiento de responsabilidad sin haber nacido la deuda (art. 142 LH) o supuestos de deuda con responsabilidad limitada (art. 140 LH).

IV. DEUDA PERSONAL, RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA Y CODIGO CIVIL

Sin pretender formular una nueva definición de hipoteca, sí podemos destacar algunas de sus características fundamentales que pueden utilizarse para examinar el juego de las responsabilidades. De momento, hay que destacar dos notas: es un derecho de garantía o de seguridad y es también un derecho accesorio.

A) LA HIPOTECA COMO SEGURIDAD

No hay duda de que la hipoteca constituye un derecho de garantía que asegura el cumplimiento de una obligación o, como decía Díez MORENO (14), «el incumplimiento de la obligación y sus consecuencias». Si examinamos el fenómeno de la obligación garantizada con hipoteca aparecen a nuestra vista dos especies de derechos, dos clases de acciones para hacerlos efectivos y dos ámbitos de responsabilidad distintos: un derecho personal, nacido de la relación obligatoria principal, cuya insatisfacción genera una acción personal destinada a obtener su cumplimiento en forma específica y garantizada por una responsabilidad patrimonial universal. Paralelamente, un derecho real, accesorio, protegido por una acción real de promoción de venta del bien especialmente afecto, garantizada con una responsabilidad limitada al valor real del bien.

Normalmente estos derechos, acciones y responsabilidades aparecen en el mismo sujeto, no planteando graves problemas. Otras, por el contrario, se disocian, dando lugar a variadas y complicadas situaciones. Examinemos, aunque sea brevemente, los dos supuestos:

1. Relación ordinaria. Normalmente el sujeto que se obliga es el dueño de la finca o inmueble hipotecados, y a su vencimiento sigue siéndolo. El acreedor tiene contra él las dos acciones aludidas, pero no las

(14) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1946, pág. 217.

puede ejercitar a su arbitrio. Debe primero dirigirla contra el bien especialmente hipotecado por imperativo del artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como entienden SANZ y CÁRDENAS. Y aquí nos encontramos ya con el primer efecto llamativo: la responsabilidad universal ilimitada es supletoria y de segundo grado, y sólo para el caso de que el acreedor no quede satisfecho con el ejercicio de la hipotecaria.

2. Supuesto de distorsión. Se produce en todos los casos en que el deudor no es propietario del inmueble hipotecado. Tal sucede con la fianza real, en el caso de transmisión de la finca hipotecada (salvo en el supuesto del art. 118 LH), en la subhipoteca, etc.

No vamos a examinar cada uno de los casos, puesto que exceden del objeto de estas notas. Solamente nos detendremos en su momento en el supuesto de transmisión del inmueble hipotecado en general para ceñirnos específicamente en los efectos de la transmisión judicial.

B) LA HIPOTECA COMO DERECHO ACCESORIO

Es esta una característica de la hipoteca en nuestro Derecho consagrada especialmente en los artículos 1.857, 1, del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria. Proviene del Derecho romano y, a través de las Partidas (15), fue recogido en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 y luego por el Código Civil.

Pero esto no deja de ser un principio, porque luego la regulación de la institución no es netamente romanista, sino que acoge principios, formulaciones y consecuencias germanistas, por lo que en varias ocasiones se producen excepciones y quiebras de aquel sistema.

Partiendo del principio de accesoriedad habría que establecer las siguientes conclusiones: 1.^a Sin crédito no puede existir hipoteca. 2.^a La hipoteca sólo puede pertenecer al acreedor personal. 3.^a Para transmitir la hipoteca basta con la transmisión del crédito. 4.^a Si se extingue el crédito y no se cancela la hipoteca, y ésta se transmite a un adquirente de buena fe, el adquirente no podrá ejecutarla, ya que la hipoteca depende de la existencia del crédito garantizado.

Pues bien, sucede en nuestro Derecho que el dogma de la accesoriedad no es tal. La hipoteca existe mientras no se cancele, aunque el crédito se haya extinguido. La hipoteca ha pasado a primera línea, se ha independizado, soportando ella sola la responsabilidad, y desde el punto de vista teleológico la hipoteca no es un mero derecho accesorio de garantía, sino sobre todo un instrumento de crédito y un medio de inversión de capitales.

(15) Fundamentalmente, la Ley 12 del título XIII, Partida VI.

Creemos que el dogma de la accesoriedad de la hipoteca no lo es en la actualidad por más que se mantengan los principios romanistas. Puede ser válido en el nacimiento de la misma, pero durante su vida desaparece. Y, a nuestro modo de ver, la tesis de la accesoriedad absoluta hay que ponerla en entredicho y reconducirla, como hace MOXO RUANO (16), estableciendo las siguientes conclusiones: 1.^a Existe una cierta independencia entre crédito e hipoteca. 2.^a Hay una tendencia doctrinal a independizar la hipoteca para atender a las necesidades de hoy. 3.^a En la actualidad la hipoteca se aplica generalmente a la satisfacción de créditos. Por tanto, podemos sentar como conclusión el que la hipoteca es accesoría cuando nace, pero luego llega a ser algo semejante a una forma de pago, colocándose en primera línea. Y esto aparece con más claridad cuando se da el caso en que la deuda personal sigue un camino (casi oculto), y la responsabilidad real hipotecaria, otro.

Uno de los supuestos que antes veíamos, en que aparece un supuesto de responsabilidad (limitada) sin deuda, se muestra respecto del tercer adquirente de bienes hipotecados. Este ha de soportar la acción del acreedor sobre los bienes adquiridos sujetos a la hipoteca, pero la soporta no en cuanto deudor, que no lo es, sino como dueño de la cosa gravada con la carga. Y la soporta limitada al valor de la carga y del inmueble sobre que recae. Es decir, es responsable (limitado), pero no deudor personal, ya que el débito sigue con el obligado personalmente y con él la responsabilidad limitada. Pudiera pensarse en la injusticia posible de la mecánica del sistema (como de hecho piensan los que mantienen la subrogación total), pues a primera vista parece que el acreedor puede verse injustamente enriquecido y el deudor ve agravada su responsabilidad, pero no sucede tal, ya que el acreedor deberá requerir de pago al deudor principal y al tercer poseedor conforme a la regla 3.^a del artículo 131, y como consecuencia de tal requerimiento pueden producirse las siguientes situaciones:

1.^a Que el deudor principal pague, en cuyo caso el acreedor se verá satisfecho y aquél no verá agravada su situación, ya que: si el tercer adquirente descontó o retuvo el importe de la deuda, el deudor principal queda subrogado en los términos de los artículos 118 de la Ley y 230 del Reglamento, o el tercer adquirente pagó el precio total. En ninguno de los dos casos se produce enriquecimiento injusto del acreedor ni se agrava la responsabilidad del deudor principal.

2.^a Que el deudor principal no pague en el plazo de diez días, en

(16) *Revista de Derecho Privado*, 1940, pág. 58.

cuyo caso el acreedor se dirigirá contra los bienes hipotecados y sólo contra ellos.

Este es el sentido de la Ley, y así lo entiende la exposición de motivos de 1861, que indica que «de esto parece deducirse que, cuando la cosa hipotecada no esté ya en manos del hipotecante, sino en las de un tercer poseedor, tenga que acudir al deudor principal para que pague, antes de molestar al que por un título legítimo de adquisición es el dueño de la finca hipotecada». Y así resulta que el acreedor no se enriquece injustamente, pero tampoco se ve perjudicado, puesto que si no cubre su crédito con el importe de los bienes especialmente hipotecados, puede reclamar contra los bienes del deudor, por cuanto permanece su responsabilidad ilimitada. La situación del deudor tampoco se ve agravada, como hemos visto.

No hay, por tanto, razón de equidad alguna que exija que la subrogación se produzca en el débito. Ni desde el punto de vista del acreedor ni desde el punto de vista del deudor. Hay que rechazar los argumentos de equidad que algunos autores exponían para defender la tesis de la subrogación total.

Nuestro Código Civil abona la tesis que venimos sosteniendo. Por una parte, el artículo 1.088 se refiere al contenido de la obligación, a la deuda, cuando dispone que «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer una cosa», explicitando los siguientes preceptos el contenido de cada una de ellas (arts. 1.094 a 1.099), sin que en esta sede se defina la responsabilidad. Lo hace, casi al final del Código, el artículo 1.911, al determinar que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros». Aparecen claramente diferenciados desde el punto de vista sistemático ambos elementos, por más que intelectualmente los representamos unidos. Igual sucede en el *Codice Civile*. Mientras la regulación de las obligaciones se hace en el Libro IV (arts. 1.173 y sigs.), el principio de responsabilidad patrimonial universal se regula en el Libro VI (art. 2.740). E igualmente en el *Code* se sigue la misma sistemática, alejando aquel principio de las normas relativas al régimen de los contratos.

Pero ¿cuál es la razón última de la separación sistemática en el Código Civil entre deuda, contenido de la obligación y responsabilidad, como sujeción a la acción del acreedor en caso de incumplimiento? Creemos que latía en la mente del legislador la concepción dualista de los elementos de la obligación, influida, lógicamente, por la doctrina descubridora de ellos en el Derecho romano y en el germánico, y también por el subconsciente legislativo, tradicional en los Derechos históricos españoles. El legislador tenía que ubicar el precepto relativo a la res-

ponsabilidad fuera del contexto del contenido de la obligación, porque admite supuestos en los cuales ambos elementos se disocian, y otros en los que la responsabilidad no es una, sino dos. Una, la general del artículo 1.911, y otra, específica, que recae con limitación sobre la cosa. Así sucede con el crédito garantizado con hipoteca. Efectivamente, el acreedor, al exigir garantía hipotecaria, está haciendo dos cosas: 1) Determinar que su crédito recaiga sobre un inmueble del deudor, quedando especialmente afecto, porque su perdurabilidad y la tutela registral de que es objeto ofrecen mayor garantía que la volatilidad y consumibilidad del patrimonio general. 2) Establecer que en el supuesto de que el deudor no cumpla lo que le incumbe se dirigirá a hacer efectiva la prestación en primer lugar sobre el inmueble, pero sabiendo que si no es bastante para cubrir su crédito aún le queda el amparo del artículo 1.911, y que, teóricamente, el incumplidor será deudor de por vida, porque patrimonio existe siempre, aunque el deudor no tenga de presente bien alguno.

La hipoteca es así un plus añadido a la responsabilidad patrimonial universal (art. 105 LH) que continúa existiendo mientras no sea satisfecha la deuda garantizada. El acreedor insatisfecho después de ejercitar la acción hipotecaria puede ejercitar luego la personal. Ciertamente este principio tiene una excepción en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, que admite la limitación de responsabilidad, pero parece, como dice Cossío, que se trata de un supuesto en que desaparece la responsabilidad patrimonial universal, subsistiendo íntegra la deuda. Esta es una cuestión discutida, pero cuyo examen queda fuera del ámbito de la materia que venimos estudiando.

Sentado que por la hipoteca se sujeta especialmente un inmueble a responder de una obligación, ¿qué sucede cuando se transmite el objeto de la hipoteca?, ¿cuál es la posición del adquirente? Esquemáticamente, podemos exponer los supuestos que pueden plantearse, que son los que siguen:

a) *Transmisiones voluntarias*

1. Compraventa de finca hipotecada sin asumir la deuda, sin retener su importe y sin deducir la carga.
2. Compraventa con precio aplazado por el importe de la carga y en garantía.
3. Compraventa con descuento en el precio de la parte correspondiente al importe de la deuda hipotecaria.

4. Compraventa con retención de la parte correspondiente al importe de la deuda hipotecaria.

5. Compraventa con asunción de deuda.

b) *Transmisiones judiciales*

Los subcasos comprendidos en a) plantean numerosos problemas, algunos ciertamente complicados, pero no pueden ser objeto de examen ahora, porque exceden claramente de la finalidad de estas notas. Solamente nos remitiremos a ellos en cuanto sea necesario para intentar solucionar las dudas que plantea la transmisión derivada de procedimiento de ejecución respecto a la situación del adjudicatario o rematante del inmueble o derecho real objeto de hipoteca.

V. SUPUESTOS EN QUE NO SE PRODUCE SUBROGACION

Al inicio de estas notas poníamos de manifiesto la existencia de dos posturas. Por una parte, la mayoría de la doctrina entiende que el adjudicatario o rematante se subroga en el débito personal del deudor, sin perjuicio de la carga real. Una minoría entendemos que no sucede así. En la transmisión derivada de ejecución judicial el adjudicatario no se subroga en la responsabilidad personal derivada de la deuda garantizada, sino sólo en la carga real y hasta donde alcance la misma.

Examinamos ya los argumentos en pro de la tesis mayoritaria y también su refutación, con mayor o menor fortuna. Ahora vamos a intentar ofrecer los argumentos en pro de la contraria, minoritaria, comenzando por el estudio de aquellos supuestos en que la subrogación total (en el débito personal y en la carga real) es imposible.

A) HIPOTECA EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA

En primer lugar, hay que descartar que se produzca tal efecto cuando la hipoteca preferente que subsiste es hipoteca constituida en garantía de deuda ajena. Si el acreedor titular de segunda hipoteca constituida por el dueño del inmueble en garantía de deuda propia no cumple y aquél ejecuta, es indudable que la primera hipoteca en garantía de deuda ajena subsiste; pero ¿cómo se ha de subrogar el rematante adjudicatario en la responsabilidad personal, que no era ni siquiera de la incumbencia del anterior titular del inmueble que sufrió la ejecución? En este supuesto quebraría la tesis de los que entienden que por la adjudicación en subasta se produce la subrogación total en la responsabilidad personal

(débito) y en la carga real. El hipotecante no deudor, o por deuda ajena, asume una posición especial que se halla a mitad del camino, desde el punto de vista hipotecario, entre el fiador civil y el tercer poseedor. Ciertamente es un fiador, pero muy especial, ya que su garantía alcanza hasta donde llega el valor de los bienes hipotecados, y no asume la responsabilidad personal ni goza del beneficio de exclusión propio de los fiadores civiles. Pero tampoco llega a ostentar la posición del tercer poseedor porque ha participado en la constitución de la hipoteca.

B) HIPOTECAS DE MÁXIMO

Lo mismo sucede en las hipotecas de máximo. Sabido es que se constituyen por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados que sólo se indican en sus líneas generales y cuya concreción se realiza por medios extrahipotecarios, y, como decía la Resolución de 5 de febrero de 1945, «sin garantizar la existencia, exigibilidad, importe y vencimiento de los respectivos créditos, de modo que la fe pública registral y la publicidad sólo son aplicables al derecho de hipoteca». Si la hipoteca que subsiste en la ejecución, de acuerdo con la regla 8.^a del artículo 131, es de este género es indudable que la subrogación no se produce en la responsabilidad personal, ya que tal responsabilidad es aún indeterminada. Y, además, cuando se determine, en el caso de que supere el máximo garantizado, no es posible hacer responsable al rematante o adjudicatario de una deuda personal que ha podido ampliar fraudulentamente el deudor entretanto. El rematante o adjudicatario ha adquirido confianza en el Registro a sabiendas de que adquiere —junto con la finca— una carga real determinada y hasta cierta cantidad, por lo que sería extremadamente injusto que peche con obligaciones que ni previó ni pudo prever. Esto se puede predicar de todas las hipotecas de seguridad, pero invitamos a pensar especialmente en las que garanticen cuentas corrientes de crédito.

o

C) HIPOTECA EN GARANTÍA DE TÍTULOS TRANSMISIBLES POR ENDOSO Y AL PORTADOR

Examinemos otro supuesto. En la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador el párrafo segundo del artículo 155 de la Ley Hipotecaria dispone: «En el caso de existir otros títulos con igual derecho que los que sean base de la ejecución, habrá de verificarse la subasta y la venta de las fincas objeto del procedimiento, dejando subsistentes las hipotecas correspondientes al valor total de dichos títulos y entendiéndose que el rematante las acepta y se subroga

en ellas, sin destinarse a su extinción el precio del remate, en armonía con lo dispuesto en los artículos 131 y 133 de esta Ley, y quedando derogado lo que sobre este particular establece el artículo 1.517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

En este supuesto, la subrogación en el débito aparece expresamente excluida en el precepto, que la impone respecto de la hipoteca. Y ello porque este tipo de hipotecas garantizan el pago de títulos de crédito en los cuales la relación causal subyacente no se pone de manifiesto en cuanto elemento del tráfico jurídico; hasta el punto de que puede suceder que los títulos estén garantizados por hipoteca y, contemporáneamente, la relación causal lo esté por su lado. Como igualmente puede suceder que la obligación cartularia permanezca «viva», mientras que la obligación subyacente haya perecido por cumplimiento sin haberse manifestado nada en el Registro. Es imposible admitir que el rematante deba de hacerse cargo, además de la hipoteca, de una obligación personal totalmente desconocida. De no ser así, de admitirse la subrogación en el débito, quebraría por completo la doctrina de los títulos-valores.

No hay que olvidar, de otra parte, que el artículo 155 impone la subrogación limitada en «armonía con lo que establece el artículo 131». ¿A qué se refiere esa armonía predicada? No puede ser otra que la coordinación entre ambos supuestos, y si el artículo 155 solamente permite la subrogación en la carga real es que ese es el sistema que sigue también el artículo 131. Así lo mantiene, entre otros, J. LANZAS GALVACHE en un trabajo inédito sobre la hipoteca cambiaria, respecto a la cual se ve perfectamente claro cuanto exponemos.

D) HIPOTECAS LEGALES

Tratándose de hipotecas legales, cuando de este tipo es la que subsiste, es obvio que tal subrogación tampoco puede producirse. Pensemos en el supuesto de que el tutor haya prestado garantía hipotecaria para asegurar el desempeño de sus funciones, constituida con el carácter primero. Posteriormente, y en garantía de deuda propia, constituye segunda hipoteca sobre la misma finca que, por incumplimiento de esta última deuda, es ejecutada. ¿En qué se subroga el adquirente de la finca? ¿En la cantidad máxima que garantiza la primera (en la carga real), o queda obligado a responder personalmente de todas las consecuencias que se deriven de la gestión del tutor? Tan clara es la respuesta que ocioso es insistir en la cuestión.

Igual sucede con otros tipos de hipoteca legal, con las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, condicionales, de dar, de hacer, de no hacer, y, en general, con todas las hipotecas de seguridad. De modo que,

como pone de relieve LANZAS GALVACHE, tantas son las excepciones que en realidad constituyen la regla general, sólo y exclusivamente exceptuada por el artículo 140 de la Ley Hipotecaria.

E) HIPOTECA EN GARANTÍA DE RENTAS

Nos queda por examinar otro supuesto en el que es indudable que tampoco se produce la subrogación en la responsabilidad personal cuando la hipoteca preferente es de este tipo. Nos referimos a la hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas, que tantas discusiones ha producido en la doctrina.

El artículo 157 de la Ley Hipotecaria dispone: «El que remate los bienes gravados con tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago hasta su vencimiento.» Algunos autores han querido ver en este precepto una razón más para abogar en favor de la tesis de la subrogación total en el débito personal. Creemos más bien que hay motivos para sostener lo contrario. Es lógico que el rematante de los bienes los adquiera con subsistencia de la hipoteca. Lo mismo debe suceder con el tercer adquirente. Pero también es lógico que el pensionista o rentista sigan cobrando hasta su vencimiento, porque ese es el contenido propio de la misma, ya que el pensionista o rentista no puede obtener un capital con la ejecución, pero ello no entraña subrogación en el débito personal, sino que el acreedor puede hacerse pago con sucesivas ventas de la finca, de las rentas o prestaciones periódicas hasta su vencimiento.

Desde el punto de vista pasivo ha de examinarse con detenimiento esta figura. Parece que su antecedente en el Derecho español es la hipoteca en garantía de un censal. En el Derecho extranjero sus equivalentes son la deuda de renta del Derecho alemán y la cédula de renta del suizo. En el Derecho catalán, si bien el censal implicaba un derecho personal, una vez garantizado con hipoteca, el débito queda tan íntimamente ligado a la hipoteca y al dominio de la finca que en las sucesivas enajenaciones el pago de la pensión pasa a cargo del dueño de la finca.

En el Código Civil podemos encontrar figuras similares en los artículos 788 (legado de renta), 1.659 y 1.660 (respecto del censo consignativo) y en el artículo 1.805 (en garantía de renta vitalicia). Sin embargo, estas figuras, y concretamente el censo consignativo, no tienen la misma naturaleza que la hipoteca que nos ocupa. Esta es una hipoteca ordinaria con caracteres especiales. Es especial porque es la única hipoteca cuya ejecución no produce un capital en favor del acreedor, sino solamente la percepción de las rentas vencidas y no pagadas que han ido a la misma.

De ahí que ROCA, cuando dice que estas hipotecas son excepcionales, acierta plenamente, pero no cuando afirma que se produce subrogación total en el débito y en la carga real tanto en la enajenación voluntaria como en la forzosa, siendo una excepción al artículo 118 de la Ley Hipotecaria. No hay tal, sino que se produce una simple subsistencia del contenido normal de la hipoteca, porque en uno y otro caso lo que se recibe es la carga real. Y eso es lo que dispone claramente el artículo 157 al distinguir en cuanto a los efectos entre rematante y tercero. Ninguno de los dos se subroga en el débito, como vamos a ver.

Hay que advertir, antes de seguir la exposición, que este párrafo tercero se refiere a la ejecución o venta voluntaria de una finca gravada con una hipoteca de este género, es decir, está pensando en el supuesto de que el acreedor no ve satisfecho el pago de una o varias pensiones y acude a la ejecución para satisfacerse. El que remate los bienes los adquiere con la subsistencia de la hipoteca, y nada más.

Algunos autores, como ROCA, LÓPEZ TORRES y otros, han querido ver en este precepto un argumento en favor de la subrogación total en la ejecución hipotecaria, pero el precepto abona la tesis contraria. En efecto, si lo interpretamos de conformidad con los principios generales que rigen el sistema, resulta lo siguiente:

1. «El que remate los bienes gravados con tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de la misma...» Hasta este momento el precepto no se aparta un ápice del sistema general de subsistencia de la hipoteca preferente.

2. «... con subsistencia... de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento.» Para desentrañar el significado de esta frase hay que tener en cuenta que esta es la única hipoteca que no produce un capital al acreedor rentista mediante la ejecución. En caso de remate, el adjudicatario pagará al rentista o pensionista el importe de las rentas o pensiones que haya ido a ejecución, y al deudor propietario de la finca, su valor, deduciendo lo que ha pagado por las pensiones ejecutadas.

La obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento sigue siendo del deudor personal a cuyo cargo sigue el débito, y el rematante de la finca gravada con esta hipoteca solamente está obligado a soportar la ejecución. En definitiva, lo que quiere decir el precepto es que no se extingue la obligación de pago de la pensión. Pero nunca afirma que sea a cargo del rematante.

3. «Iguales efectos producirá la hipoteca respecto a tercero.» También en la adquisición de la finca por título distinto del remate se pro-

ducen ambas consecuencias: la hipoteca sigue gravando la finca y el deudor sigue obligado a pagar las pensiones futuras hasta su vencimiento.

4. «Pero respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas...» Este inciso del precepto se refiere únicamente al tercer adquirente, porque sólo en tal posición puede haber pensiones vencidas y no satisfechas, ya que el rematante adquiere la finca precisamente por la ejecución de las vencidas llevada a cabo por el acreedor rentista o pensionista. Por lo tanto, para el rematante no puede haber pensiones vencidas y no satisfechas. Para el tercer adquirente, sí. Pero como quiera que el tercer adquirente desconoce normalmente el importe de las pensiones vencidas y no satisfechas, establece el precepto un límite de carácter objetivo, remitiéndose a los artículos 114 y párrafos primero y segundo del 115.

En ninguno de los dos supuestos se produce subrogación en el débito, como vemos, ni tiene por qué suceder, ya que el precepto no establece excepciones al sistema general.

Pero volvemos a repetir que el caso que contempla el artículo 157 es solamente el caso de que el pensionista o rentista no pagado acude a la ejecución, y aquel otro en que el deudor propietario o el propietario no deudor transmiten voluntariamente la finca gravada con esta hipoteca.

Cuando lo que sucede es que, ejecutada una segunda hipoteca, la primera (que subsiste) es en garantía de rentas o prestaciones periódicas, la ejecución sigue el sistema ordinario. El rematante o adjudicatario deviene sujeto pasivo de la hipoteca y peca con la carga real, ateniéndose a una posible ejecución; pero, como tercer poseedor que es, tiene a su favor los límites de los artículos 114 y 115, párrafos primero y segundo, entre otros.

ROCA mantiene que, de aplicarse el sistema de subrogación limitada a la carga real, se inutilizaría esta hipoteca, ya que bastaría la enajenación de la finca para ver reducida la responsabilidad del deudor y la garantía del pensionista o rentista. Pero no sucede tal cosa. Basta el pacto de extensión hasta los cinco años que admiten los artículos 114 de la Ley y 248 del Reglamento para coordinar la responsabilidad con la prescripción, para el supuesto que pueda existir tercer poseedor, y evitar así la limitación del artículo 114. A falta de tal pacto, lo que el pensionista no pueda reclamar del rematante o tercer adquirente lo podrá reclamar al deudor primitivo. De otra parte, la hipoteca sigue existiendo y grava la misma finca que ahora pertenece al rematante o a un tercer adquirente. Pero la garantía no ha disminuido.

Esta interpretación integrativa del precepto da solución a muchos de los problemas que se han planteado, al par que cobra sentido la ubicación del precepto, que trae su causa en la especialidad de esta hipoteca.

De no ser así no tendría sentido la existencia del artículo 157, cuando, por su parte, el 131 ya regula los efectos del remate. Por lo tanto, hay que concluir que el artículo 157 se refiere a la propia hipoteca ejecutada que subsiste como preferente, y el artículo 131, a la subsistencia en general de hipotecas preferentes.

Hay aún otro argumento en favor de la subrogación limitada a la carga real que nace del párrafo último del propio precepto, en el que se hace referencia al deudor, contraponiéndolo al titular del inmueble, cuando dispone: «Salvo pacto en contrario, transcurridos seis meses desde la fecha en que, a tenor de lo consignado en el Registro, debiera haberse satisfecho la última pensión o prestación, el titular del inmueble podrá solicitar la cancelación de la hipoteca, siempre que no conste asiento alguno que indique haberse modificado el contrato o formulado reclamación contra el deudor sobre pago de dichas pensiones o prestaciones.» ¿Por qué habla este precepto del deudor, si el deudor lo es siempre, según la tesis subrogacionista, el titular del inmueble?

La única explicación lógica es entender que ni el rematante ni el tercer adquirente a título voluntario se subrogan en el débito personal, porque, en otro caso, ese «deudor» de que habla el precepto sería un personaje nuevo, puesto que, por hipótesis, le hicimos desaparecer. Por el contrario, si, en armonía con todo el resto del sistema, entendemos que no se produce subrogación en el débito, sino que el rematante o tercer adquirente únicamente están sujetos a padecer una posible ejecución, cobra pleno sentido este párrafo último. Y ese deudor de renta, sujeto pasivo de la obligación garantizada, adquiere su propia fisonomía. Es el deudor vinculado por el contrato que se obliga a pagar las rentas o pensiones y a quien el pensionista debe requerir de pago antes de proceder ejecutivamente contra los bienes. El es el deudor de las pensiones o rentas que no pueden reclamarse al rematante ni al tercer adquirente, y la constancia de una reclamación contra ese *deudor* impide al *titular del inmueble* conseguir la cancelación de la hipoteca, aunque hayan transcurrido más de seis meses desde la fecha en que debiera haberse satisfecho la última pensión o prestación.

VI. TESIS QUE SE MANTIENE

Hasta aquí hemos examinado los argumentos en favor de la subrogación tanto en la carga real como en el débito personal, y creemos que han sido rebatidos todos ellos con cierto fundamento. Hemos intentado averiguar por qué partiendo de postulados razonables se llegó a conclusiones ficticias y, por tanto, erróneas. Y, como consecuencia de tales opi-

niones, cómo, tras sentar principios generales, cuando éstos quebraban, la doctrina advertía que nos encontrábamos ante excepciones.

Pero también, al examinar cada uno de los diversos tipos de hipotecas que pueden quedar subsistentes, hemos visto que se desmorona lo que ha sido considerado como principio general, de modo que lo que antes era regla ahora es excepción, porque, en definitiva, no puede plantearse (como hemos visto) problema alguno, sino tan sólo respecto a la hipoteca en garantía de préstamo, porque cuando ésta subsiste por ser preferente no se ve tan claramente la distinción entre débito personal y responsabilidad real. Pero existe. Y el rematante o adjudicatario que adquiere la finca está obligado a soportar la carga real, pero nada más. La responsabilidad personal, el débito, permanece en el deudor primitivo, quien continúa siendo sujeto pasivo de la obligación garantizada, respondiendo con todos sus bienes presentes y futuros.

Aunque todos los argumentos expuestos hasta ahora (que nos llevan a pensar que nunca se produce en el caso que examinamos una verdadera subrogación en el débito) serían bastantes para entender que esta es la posición seguida por la Ley Hipotecaria, máxime cuando los argumentos en contra han sido rebatidos, sin embargo, no vamos a conformarnos con ellos, sino que intentaremos exponer una serie de principios extraídos de nuestro Derecho que impiden mantener aquellas tesis mayoritarias.

A) LOS ARTÍCULOS 1.205 DEL CÓDIGO CIVIL Y 131 DE LA LEY HIPOTECARIA

Dispone el artículo 1.205 del Código Civil que «la novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo puede hacerse sin conocimiento de éste, pero no sin consentimiento del acreedor».

No vamos a examinar con detalle la discusión doctrinal acerca de su alcance. Sabido es que parte de los autores entienden que el artículo 1.205 regula la transmisión *uti singuli* de la deuda, produciéndose o no novación de la obligación. Otros, por el contrario, con argumentos de gran peso, entienden que la deuda, como elemento que es de la relación obligatoria, no es transmisible a título singular, sin que se produzca la novación de la obligación entera.

Cualquiera que sea la posición que se mantenga, y prescindiendo del estudio de los efectos de una y de otra, lo que sí es claro es que el consentimiento del acreedor es imprescindible siempre, ya que la persona del deudor es ciertamente importante para éste. El consentimiento, su necesidad y las formas de manifestarse han sido examinados con.

gran detenimiento por abundante jurisprudencia, y a ella, como doctrina mejor, nos remitimos.

Si el consentimiento del acreedor es necesario para que se produzca la subrogación del deudor nuevo en el lugar del primitivo en sede de obligaciones ha de serlo igualmente en materia de hipotecas y su ejecución, porque el supuesto de aplicación es el mismo, diferenciándose sólo en la forma de encontrar nuevo deudor. Pero es que, además, el artículo 1.205 no excepciona, dando igual que la sustitución sea voluntaria, judicial o extrajudicial. Y es que la transmisión que da origen a la sustitución en los casos que examinamos es forzosamente idéntica; de ahí su denominación de venta judicial, pero venta al fin y al cabo, que transmite el dominio como las demás ventas y en los mismos términos, aunque su forma sea especial.

Es necesario siempre, por tanto, el consentimiento del acreedor para que se produzca subrogación en el débito personal, y cuando aquél no consta no se produce ésta. Y en la ejecución hipotecaria no consta su existencia de modo alguno.

La regla 8.^a del artículo 131 nada impone a este respecto, ningún efecto sustantivo previene. Tan sólo regula el contenido de los anuncios («En los anuncios se expresará...»). Si el legislador hubiere querido establecer aquel efecto subrogatorio en el débito a que se refiere la doctrina mayoritaria, ¿no lo hubiese establecido expresamente? Creemos sinceramente que tiene tanta importancia el que el rematante sea considerado como tercer poseedor que es inconcebible que si el legislador no lo quería no lo haya dispuesto expresamente, cuando los principios institucionales van por otro camino. Pero hay más: ¿dónde se supone que consta el consentimiento del acreedor? En dicho artículo solamente se establece que las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes subsisten y que el rematante se subroga «en la responsabilidad de los mismos», no que consienta el acreedor un cambio de deudor personal. En la regla 10.^a se establece que el acreedor, como adjudicatario, acepta la «subsistencia de las cargas anteriores y las preferentes, subrogándose en la obligación de satisfacerlas». Es claro, por tanto, que el rematante sólo se subroga en la responsabilidad de las cargas y gravámenes en cuanto a cargas reales que gravan la finca que adquiere.

Si no ampliamos sin fundamento el significado de la subrogación en la responsabilidad de las cargas anteriores y preferentes, el sistema se muestra homogéneo con el principio que establece el artículo 105 de la Ley Hipotecaria y no queda modificada la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Además, de admitirse la subrogación, ¿qué defensas o excepciones tendría el rematante contra el acreedor?

Para desentrañar el contenido de las normas hay que acudir a la interpretación de las mismas, pero no podemos modificar su significado. Simplemente hay que intentar averiguarlo de acuerdo con los criterios interpretativos admitidos por las leyes. Acudamos, pues, a la interpretación de las palabras «subrogarse en las responsabilidades de las mismas».

El primer criterio o elemento interpretativo es el sentido propio de las palabras. Subrogarse es sustituirse en algo, y ese algo aquí es la responsabilidad de cumplir con lo que es preferente a la hipoteca en virtud de la cual ha rematado el inmueble. Es decir, subrogarse en la posición de deudor hipotecario, no de deudor personal.

Si lo examinamos en relación con el contexto, podemos deducir de toda la regulación de las hipotecas lo siguiente: 1) Que la hipoteca (y, por tanto, sus vicisitudes) no altera la responsabilidad ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil (art. 105 LH). 2) Que la transmisión de la finca hipotecada tampoco la modifica institucionalmente. Tan sólo por pacto de los interesados puede ser modificada, en más (art. 118 LH) o en menos (art. 140 LH). 3) No hay norma terminante y clara en la legislación hipotecaria que imponga la subrogación en el débito. Ha sido una interpretación doctrinal, modificativa de preceptos procesales, la que la ha creado.

Tampoco de los antecedentes históricos y legislativos puede deducirse que la subrogación lo sea en el débito, en la deuda personal. La expresión «subsistencia de cargas y gravámenes anteriores y preferentes» desde el punto de vista histórico no constituye otra cosa que un aviso reiterativo de que el sistema ha sido modificado radicalmente.

Y estos son los criterios que hay que utilizar para interpretar una norma sin que sea válido utilizar otros, dado el carácter imperativo del artículo 3.º del Código Civil.

Y aún podemos preguntarnos: ¿tiene suficiente fuerza un precepto procesal que se refiere al contenido de los anuncios de subasta para derogar uno de los pilares básicos de nuestro sistema jurídico? Estimamos que es de tal importancia la modificación que, si el legislador lo hubiese querido, lo habría establecido en norma separada y distinta, clara y terminante.

B) EL ARTÍCULO 118 DE LA LEY HIPOTECARIA

Aquí aparece otro argumento a favor de la tesis que mantenemos. En este precepto se produce una quiebra del juego institucional natural de la hipoteca, al admitirse que por pacto se modifique el sistema. Pero si se produce esa ruptura es precisamente con el consentimiento del úni-

co que puede verse afectado, el acreedor. Y es obvio que el acreedor prestará su consentimiento si le interesa, es decir, si el patrimonio del nuevo deudor ofrece tanta o más garantía que el del antiguo. No hay que olvidar que el acreedor garantiza su crédito con la hipoteca, concretándolo sobre un inmueble, pero también contrata en función de la solvencia personal del deudor. Pensando en esto, exige el artículo 1.205 del Código Civil el consentimiento del acreedor para sustituir al deudor. Y el artículo 118 de la Ley Hipotecaria no es otra cosa que una aplicación de aquél, que pone además de relieve que en el único supuesto en que se produce subrogación en el débito es cuando lo autoriza y consiente el acreedor.

Por algún autor se ha dicho que ese consentimiento del acreedor está implícitamente recogido en la regla 10.^a del artículo 131. Nada más incierto, pues esta regla se dirige ciertamente al acreedor, pero como adjudicatario de la finca gravada con hipoteca preferente; y su conformidad se refiere al acatamiento de lo que dispone la regla 8.^a Este no es el acreedor que tiene que consentir, sino el titular de la primera hipoteca subsistente que debe de aceptar y consentir el cambio de deudor, que ahora lo sería el adjudicatario, acreedor anterior.

En definitiva, el consentimiento del acreedor para que se sustituya el deudor en la obligación personal garantizada con la hipoteca preferente no consta en absoluto en ninguno de los preceptos que regulan la ejecución hipotecaria.

C) EL ARTÍCULO 1.911 DEL CÓDIGO CIVIL

Este precepto establece la responsabilidad personal del deudor, determinando que del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros, y el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, congruentemente, dispone que «la hipoteca no altera la responsabilidad ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil». De admitirse la tesis de la subrogación total, el artículo 1.911 debería añadir: «salvo que el deudor hipoteque dos veces o se remate la finca hipotecada como consecuencia de embargo o de apremio», pues en tal supuesto el rematante se convertiría automáticamente en deudor personal, y el primitivo quedaría exonerado de su responsabilidad personal universal e ilimitada.

Algunos autores entienden que si no se admitiese la subrogación en el débito se produciría un enriquecimiento injusto del acreedor, entendiéndose que éste puede dirigirse contra el deudor personal y contra el dueño de los bienes hipotecados cumulativamente. Pero esto no es así, como antes veíamos, en modo alguno, porque al no ser procedente en

este supuesto el ejercicio de las acciones por el procedimiento judicial sumario o por el ejecutivo extrajudicial, no sería posible que el acreedor obtuviese en condena más de lo que le corresponde.

Tampoco consideramos cierta la tesis de SANZ de que, de no mantenerse que la adjudicación produce subrogación en la deuda personal se perjudicaría la situación del deudor. Este continúa, dice SANZ, en la misma situación que antes de la Reforma (de 1909), ya que en el antiguo sistema quedaba liberado con la transmisión de la finca. Pero eso no era así. El deudor no quedaba liberado si el precio no cubría íntegramente el importe de la carga que garantizaba esa deuda. Por el contrario, afirmamos nosotros, de admitirse la tesis subrogacionista, se perjudicaría a los acreedores. Bastaría un remate a la baja para que un insolvente se subrogase en la hipoteca anterior o preferente y en una deuda personal que nunca afrontaría, evaporándose la responsabilidad del antiguo deudor.

D) EL ARTÍCULO 231 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

El artículo 231 del Reglamento Hipotecario dispone que «subrogado el rematante o adjudicatario en la responsabilidad de cargas y gravámenes anteriores o preferentes al crédito del actor, si el importe de alguna de dichas cargas o gravámenes hubiese sido satisfecho por el deudor o el tercer poseedor, sin haber sido cancelada en el Registro la garantía real, se entenderán éstos subrogados, según el artículo 118 de la Ley, en los derechos del titular de unos u otros, para exigir su importe al rematante o adjudicatario».

Contempla este precepto el supuesto siguiente: se ejecuta segunda hipoteca, subrogándose el rematante en la responsabilidad real de cargas o gravámenes anteriores o preferentes, es decir, en la primera. Mientras tanto, el deudor personal en la primera o el tercer poseedor de la finca sujeta por primera hipoteca satisface la carga. Para evitar una situación de manifiesta injusticia se aplica el principio del párrafo segundo del artículo 1.258 del Código Civil, en concordancia con lo que establece el artículo 118 de la Ley Hipotecaria, subrogándose el que pagó en los derechos que tenía el acreedor para exigir su importe de quien se ha enriquecido, es decir, del rematante o adjudicatario.

Hay que advertir, además, que en el precepto aparecen claramente diferenciadas las personas del deudor y del rematante. La clave para entender el precepto, partiendo de tal distinción y de que, por tanto, no se produce subrogación en el débito por el remate, la ofrece el propio precepto al llevar al ámbito del artículo 118 los derechos de quienes pagaron o cumplieron con la carga preferente. En efecto, éstos pueden exi-

gir del rematante o adjudicatario el importe de la carga o gravamen satisfecho, pero no el importe del débito. Y esto es así porque el artículo 213, en consonancia con toda la regulación de la ejecución, parte del principio de que el rematante sólo se subroga en la carga real.

El artículo 231 no hace otra cosa que ratificar la tesis que mantenemos. Este precepto aclara y distingue terminantemente entre las obligaciones garantizadas con hipoteca y lo que puede exigirse al rematante o adjudicatario. Y del mismo se desprende que a éste no puede reclamársele lo que el deudor pagó o pudo pagar, sino únicamente la cantidad que como responsabilidad real se hubiere señalado a los bienes adquiridos; todo ello, por cierto, cualquiera que sea la cantidad realmente pagada, pues en otro caso se produciría enriquecimiento injusto.

E) LOS ARTÍCULOS 146 Y 147 DE LA LEY HIPOTECARIA

También del examen de estos preceptos se extraen argumentos nada desdeñables para ratificar la bondad de la postura que mantenemos. Ambos preceptos articulan la reclamación de los intereses que garantiza la hipoteca, regulando la primera parte del artículo 146 el supuesto general, es decir, cuando la cosa hipotecada aún permanece bajo titularidad del deudor que ostenta la doble cualidad de deudor personal y sujeto pasivo de la hipoteca.

Más nos interesa la segunda parte del artículo citado: «... si hubiere un tercer interesado en dichos bienes, a quien pueda perjudicar la repetición, no podrá exceder la cantidad que por ella se reclame de la garantizada con arreglo al artículo 114». Observamos que en este caso la Ley no habla de tercer poseedor o tercer adquirente, sino que se refiere a un tercero en sentido amplio, es decir, a cualquiera ajeno a la relación jurídica garantizada o a la hipoteca, que esté interesado en el inmueble gravado. Es, por tanto, un concepto muy amplio que comprende todos los supuestos en que alguien esté interesado en el inmueble y contra él pueda dirigirse la acción del acreedor.

De ahí que el artículo 147 determine, en salvaguarda de los derechos del acreedor, a quién y cómo han de reclamarse los intereses que excedan del límite que establece el artículo 114. Se reclamarán por la acción personal a quien ostente la posición de deudor en la relación jurídica garantizada. Utiliza el artículo 147 el término «obligado», en contraposición a las palabras tercer poseedor, tercero interesado o tercer adquirente, utilizados en los demás casos. Incluso se olvida de mencionar al rematante o adjudicatario, lo cual es un firme indicio para considerar que el legislador tenía perfectamente clara la posición del rematante.

F) EL ARTÍCULO 134 DE LA LEY HIPOTECARIA

Por último, vamos a referirnos a un precepto que puede darnos una pauta interpretativa del sistema establecido en la materia que estudiamos. El artículo 134 se refiere al supuesto de que pase la finca a manos de un tercer poseedor antes de que el acreedor haga efectivo su derecho. Podrá pedir aquél que se le exhiban los autos, entendiéndose con él las diligencias ulteriores «como subrogado en lugar del deudor». Esta última frase es expresiva de lo que el legislador entiende como subrogación. No es otra cosa que sustitución en la persona a efectos del procedimiento y con las consecuencias que se previenen en este precepto y en los concordantes. Es indudable que se utiliza la expresión en este único sentido, porque antes se ha referido a «pasar la finca a manos de un tercer poseedor». Si por hipótesis hemos dejado sentado que el tercer adquirente no se subroga en el débito personal y el artículo 134 utiliza el término genérico de tercer poseedor, comprensivo de aquél y del de rematante sin hacer distinción, es claro que subrogación en este caso es sólo equiparable a sustitución de la persona con asunción de la carga real (ya que este es el efecto institucional previsto). Y si la Ley utiliza la palabra con ese significado en esta sede, ¿por qué en el artículo 131 se le atribuye otro distinto? Francamente, no vemos la razón.

VII. CONCLUSIONES

Hemos visto los argumentos en contra de la postura que mantiene la subrogación total, examinado los supuestos en que es imposible que ésta se produzca, y últimamente hemos repasado algunos argumentos que perfilan la situación del rematante como subrogado sólo en la carga real, por lo que ya nos creemos con base suficiente para establecer la conclusión que era también tesis defendida: no existe subrogación en el débito en la adjudicación por vía de ejecución judicial.

Que el rematante sólo se subroga en la responsabilidad real es idea más conforme con todo nuestro sistema de hipotecas. Descansa sobre una base de gran exactitud, ya que el rematante conoce perfectamente el contenido y valor de la carga, que está garantizado por el propio Registro, sin que tal suceda respecto de la responsabilidad personal, normalmente indeterminada y muy difícil de ajustar sin haber participado en su creación. Dicho sistema es, además, totalmente conforme con los principios que informan nuestro Derecho, manifestados en esta materia en el artículo 1.911 del Código Civil.

La importancia de adoptar esta tesis no se nos escapa. El régimen de defensas del rematante, extensión de la hipoteca y otros derechos de variada índole que protegen al tercer poseedor son las aplicables al rematante, sin que se distinga en nada su situación de la de otro tercer adquirente de finca hipotecada, sea el origen de su adquisición la venta voluntaria, la venta judicial o la resultante de la vía de apremio.

Sabemos que esta postura choca frontalmente con la tradicional, manifestada por la casi totalidad de los autores, y, ciertamente, el que suscribe estas notas no cuenta con títulos bastantes para garantizar su opinión. Tampoco es pretensión modificar la doctrina hasta ahora mayoritaria, pero sí es nuestra intención provocar una reflexión sobre este problema, que tiene notable importancia y consecuencias prácticas trascendentales.

LUIS M. SELVA SÁNCHEZ
Registrador de la Propiedad

El derecho a la indemnización de daños y perjuicios en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios

SUMARIO: I. *Los derechos del consumidor y el derecho a la indemnización de daños.*—II. *Precisión del concepto de indemnización de daños al consumidor.* III. *El derecho a la indemnización de daños en la Ley 26/1984, de 16 de julio:* A) *Precisiones previas:* a) *El artículo 51 de la Constitución Española.* b) *Ambito de aplicación.* B) *Examen del derecho a la indemnización:* a) *La construcción general.* b) *El requisito subjetivo de «la culpa».* c) *Los criterios de imputación de la responsabilidad.* d) *Sistemas especiales de imputación de responsabilidad.* e) *La responsabilidad objetiva:* a') *Sujetos responsables.* b') *Tipo de consumo afectado.* c') *El límite indemnizatorio.*

I. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y EL DERECHO A LA INDEMNIZACION DE DAÑOS

La necesidad de una nueva actitud del ordenamiento jurídico ante la crisis del modelo teórico de competencia perfecta de mercado, que se ve sustituido por un sistema de producción y de cambio con un alto grado de concentración de capital, que conlleva una producción en masa y una fuerte despersonalización en las relaciones comerciales, se empieza a patentizar de forma clara a partir de los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Entre las manifestaciones de esta nueva exigencia jurídica, que va a afectar tanto al ordenamiento jurídico público como a la estructura del ordenamiento jurídico privado, variando en sus presupuestos tradicionales, se pone de relieve la urgencia de adoptar un nue-

vo marco jurídico de protección al consumidor (1), que ha dejado de ser el elemento determinante de la oferta, para pasar a ser un elemento del mercado cada vez más indefenso ante las grandes magnitudes empresariales y sus técnicas comerciales de producción y de cambio. Y esto va a ser así con independencia de las técnicas y modelos de protección que se empleen (los llamados «Informationsmodell» y «Socialwerbraucherschutzmodell»), e incluso con las dudas sobre una real eficacia de esta nueva actitud protectora, sin que se produzca a la vez una alteración profunda del vigente modelo de mercado y el establecimiento de un mayor control de la actividad empresarial (2).

La situación actual de protección del consumidor viene a ser así en los diferentes ordenamientos el resultado de un lento y continuo proceso legislativo lleno de precedentes dispersos y asistemáticos (3), al que sólo en años muy recientes se ha sido capaz de ir sustituyendo por un cuadro teórico sistemático del problema de su indefensión e incluso de la construcción de su propio concepto y lugar sistemático dentro del ordenamiento (4), incluso con rango constitucional (Constitución portuguesa, art. 81, y española, art. 51). Y así como meta a la vez que como nuevo punto de partida se presenta la construcción de los llamados «derechos del consumidor», cuya más clara expresión jurídica se pone de

(1) REICH, N.: *Mercado y Derecho*, Barcelona, 1985, págs. 158 y ss. POLO, E.: *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Madrid, 1980, págs. 24 y siguientes, y 87 y ss.

(2) ALPA, G.: *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977, páginas 39 y ss.

RABEL, Z.: *Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz*, 1972, págs. 317 y ss.

FERRARA, R.: *Contributo allo studio della tutela del consumatore*, Milano, 1983, págs. 3 y ss.

DAUMER-LIEB, B.: *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher. Schriften zum Bürgerlichen Recht*, Berlín, 1983, págs. 62 y ss.

SIMITIS, K.: *Verbraucherschutz. Schlagwort oder Rechtsprinzip?*, Baden-Baden, 1976, págs. 83 y ss., y 97 y ss.

REICH, N.: *Ob. cit.*, págs. 174 y 195 y ss.

(3) BERCOVITZ, A.: *La protección de los consumidores, la Constitución Española y el Derecho Mercantil. Lectura sobre la Constitución Española y el Derecho Mercantil*, Madrid, 1978, vol. II, págs. 16 y ss.

POLO, E.: *Ob. cit.*, págs. 44 y ss.

FERRARA, R.: *Ob. cit.*, págs. 97 y ss.

VON HIPPEL, E.: *Verbraucherschutz*, Tübingen, 1979, págs. 5 y ss.

(4) ALPA, G.: *Ob. cit.*, págs. 53 y ss.

VON HIPPEL, E.: *Ob. cit.*, págs. 39 y ss.

SIMOTIS: *Ob. cit.*, págs. 21 y ss.

BERMEJO VARA, J.: «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», *Revista de Administración Pública*, núm. 87, septiembre-diciembre 1978, págs. 295 y ss.

POLO, E.: *Ob. cit.*, págs. 87 y ss.

OTERO LASTRES, J. M.: «La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, págs. 760 y ss.

relieve a través de textos europeos de carácter supranacional. La Resolución del Consejo de Europa de 17 de mayo de 1973, relativa a la Carta de Protección del Consumidor; la Resolución del Consejo de la Comunidad Europea de 14 de abril de 1975, referente al programa preliminar para una política de protección y de información de los consumidores, completada por otra Resolución de 23 de diciembre de 1981 referida a un segundo programa para una política de protección al consumidor, constituyen el máximo exponente de lo que es el cuadro esencial de los derechos básicos del consumidor: el derecho a la protección de sus legítimos intereses económicos, el derecho a la reparación de daños, el derecho a la información y la educación y el derecho a la representación (5).

El derecho a la indemnización de los daños al consumidor que el consumo pueda producirles es, sin embargo, de todos ellos, el que aparece en los textos comunitarios con unos perfiles más difusos, en cuanto a su sustantividad como derecho autónomo y en cuanto a su alcance. Así, en efecto, mientras que el primer programa de la Comunidad Europea le daba sustantividad como un derecho más, a pesar de que su contenido se diluyera en la exigencia del establecimiento de procesos ágiles y eficaces, y que donde viniese realmente explicitado fuera exclusivamente en el contenido del consumidor a la defensa de sus legítimos intereses económicos, que se mueve en el ámbito de los contratos, el segundo programa de la Comunidad Europea va a difuminar su existencia como derecho autónomo con propio contenido, siendo asimilado por la exigencia de una mejora de la situación del consumidor en lo que se refiere a un derecho de asistencia, asesoramiento y de procedimientos eficaces, si bien siga contemplándose como una manifestación más del derecho a la protección de sus legítimos intereses económicos (6). Es un derecho, en definitiva, que se perfila con caracteres borrosos, en cuanto a su sustantividad y en cuanto a su contenido, lo que, unido probablemente al hecho de estar en un momento de crisis económica, ha llevado a que este derecho del consumidor no se haya planteado hasta la reciente fecha de 25 de julio de 1985, en una norma comunitaria, la Di-

(5) ALPA, G., y BESSONE, M.: *Il consumatore e l'Europa*, Modena, 1979, páginas 16 y ss.

(6) En el Primer Programa se encuentra en los números 3.º, donde es expresamente mencionado como Derecho autónomo; 19.º, ii), donde se habla de la protección contra los daños causados a sus intereses económicos, y 32.º, donde se desarrolla la reparación de daños entendido como una mejora en la asistencia, asesoramiento y establecimiento de procedimientos eficaces.

En el Segundo Programa ya no se habla del derecho a la indemnización de daños, sino de una mejora de la situación jurídica del consumidor en el número 9.º, C.

rectiva referida a la aproximación de disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas en materia de responsabilidad, como consecuencia de productos defectuosos (JO, núm. L 210/29, de 7 de agosto de 1985), con un plazo para su aplicación de tres años (7).

II. PRECISION DEL CONCEPTO DEL DERECHO A LA INDEMNIZACION DE DAÑOS EN EL CONSUMIDOR

El mismo planteamiento de la novedad de este derecho puede mover a cierta confusión, ya que ¿no producen todos los hechos ilícitos en el orden civil la obligación de reparar los daños por ellos causados? Y, efectivamente, así es; lo que se plantea no es la necesidad de indemnizar los daños causados por el consumo, sino si las técnicas tradicionales de protección que ofrece el Derecho privado siguen valiendo para cumplir esta función en un sistema económico de producción en masa, altamente tecnificado y con un alto grado de despersonalización en las relaciones jurídicas que sirven de cauce a la distribución de los productos y servicios que se consumen en el mercado.

El comportamiento ilícito causante del daño puede provenir o bien de un incumplimiento de las obligaciones contraídas por el causante del daño por una relación contractual precedente, o bien por el incumplimiento con su conducta de los deberes que se derivan del ordenamiento jurídico, que impone la exigencia de un determinado comportamiento y sin necesidad de que medie con el consumidor lesionado una previa relación contractual. En un caso estaríamos ante la llamada responsabilidad contractual, mientras que en el otro nos encontraríamos ante la denominada responsabilidad extracontractual.

Las características técnico-jurídicas tradicionales de ambos tipos de responsabilidad se muestran hoy como inadecuadas para una eficaz satisfacción de las exigencias indemnizatorias que pueden derivarse de la actual situación de un mercado con una producción masificada, enormemente compleja y tecnificada y totalmente despersonalizada. No se trata,

(7) Esta Directiva es el resultado de un proceso que parte de una propuesta de Directiva de 9 de septiembre de 1976, modificada el 1 de octubre de 1979 y publicada el 26 de octubre de 1979. Sobre esta propuesta *vid.* TIRADO, F. J.: *Estado actual de la responsabilidad civil de productos en el Mercado Común. Problemática del ingreso de España en el ámbito de la responsabilidad civil de productos y su cobertura operativa. Responsabilidad Civil de Productos*. Comité de gestión de AIDA, Sección española, Madrid, 1983, págs. 28 y ss.

Hay que citar además la existencia de un Convenio del Consejo de Europa sobre la materia de 27 de enero de 1977 y del Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la Ley aplicable a la responsabilidad derivada de productos de 2 de octubre de 1973.

pues, de otra cosa que de configurar, adecuándose a la nueva realidad, una nueva técnica de protección al consumidor para indemnizarle de los daños que el consumo pueda irrogarle (8).

Un análisis somero de la construcción general que de ambos tipos de responsabilidades dan los ordenamientos jurídicos es suficiente para poner de relieve las insuficiencias que para el consumidor se derivan de ellas (9):

A) La responsabilidad derivada del contrato se ha venido limitando al daño económico que directamente se derivaba de su incumplimiento, pero no a las consecuencias del consumo. Y el daño se presenta con un mayor o menor alcance en función del elemento intencional que originó el incumplimiento del contrato, llegando a no existir daño resarcible en los supuestos de vicios ocultos desconocidos por el vendedor. El hecho, además, del carácter tradicionalmente dispositivo del contrato, que permite a las partes configurarlo en gran medida en base a la libre autonomía de la voluntad de las partes, lleva a que en la práctica se produzca una notable eliminación de la responsabilidad empresarial básicamente a través de las condiciones generales de los contratos. En todo caso, el principio de relatividad del contrato, que sólo permite a las partes ser los legitimados para reclamar, imposibilitaba la acción del consumidor frente al empresario cuando él no era directamente parte en el contrato. La exigencia, finalmente, de una conducta imputable por culpa o dolo que, además, ha de ser demostrada para poder solicitar indemnización, presenta el colofón de una serie de limitaciones y dificultades que hacían prácticamente imposible acceder por esta vía a una completa indemnización de daños y perjuicios.

B) La responsabilidad extracontractual como base del derecho del consumidor a la indemnización de daños choca básicamente con la dificultad de la exigencia de una conducta culposa en el causante del daño que hay que demostrar. El fenómeno de la producción en masa y me-

(8) ALPA, G.: *Ob. cit.*, págs. 229 y ss.

FERRARA, R.: *Ob. cit.*, págs. 22 y ss.

POLO, E.: *Ob. cit.*, págs. 99 y ss.

ROJO, A.: *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, págs. 29 y ss.

(9) Con respecto a las insuficiencias del ordenamiento jurídico español y las posibles interpretaciones teóricas y actuación de la jurisprudencia, así como la situación en Derecho comparado, *vid.* Rojo, A.: *Ob. cit.*, págs. 45 y ss., y 121 y siguientes.

Con respecto a las soluciones jurisprudenciales frente a las insuficiencias de nuestro ordenamiento en lo que a la responsabilidad contractual y extracontractual respecta, *vid.* BERCOVITZ, R.: «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios. Comentarios a la Ley general sobre consumidores y usuarios», *Estudios sobre Consumo*, núm. 3, diciembre 1984, páginas 125 y ss.

dian­te procesos técnicos cada vez más complejos despersonaliza además de tal grado el consumo que hace prácticamente imposible la determi­nación de quién pueda ser realmente el causante del daño.

Ante esta situación de insuficiencia y desamparo del consumidor, en los diversos ordenamientos, fundamentalmente a través de interpretacio­nes doctrinales y jurisprudenciales, se ha ido procediendo a una revi­sión del derecho a la indemnización de daños y perjuicios que el con­sumo pudiera acarrear. Se trata de la búsqueda de fórmulas de amparo al consumidor, con independencia de su posición como parte o no del contrato en la adquisición del bien o servicio de que se trate; fórmulas que con perfiles propios se han venido englobando bajo la llamada «res­ponsabilidad del fabricante» (10). Se puede afirmar que la tendencia de las formulaciones ha ido evolucionando hacia unas soluciones (11) que van desde posiciones que pretendían dar solución a los problemas desde una óptica contractual y que todavía perviven en algunos modelos (ejem­plo: en Francia, mediante la concesión de acciones directas al consumi­dor contra el fabricante) hacia soluciones dentro del marco extracon­tractual (ej.: Alemania, Italia y, con las peculiaridades propias de su modelo jurídico, Estados Unidos e Inglaterra). Y todo este esfuerzo de­rivado fundamentalmente hacia un intento de superación de la exigencia de culpa como elemento necesario para el buen fin de la acción, que se ve sustituida por unas presunciones de culpabilidad que derivarían de la propia lógica del sistema económico y que en algún supuesto tiende incluso hacia la responsabilidad objetiva (ej.: la Stric Liability in Tort, en Estados Unidos).

La técnica de «responsabilidad objetiva» derivada sólo y exclusiva­mente de la existencia del daño y prescindiendo del elemento de la culpa presenta, no obstante, obstáculos que es necesario ponderar y que deri­van básicamente de una imputación de daños por igual al empresario diligente que al que no lo es, lo que puede tener como consecuencia un cierto abandono en el control de los procesos y un probable incremento para el coste empresarial que pudiera obstaculizar el desarrollo de mo­delos industriales no consolidados o dificultar la superación de crisis eco­nómicas. La técnica del aseguramiento del riesgo empresarial, junto con un nivel ponderado de exigencias de control de calidades, podría, no obstante, atemperar estas dificultades.

(10) Sobre los diferentes sistemas jurídicos de Derecho comparado *vid.*: ROJO, A.: *Ob. cit.*, págs. 45 y ss.

ALPA, G., y BESSONE, M.: *La responsabilità del produttore*, Milano, 1980, pá­ginas 101 y ss.

(11) ROJO, A.: *Ob. cit.*, págs. 115 y ss.

III. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR A LA INDEMNIZACION DE DAÑOS EN LA LEY 26/1984, DE 19 DE JULIO, PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. SU RELACION CON LA DIRECTIVA DE 25 DE JULIO DE 1985 EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

A) El estudio de este derecho requiere unas precisiones previas, en cuanto a su fundamento normativo y en cuanto a su ámbito de aplicación, para poder proceder después a un análisis sistemático de su contenido.

a) En el enmarque sistemático de este derecho a la indemnización de los consumidores se hace necesaria una referencia al artículo 51 de la Constitución, en cuanto que él constituye el fundamento normativo último de la actual Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Este artículo quiso recoger, aunque no lo haya hecho de forma exacta, el catálogo de derechos del consumidor que los textos comunitarios habían configurado (12). Y, en consecuencia, manifiesta:

«1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.»

La lectura de este artículo 51, en relación con la Ley General, presenta a los fines de este estudio dos observaciones que afectan directamente al derecho de indemnización de daños:

(12) Sobre la génesis del precepto *vid.* Ruiz Rico, J.: *Artículo 51. Defensa de los consumidores y usuarios*, págs. 412 y ss.

BERCOVITZ, A.: «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios», *Revista Estudios sobre Consumo*, núm. 3, diciembre 1984, págs. 11 y ss.

SEQUEIRA MARTÍN, A.: «Defensa del consumidor y Derecho constitucional económico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, enero-abril 1984, páginas 92 y ss.

La Constitución no recoge expresamente este derecho como un derecho autónomo (13), pudiendo haber tenido consecuencias a la hora de su consideración como principio constitucional inspirador de la legislación nacional y de la actuación de los poderes públicos y de los Tribunales en materia de defensa del consumidor, e incluso haber constituido un obstáculo su silencio a la hora de construir determinadas figuras de amparo al consumidor que intentase prescindir de las dificultades derivadas de una exigencia de responsabilidad basada siempre en la exigencia de culpa en el causante del daño. (En este sentido, el Tribunal Constitucional reconoce, en Sentencia de 30 de noviembre de 1982, la no discordancia entre el sistema de responsabilidad objetiva y los principios constitucionales —se trata del recurso interpuesto por el Gobierno contra la Ley vasca del consumidor.)

Este silencio podría considerarse no trascendente si se considerase que a pesar de la ausencia de su mención viene implícitamente contenido en alguno de los derechos mencionados como un lógico contenido de los mismos (14), a la vez que es también manifestación necesaria del contenido de algunos otros derechos constitucionalmente recogidos, aunque ajenos a la exclusiva tutela del consumidor (el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales —art. 24—; el derecho de propiedad y los límites de su ejercicio —arts. 33, 38 y 128—; el derecho a la protección a la salud —art. 43, etc.).

b) La Constitución configura los llamados derechos del consumidor en torno a unos principios que no tienen la consideración de derechos subjetivos en sentido estricto (15) y que necesitan de la existencia de normas que los desarrollen para ser alegados ante la jurisdicción ordinaria (art. 51, en relación con el art. 53, de la CE). Se trata más bien de principios interpretativos que son «una expresión del orden material de valores que están presentes en la base de todo el ordenamiento» (16). Era, por lo tanto, necesario un desarrollo normativo de los derechos del consumidor, con especial incidencia en el derecho a la indemnización de daños, a fin de solventar los contornos y su alcance, que, como conse-

(13) SEQUEIRA MARTÍN, A.: *Ob. cit.*, pág. 104.

(14) GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: «Notas sobre el Derecho de información del consumidor», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, julio-septiembre 1980, pág. 143. BERCOVITZ, A.: *La protección de...*, *ob. cit.*, págs. 12 y ss.

(15) CAZORLA PRIETO, L., en *Comentarios a la Constitución*, de GARRIDO FALLA y otros, Madrid, 1980, págs. 560 y ss.

BAENA DE ALCÁZAR, M.: *La ordenación del mercado interior. El modelo económico de la Constitución Española*, vol. I, Madrid, 1981, págs. 289 y ss.

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, 1977, pág. 55.

cuencia del silencio constitucional, era difícil perfilar, con independencia de cuál fuera la técnica de política jurídica que se optara por seguir.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios va a suplir el silencio constitucional de este derecho del consumidor, regulándose como uno de sus derechos básicos (art. 2.º, 1, c), si bien el alcance de su contenido ofrezca dificultades y lagunas que requerirán un desarrollo interpretativo por la doctrina y la jurisprudencia que sirva para completar y facilitar la comprensión de su actual contenido.

El examen de los derechos del consumidor, tal y como aparecen en la Ley, pone de relieve la heterogeneidad de su calificación jurídica, ya que se está ante dos categorías diferentes de lo que la Ley llama «derechos básicos del consumidor»: unos que realmente hacen referencia a lo que de forma muy amplia llamaríamos disciplina de mercado y que se desarrollan en mandatos dirigidos a la Administración, exigencias de desarrollos reglamentarios e imposición a los sujetos participantes en el mercado de determinadas conductas, y otros que se configuran como verdaderos derechos subjetivos directamente ejercitables por su titular. Entre estos últimos se encuentra este derecho a la indemnización de daños, que tiene así basada su eficacia en el principio de autonomía del consumidor, satisfaciendo sus pretensiones a través del ejercicio directo de las acciones pertinentes que le amparan y cuyo contenido se desarrolla en el capítulo VIII, bajo la rúbrica «Garantías y responsabilidades» (artículos 25 a 31), que ya no conserva la denominación de «indemnización o reparación de los daños y perjuicios causados» con que en la enumeración de los derechos aparece (art. 2.º, 1, c, LG) mencionado como derecho básico.

La publicación de la ya mencionada Directiva sobre responsabilidad derivada de productos defectuosos, de 25 de julio de 1985 (JO, número L 210/29), añade el problema de la necesidad de una adaptación de nuestra legislación a la misma como consecuencia de la reciente adhesión a la Comunidad Económica Europea y los términos en los que esta exigencia ha de plasmarse (16 bis).

(16 bis) La Directiva sobre daños derivados de productos defectuosos no presenta discrepancias de fondo graves con nuestra Ley General, que no sólo cumple con el mínimo esencial de protección que el texto comunitario prescribe, sino que incluso le trasciende, sin que, por tanto, presente problemas de fondo en cuanto «al resultado que debe conseguirse» y al que «el Estado miembro destinatario» viene obligado (art. 189 TCEE).

La existencia de una mayor precisión en cuanto a determinados elementos componentes necesarios de la aplicación de este derecho que en nuestra Ley no aparecen o no están suficientemente claros, y si en la Directiva podrían servir a efectos de su introducción en nuestro ordenamiento mediante Ley, no por vía reglamentaria, de forma tal que sirviera para ser llevada a cabo una reforma de la

B) El estudio del contenido y sistemática de este derecho requiere también unas precisiones previas sobre el ámbito de su aplicación.

1) Se hace necesario recordar que el receptor de esta Ley y, por tanto, el titular del derecho que aquí se expone, es únicamente el consumidor concebido en los términos y amplitud que la propia Ley expresa («el destinatario final de bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones» —art. 1.º).

La noción legal del consumidor protegido que da la Ley General (artículo 1.º) ofrece una precisión, con independencia de los múltiples problemas interpretativos que puedan derivarse (17), de la que carece la ya mencionada Directiva, que no recoge un concepto mínimo del consumidor como destinatario de la misma, aunque su equiparación con el destinatario final pueda deducirse de algunos considerandos de su preámbulo que expresamente le menciona (así, el considerando noveno) y de la propia finalidad y sistema de su contenido, que parece querer, al regular la responsabilidad del fabricante, señalar la oposición de su figura a los intereses del consumidor final de sus productos y también al indicar como daño protegido el producido por el uso o consumo (artículo 9.º, b, i, Dr). Junto a la imprecisión del sujeto destinatario de la Directiva, su texto conlleva una reducción del tipo de consumidor protegido con respecto a nuestra Ley General, al reducir su aplicación al daño derivado de defectos de productos muebles, con independencia de su incorporación a otro bien mueble o a un inmueble y quedando excluidas las materias primas agrícolas y productos de caza, salvo que la legislación de un Estado miembro así lo quiera (arts. 1.º y 2.º, en relación con el 15, 1, a, Dr).

2) El sistema de responsabilidad que nuestra Ley General construye no excluye, sino que complementa, con el específico supuesto del consumidor, los demás supuestos de responsabilidad (contractual o extracontractual) vigentes en nuestro ordenamiento, que quedan para supuestos diferentes al ahora legalmente contemplado por la Ley General.

La Directiva no afecta tampoco a los derechos que la víctima de un daño pueda utilizar tanto en base a la exigencia de responsabilidad contractual como extracontractual o a título de cualquier régimen especial (artículo 13 Dr), no exigiendo en este sentido una modificación de nuestro ordenamiento. Ella constituye tan sólo una exigencia de introducción en los ordenamientos de técnicas de amparo al consumidor que le den

Ley General que aclarase su contenido y sistema con un mayor grado de certeza jurídica para ambos.

(17) Sobre el alcance de la noción de consumidor y su concepto en la Ley, *vid.* BERCOVITZ, A.: «Ámbito de aplicación...», *ob. cit.*, págs. 15 y ss.

una cobertura, a efectos de responsabilidad derivada de daños, homologable con su contenido y siempre que no la tuviera, ya que entonces sólo afectaría a la exigencia de adaptación de determinadas precisiones, pero no a la totalidad del modelo, tal y como en gran parte sucede con nuestra Ley General.

3) El alcance de la indemnización de daños afecta sólo a los producidos por el consumo (arts. 25 y 28 LG), pero no a los daños económicos que puedan derivarse del incumplimiento del contrato como consecuencia de haberse realizado una prestación defectuosa. Este tema permanece al margen del contenido de este derecho a la indemnización de daños y, salvo en lo que afecte al contenido del derecho a la defensa de los legítimos intereses económicos (arts. 7.º y sigs. LG) de esta Ley. Y en este mismo sentido se inclina la Directiva (art. 9.º), que se centra en el daño corporal o el causado, en su caso, a los morales.

4) El consumidor tiene la protección de este derecho, al margen de que sea o no parte en el contrato de adquisición del producto o servicio que le ocasionó el daño al ser consumido (así se desprende del artículo 1.º, que da un concepto de consumidor, prescindiendo de su posible posición de parte en el contrato; de los arts. 25 y sigs., que centran el daño exclusivamente en el consumo, y del art. 29, que al hacer referencia a la compensación sobre la cuantía de la indemnización prescinde de que la relación de consumo fuera contractual o extracontractual). El derecho a la indemnización se deriva exclusivamente de la existencia de un daño producido por el consumo, ya medie o no una relación contractual, sin que afecte al problema que a su vez pueda derivarse del posible incumplimiento de una relación contractual. Y la indemnización, salvo para los supuestos en los que de la Ley así se pueda desprender, afecta no sólo a los daños producidos en el patrimonio, sino a todo tipo de daños producidos en la persona del consumidor, siendo todos ellos, por tanto, contemplados en principio por la Ley General como indemnizables.

En este mismo sentido, la Directiva prescinde de la contemplación de la existencia de un vínculo contractual o no a la hora de señalar la responsabilidad del productor «hacia la víctima de un daño» (art. 13 Dr) derivado de un defecto de su producto (art. 1.º Dr). El alcance de la indemnización afecta tanto al daño producido en las personas como en las cosas e incluso a los morales si las legislaciones nacionales lo contemplan, si bien limita el tipo de cosas dañadas sobre los que esta indemnización puede caer (art. 9.º Dr), pudiendo en todo caso los Estados miembros fijar un límite en el montante de la responsabilidad total del

«productor» que derive de daños corporales o muertes causados por artículos idénticos y que presenten el mismo defecto (art. 16, 1, Dr).

2. Una vez realizadas las consideraciones previas procede el examen concreto de este derecho a la indemnización de daños, que se presenta con perfiles enormemente confusos en cuanto a su sistema y contenido.

La construcción del sistema que aquí se expone parte lógicamente del máximo respeto a los términos de la Ley General, pero acude en su interpretación a la ayuda de los fines económicos y sociales que con ella se persiguen y a la configuración con la que una nueva visión de la responsabilidad por daños en el consumo de mercado se ha ido presentando en los textos y doctrina de los Estados con una estructura del modelo de mercado similar a la nuestra, así como en los textos comunitarios. Se trata, en definitiva, de interpretar las normas en función de sus términos, pero también en conexión con la realidad económica y social en la que aquéllas han de ser aplicadas (art. 3.º, 1, CC).

A efectos de facilitar una posterior explicación del modelo que la Ley General presenta (arts. 25 y sigs.), podría decirse que aquél se estructura en una construcción general de los elementos componentes de la responsabilidad derivada de la producción de un daño con ocasión del consumo, pero con dos diferentes grados en lo que a la consideración del elemento subjetivo de la exigencia de la culpa se refiere: uno general, de exigencia de responsabilidad culposa, atenuada para algún supuesto en el que no es fácil la identificación del posible culpable, y otro de responsabilidad objetiva, sin exigencia de culpa, derivada directamente de la existencia del daño, aunque limitada sólo al producido en determinados supuestos (18).

a) La construcción general de aplicación a todos los supuestos de indemnización de daños contra el poder imputar la responsabilidad de los daños producidos en la exigencia de un daño verdaderamente existente y de una relación causal del mismo con el consumo, salvo que aquél se produjera por culpa exclusiva del consumidor o usuario o de las personas de las que él debe de responder civilmente (art. 25 LG) y sin contemplar así el posible supuesto de responsabilidad compartida.

La existencia de daños verdaderamente ocurridos y demostrados que fueran consecuencia del consumo no precisa en su exigencia como elemento componente de la responsabilidad el alcance de los mismos. Una aplicación de la interpretación dominante en la jurisprudencia llevaría:

(18) Con una interpretación sistemática diferente, *vid.* BERCOVITZ, R.: *Ob. cit.*, páginas 127 y ss.

a extender su alcance tanto a los daños producidos en las personas como en las cosas, excluidas por ser materia que afecta exclusivamente al contrato las propias cosas causantes del daño, pero sin que aparezca claramente si esta es la voluntad del legislador.

La demostración del daño ha de venir conexas con la demostración de la existencia de una relación de causalidad con el consumo que se ha realizado («que el consumo... les irroguen...» —art. 25 LG), que la jurisprudencia venía exigiendo (STS 30-XI-73, 12-II-76), pero sin que la Ley aclare si es suficiente que el daño se produzca por el hecho de consumir un determinado producto o servicio, o bien se requiere también que ese consumo se haya efectuado mediante una utilización del producto o del servicio adecuada a su naturaleza y fines.

La posible responsabilidad parece más bien ir unida a la exigencia complementaria de haberse hecho por el consumidor una idónea utilización del producto o servicio de que se trate, que al hecho de la existencia en ellos de un defecto que produce un daño, pero con independencia del destino que se les hubiera dado, al igual que parece quedar excluido el daño cuando éste se produce exclusivamente por razones objetivas del consumidor, aunque una adecuada falta de información podría considerarse defecto de presentación y, por lo tanto, indirectamente defecto del producto. Sin que el tema pueda resolverse pacíficamente, parece deducirse un criterio en el sentido indicado en cuanto que las exigencias y cuidados que la Ley prescribe para los posibles responsables van en relación con «la naturaleza del producto, servicio o actividad» (art. 26 LG); y sin que tampoco de forma categórica, aunque así parece resolverlo, lo dilucide la Directiva al señalar que un producto puede catalogarse como defectuoso «cuando no ofrece la seguridad que se puede legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y especialmente... el uso que del producto puede ser razonablemente esperado» (art. 6.º, 1, b, Dr).

El daño y la relación de causalidad son dos de los elementos tradicionales componentes de la responsabilidad (19) y sobre los que también descansa el derecho del consumidor a la indemnización de daños, tal y como se ha expuesto en la Ley General que aquí se analiza, variando solamente en la exigencia de la culpa como el tercer elemento tradicional de la imputación de responsabilidad y de forma diferente según cuál sea el supuesto de responsabilidad que se contemple. Estos son, por otra parte, también los términos exigidos por la Directiva («probar el daño

(19) Así, por ejemplo, vid. ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil español*, vol. VIII: *Obligaciones y contratos*, Madrid, 1983, págs. 216 y ss., y 512 y ss.

y la relación de causalidad» —art. 4.º Dr), a la vez que admite la posibilidad de reducir o incluso suprimir la responsabilidad del «productor» cuando el daño es causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa de la víctima o de alguna persona de la que es civilmente responsable, pero no si el daño es consecuencia además del defecto de la intervención de un tercero (art. 8.º Dr), a la vez que extiende la indemnización a los daños producidos en las personas y en las cosas, aunque no al producto defectuoso en sí mismo (art. 9.º Dr).

La Ley General articula así la responsabilidad, tal y como se ha expuesto, en torno a la exigencia de daño y nexo causal que son, además, dos de los componentes tradicionales de toda responsabilidad, junto a los que además viene siendo esencial el elemento subjetivo de la exigencia de culpa, que aunque estando también presente en la Ley General no lo está en todos los casos y cuando lo está lo hace de forma diferente a la construcción de Derecho positivo que ofrecen nuestros textos legales y en línea con la interpretación que de ellos venía dando la jurisprudencia.

b) Al contemplar el requisito subjetivo de la culpa la Ley General parte de un criterio general de exigencia de una conducta culposa como elemento necesario para una posible imputación de responsabilidad, ya que no regula el daño en conexión con el producto defectuoso, sino con «las acciones u omisiones determinantes de daños» (art. 26 LG) que el producto ocasiona. Se subjetivizan así los términos del problema al requerir la Ley la valoración de conductas y no la mera existencia de productos defectuosos causantes de un daño.

El problema de la carga de la prueba de la existencia de una conducta culposa, que enfrenta al dañado con la práctica imposibilidad de demostrarla, sobre todo cuando mediaban procesos complejos por las técnicas y el número de personas intervinientes, se atenúa en la Ley hasta un punto tal que bien puede hablarse de una inversión de la carga de la prueba en consecuencia con lo que venía siendo práctica jurisprudencial (por ejemplo, STS 10-X-75, 20-XII-79, 25-IV-79, etc.) (20). El sujeto empresarial de la cadena productiva o distributiva cuya conducta ha sido determinante del daño es el que ha de demostrar, si quie-

(20) Con respecto a la evolución de la jurisprudencia en la exigencia de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual, *vid.* Rojo, A.: *La responsabilidad...*, *ob. cit.*, págs. 171 y ss.

La exigencia de la prueba de la culpa en relación con la responsabilidad contractual se ha venido manifestando con perfiles diferentes en función de la presunción de culpa del que incumple establecida por la doctrina y jurisprudencia que limita la exigencia de la prueba al hecho del incumplimiento, e incluso para algunos autores a la mera existencia del vínculo negocial.

re evitar su responsabilidad, que los daños sobrevinieron por culpa exclusiva del consumidor (art. 25 LG), que fueron por causa fortuita o fuerza mayor (art. 1.105 CC) o bien, finalmente, que él no sólo cumplió con los requisitos legalmente exigidos, sino también con todos los cuidados y diligencias que la naturaleza del producto, servicio o actividad exigían (art. 26 LG). No aparece con claridad si el legislador ha querido regular una responsabilidad derivada de un daño que, si bien imposible de prever en el momento de lanzar el producto o servicio, lo hubiera podido ser posteriormente como consecuencia del avance de la ciencia (los llamados «riesgos del desarrollo»), aunque el hecho de que una conducta susceptible de responsabilidad se presuma que lo es, salvo acreditación de que se ha cumplido con las exigencias legales y con la conducta adecuada (art. 26 LG), podría dar lugar a una interpretación restrictiva en consonancia con el actual momento de crisis económica que ha llevado incluso a su no consideración obligatoria por la Directiva.

En conexión con la incidencia del tiempo en la posible causación del daño que deriva del lógico deterioro de los productos puestos en el mercado, hubiera sido de desear un límite temporal a la vigencia de las especiales técnicas de responsabilidad que la Ley ha establecido, ya que el transcurso del tiempo agravaría excesivamente la situación del empresario, que debería de correr inicialmente, como consecuencia de la inversión de la carga de la prueba, con la responsabilidad del daño causado por el mero deterioro lógico del producto que el tiempo lleva consigo.

La Directiva centra lo que ella denomina responsabilidad del «productor» no en la técnica de imputación subjetiva de responsabilidad a conductas determinantes de un daño, sino en la existencia de daños producidos por productos defectuosos y entendiendo por tal «el que no ofrece la seguridad que de él se puede esperar teniendo en cuenta todas las circunstancias» (art. 6.º Dr). El establecimiento de una serie de supuestos que permiten al «productor» eximirse de responsabilidad (si prueba no haberlo puesto en circulación; que el defecto no existía en el momento en que el producto se puso en circulación; que no estaba destinado a su circulación en el mercado; que el defecto nació con posterioridad a su puesta en circulación; que es consecuencia del conjunto de normas que lo regulan; que son riesgos del desarrollo —art. 7.º Dr) homologa, sin embargo, la estructura de la imputabilidad de la responsabilidad con el que la Ley General establece, máxime cuando, además, la Directiva no impone, sino que permite el que los Estados miembros puedan introducir la responsabilidad derivada de los riesgos del des-

arrollo, cuando del estado de los conocimientos técnicos en el momento de la puesta en circulación de los productos no permitiera detectar la existencia de defectos (art. 15, 1, b, y 2 Dr), y sin que en ningún caso pueda un producto ser considerado defectuoso por el solo hecho de que otro producto más perfeccionado se haya puesto en circulación con posterioridad a él (art. 6.º, 2, Dr). Y todo ello teniendo presente que la Directiva permite a los Estados miembros que la responsabilidad del productor pueda ser reducida o suprimida a la vista de todas las circunstancias cuando el daño ha sido causado conjuntamente por defecto del producto y por culpa de la víctima o de alguna persona por la que la víctima deba responder (art. 8.º, 2, Dr), contemplando así un supuesto que nuestra Ley General no prevé y que deberá introducir en la extensión que el legislador considere oportuna.

c) El criterio de atribución e imputación personal de responsabilidad lo establece el artículo 27 de la Ley, pero de forma que hace difícil su sistematización con el conjunto de preceptos que constituyen el capítulo VIII sobre garantías y responsabilidades (21).

Este artículo 27 trae probablemente su origen de una confusión sistemática en orden a la delimitación de responsabilidades frente a la Administración, confundiendo lo que es un sistema de autotutela de los derechos basado en normas de naturaleza privada, al cual responde este principio de indemnización de daños, en el que el mencionado artículo 27 está incluido (art. 2.º, 1, c, LG), con un sistema de heterotutela mediante vigilancia y, en su caso, sanción administrativa, ya que con

(21) Artículo 27 de la Ley General:

«1. Con carácter general, y sin perjuicio de lo que resulte más favorable al consumidor o usuario, en virtud de otras disposiciones o acuerdos convencionales, regirán los siguientes criterios en materia de responsabilidad:

a) El fabricante, importador, vendedor o suministrador de productos o servicios a los consumidores o usuarios responde del origen, identidad e idoneidad de los mismos de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.

b) En el caso de productos a granel responde el tenedor de los mismos, sin perjuicio de que se pueda identificar y probar la responsabilidad del anterior tenedor o proveedor.

c) En el supuesto de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro responde la firma o razón social que figure en su etiqueta, presentación o publicidad. Podrá eximirse de esta responsabilidad probando su falsificación o incorrecta manipulación por terceros, que serán los responsables.

2. Si a la producción de daños concurrieran varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pagare al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños.»

mínimas variaciones terminológicas lo que se ha efectuado es una traslación del artículo 9.º, 1, 2 y 3 del Real Decreto 1995/1983, de 22 de junio, sobre infracciones y sanciones, y cuya finalidad es precisamente la que se acaba de mencionar.

Ante la inclusión sistemática de este artículo en la Ley General en los términos indicados caben tres posiciones:

— Se está ante un precepto que regula la responsabilidad contractual como consecuencia del incumplimiento del contrato, respondiendo «del origen, identidad e idoneidad» de los productos o servicios (artículo 27, 1, *a*, LG), articulándose un sistema de responsabilidad frente al usuario basado en la responsabilidad solidaria de los intervinientes en el proceso productivo y de cambio (fabricante, importador, vendedor o suministrador) (art. 27, 1, *a*, y 2, LG) y en la imputación en casos excepcionales a determinados sujetos del proceso cuando no es detectable el verdadero incumplidor (supuestos de productos a granel y envasados) (artículo 27, 1, *b* y *c*, LG).

Esta interpretación no puede aceptarse en cuanto que el derecho a la indemnización que aquí se analiza es ajeno al tema del incumplimiento de contrato en función de su ubicación sistemática que se corresponde con sólo el daño que del consumo se deriva, tal y como además se desprende del artículo 27, 2, cuando señala la existencia de responsabilidad solidaria para el caso de que «a la producción del daño concurrieran varias personas». Y sin que la referencia del artículo 29 al derecho del consumidor «a una compensación sobre la cuantía de la indemnización por los daños contractuales y extracontractuales, durante el tiempo que transcurra desde la declaración judicial de responsabilidad hasta su pago efectivo» quepa entenderla en otro sentido que el de querer indicar que el derecho a la compensación e indemnización puede afectar al consumidor o usuario tanto si es parte en el contrato como si no; o bien se está ante un precepto innecesario (ya lo recoge la LEC en el art. 921, reformado por Ley de 7 de agosto de 1984) que puede inducir a confusión en cuanto que, al margen del sistema de responsabilidad que el capítulo VIII articula, lo único que hace es recordar como enunciación de principio lo que ya está suficientemente normado.

— Se está ante un precepto de naturaleza administrativa, a semejanza del homólogo artículo 9.º del ya indicado Decreto sobre infracciones, que quiere establecer un sistema de responsabilidades ante la Administración.

La propia naturaleza del principio de indemnización de daños al consumidor que se desarrolla al margen de la tutela administrativa y de cuyo desarrollo normativo es parte este problemático artículo, las refe-

rencias del propio precepto a la posibilidad de alterar el sistema de responsabilidad «mediante acuerdos convencionales» si resulta más favorable al consumidor, la mención del «pago al perjudicado» y la existencia de un capítulo IX dedicado expresamente al tema de las infracciones y sanciones administrativas aconseja huir también de la posible interpretación indicada al principio.

— Se está ante un criterio delimitador de los sujetos a los que les es imputable el sistema general de responsabilidad por culpa, indicándose mediante una enumeración quiénes pueden ser los posibles responsables (art. 27, 1, a) (fabricante, importador, vendedor o suministrador de productos), en función de que son ellos los que pueden realizar «acciones u omisiones» «determinantes de daños o perjuicios», por ser «quienes producen, importan y suministran» (art. 26 LG). Y todos ellos responden «solidariamente ante los perjudicados» si concurrieran a la producción del daño (art. 27, 2, LG).

Esta parece ser la interpretación más adecuada que se puede hacer del artículo 27, que, partiendo del respeto al sistema de responsabilidad por culpa, no hace sino establecer un sistema de referencias personales de los diferentes sujetos afectos a una posible responsabilidad.

El sometimiento de estos sujetos a una posible responsabilidad parte de la exigencia general, ya examinada, de la necesidad de la existencia de culpa en aquellos cuya conducta se estime determinante de los daños causados, si bien media la señalada inversión de la carga de la prueba, y sin que del hecho de que intervengan diferentes sujetos en todo el proceso permita al consumidor dirigirse contra cualquiera de ellos si no ha colaborado en la producción del daño. Lo que ha introducido la Ley como novedad frente al Derecho común, en congruencia con lo que la jurisprudencia venía haciendo (STS de 7-IV-83, 19-VI-84, 31-V-83 y 28-XI-83), es el principio de responsabilidad solidaria de «todos los concurrentes a la producción del daño» (art. 27, 2, LG), pero no simplemente en el proceso de producción o distribución, que permite al consumidor dirigirse contra cualquiera de ellos, exigiendo la totalidad de la indemnización, sin perjuicio de que «el que pagare al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de daños» (art. 27, 2, LG). Se trata de dar al consumidor una mayor seguridad en el resarcimiento del daño, facilitándole el poder dirigirse contra el que estime más solvente o jurídicamente accesible.

Con independencia de la imprecisión de los términos y la confusa construcción del precepto (22), la relación de sujetos posiblemente res-

ponsables sobrepasa el concepto de «productor» que la Directiva da y que se identifica con el fabricante de productos acabados o de partes componentes y con el productor de materias primas (art. 3.º, 1, Dr), sobre los que, al igual que nuestra Ley General, cae una responsabilidad solidaria (art. 5.º Dr).

d) Junto al sistema general de responsabilidad derivada de culpa coexiste para determinados supuestos un sistema especial de imputación de responsabilidad, salvo determinada prueba en contrario.

Existen determinados casos en los que la propia naturaleza del producto o la forma de venir comercializado hacen prácticamente imposible la determinación por el consumidor de quién fue el verdadero causante del daño, y así para alguno de ellos el legislador ha establecido un sistema de responsabilidad que, aun sin dejar de considerarla, posterga a un segundo plano la exigencia de culpabilidad.

Uno de estos supuestos es el referido al consumo de productos a granel, en el cual se hace responsable al «último tenedor», sin que aparezca muy claro si con ello se quiere hacer responsable al comerciante como expendedor directo del consumidor. Se trata de una imputación de daños con independencia de que él hubiera sido o no culpable de los daños ocasionados y de cuya responsabilidad sólo podrá librarse identificando y probando la responsabilidad del verdadero causante, y sin que a pesar de los términos de la Ley se vea por qué ha de quedar limitada al anterior proveedor o tenedor (art. 27, 1, b, LG).

Se está ante un duro agravamiento de la responsabilidad del comerciante, justificada por el hecho de que sólo realmente el comerciante es el que en este caso podría tener la posibilidad de identificar al verdadero culpable y por el hecho quizá de que por su profesión era el que debería haber sido capaz de conocer las condiciones en las que el producto se encontraba. Esto supone una plasmación normativa, llevada a sus máximas consecuencias, de la presunción de mala fe del vendedor profesional ante la existencia de vicios ocultos y un agravamiento de la exigencia de diligencia debida que la doctrina y la jurisprudencia había venido admitiendo (STS 17-III-81) (23).

Es cierto que esta técnica presuntiva de responsabilidad puede conllevar un encarecimiento del coste de los productos a fin de cubrir a los que, en su caso, tuviera que hacer frente el comerciante; pero es cierto también que conllevará el que los comerciantes contrasten con un mayor cuidado las condiciones de los productos que adquieren para expender e

(23) Rojo, A.: *Ob. cit.*, págs. 220 y ss., y 284 y ss.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil español, ob. cit.*, págs. 507 y ss.

ALPA, G., y BESSONE, M.: *Ob. cit.*, págs. 165 y ss.

indirectamente se convierte en una exigencia para los productores a fin de que se preocupen de procurar una mayor calidad y garantía de sus productos, a la vez que tengan que dejar constancia de su personalidad como partícipes en la entrega de las mercancías a granel que el comerciante adquiere para su distribución final.

El otro supuesto contemplado por la Ley General es el referente a productos envasados, etiquetados y cerrados que se presentan al consumidor de forma tal que responde la firma o razón social que figura en su etiqueta, presentación o publicidad (art. 27, 1, c, LG).

En estos supuestos no está el consumidor en condiciones de averiguar con facilidad la identidad de cada uno de los sujetos intervinientes en el proceso, ni el grado de responsabilidad de cada uno de ellos, así como tampoco la a veces inexistente diferencia entre quién es el que se aparece bajo una razón social, si el fabricante o productor o el que los comercializa. Una lógica protección del consumidor ha establecido la imputación de responsabilidad por el daño derivado del consumo de ese producto al que aparece mencionado en la etiqueta o elementos anejos de presentación o de publicidad, el cual podrá lógicamente exigir a su vez responsabilidades a quien corresponda, pero que sólo podrá eximirse de su propia responsabilidad probando su falsificación o incorrecta manipulación por un tercero que pasaría a ser el verdadero responsable (artículo 27, 1, LG).

El hecho de que en estos dos supuestos de atribución de responsabilidades, que es además subsidiaria de «otras disposiciones o acuerdos que resulten más favorables para el consumidor» (art. 27, 1, LG), no significa que éste no pueda dirigirse contra el verdadero culpable de entre los diferentes intervinientes en el proceso. Esta es simplemente una regla especial de atribución de responsabilidad en favor del consumidor, pero no debe interpretarse de forma tal que sirva para excluir la responsabilidad del verdadero culpable, contra el que el consumidor tendrá siempre las acciones pertinentes para exigir responsabilidades si se dan los supuestos para ello.

En esta misma línea de delimitación de la especialidad de estos supuestos hay que entender que, al igual que sucede con la aplicación del principio general de responsabilidad, tanto el tenedor como el comerciante o la firma que aparecen en el etiquetado no son responsables cuando se demuestre la existencia de fuerza mayor o culpa exclusiva del consumidor. Lo único que estos supuestos gravan es la técnica personal de imputación de responsabilidad ante la dificultad de identificar al verdadero causante y responsable del daño, pero no se trata de establecer una responsabilidad objetiva.

El modelo descrito no se aleja sustancialmente del que presenta la Directiva cuando junto a la regla general de responsabilidad del «productor» y delimitación de su concepto (arts. 1.º y 3.º, 1, Dr) establece una extensión de lo que se entiende por «productor» al señalar que, cuando el «productor» de un producto (en el sentido del art. 3.º, 1, Dr) no puede ser identificado, se considerará como tal a cada proveedor, a menos que indique a la víctima en un plazo razonable la identidad del «productor» o del que le ha suministrado el producto (art. 3.º, 3, Dr). Aun estando fundado en razones semejantes a los mencionados supuestos de la Ley General, de forma tal que éstos podrían considerarse aplicaciones concretas de una imposibilidad de conocimiento, el contenido de la Directiva se presenta con una mayor amplitud y precisión que lleva a la necesidad de una adaptación de su contenido por nuestro legislador.

e) El último de los supuestos de responsabilidad que construye la Ley General es el que denominaríamos de responsabilidad objetiva, por utilizar la terminología convencional que hace referencia a aquellos supuestos en los que el elemento subjetivo de la culpa no se presenta como un integrante necesario para poder deducir aquélla cuando se produce un daño, sino que éste se muestra como suficiente a efectos de la posible exigencia de indemnización. La precisión terminológica de este significado no viene expresamente mencionado en la Ley, sino que se deduce su existencia del hecho de presentar la Ley un supuesto excepcional con respecto a los anteriormente explicados en los que, con más o menos precisión, la exigencia de culpa es una constante. Y esta excepcionalidad se explicita cuando la Ley General en su artículo 28 especifica que «no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores (los que regulan los sistemas hasta ahora expuestos) se responderá de los daños ocasionados...» El consumidor queda amparado así en todo caso por los daños que el consumo le haya ocasionado, sin que quepa argüir frente a él ausencia de culpa, caso fortuito o fuerza mayor, sino tan sólo el «no correcto uso o consumo de bienes y servicios» (art. 28, 1, LG), y ello siempre que se den los supuestos que permiten la aplicación de esta técnica de responsabilidad y que luego se expondrán. Parece, por lo tanto, presentarse sólo como causa excluyente de responsabilidad la culpa exclusiva del consumidor (art. 25 LG) o la utilización del bien o servicio de que se trate de forma no ajustada a lo que sería su fin lógico o apropiado, «el correcto uso y consumo de bienes y servicios» (art. 28, 1, LG), ya que no parece centrarse la responsabilidad en torno al producto defectuoso, con independencia de la utilización que se le diere, sino al daño que proviene de su correcto uso; con lo que se restringen, en definitiva, los

posibles supuestos que una responsabilidad derivada simplemente del consumo defectuoso, entendido éste en sentido amplio, supondría.

La introducción de esta técnica de responsabilidad objetiva, que supera el contenido de la Directiva (24), se construye dentro de unos límites tanto en lo que a la extensión de los sujetos responsables se refiere como en el de los supuestos a que es aplicable y a los límites de las cuantías indemnizatorias. Y todo ello en coordinación con la exigencia lógica del seguro obligatorio de responsabilidad que sirve a la finalidad tanto de un más seguro amparo del consumidor como a la de una distribución más equitativa del riesgo asumido (arts. 28 y 30 LG) (25).

a') La ausencia de una mención expresa en la Ley de los sujetos a los que este tipo de responsabilidad les es exigible plantea la duda en torno a si es posible o no su extensión a todos aquellos que han intervenido en el proceso de producción y distribución, con la posibilidad, además, de aplicación de una responsabilidad solidaria en los términos ya expuestos al tratar el sistema general de responsabilidad con culpa (arts. 25 a 27 LG).

No parece adecuado que deba extenderse la responsabilidad objetiva más allá de la persona del fabricante o del prestatario del servicio, y ello no sólo por razones de justicia, que no justifican la responsabilidad de todos los intervinientes cuando cada vez constituyen más un simple eslabón hasta que el producto llega al consumidor con una nula participación en su configuración e incluso un total desconocimiento de su composición, sino también por razones económicas, en cuanto que probablemente se produciría un excesivo encarecimiento de los productos al intentar todos los intervinientes repercutir sobre ellos el coste del riesgo que objetivamente asumen. El consumidor pagaría un excesivo precio por tener cubiertos unos riesgos que a lo mejor además nunca llegarían a producir, si se realizan, un coste global de la misma magnitud (26).

La configuración por la propia Ley de este sistema como un supuesto excepcional, «no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores» (ar-

(24) Llevando al máximo la construcción del riesgo de la empresa como derivado exclusivamente del ejercicio de su actividad, se aproxima notablemente a la técnica norteamericana de *strict liability in tort*.

Rojo, A.: *Ob. cit.*, págs. 71 y ss.

ALPA, G., y BESSONE, M.: *Ob. cit.*, págs. 229 y ss.

TIRADO, F. J.: *Ob. cit.*, págs. 28 y ss. (cita abundante bibliografía a estos efectos).

(25) ALPA, G., y BESSONE, M.: *Ob. cit.*, págs. 332 y ss.

(26) CALABRESI, G.: *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Barcelona, 1984, págs. 311 y ss.

MITCHELL POLINSKY, A.: *Introducción al análisis económico del Derecho*, páginas 68 y ss.

título 28 LG), no le vincularía en la aplicación del criterio general de imputación de sujetos responsables que en ella se establece (art. 27 LG).

La responsabilidad objetiva de otros sujetos diferentes al fabricante debería quedar limitada tan sólo para aquellos casos en los que, dándose los demás elementos que en la Ley configuran la responsabilidad objetiva (art. 28 LG), se hiciera imposible su identificación para el consumidor.

Las expuestas consideraciones no suponen dejar exentos a los verdaderos causantes del daño, sino que éstos en todo caso quedan afectados también por los sistemas de responsabilidad expuestos con anterioridad, e incluso contra ellos podrá también dirigirse el fabricante afectado por la responsabilidad objetiva, aunque su apoyo legal lo tenga al margen de esta Ley General.

b') La Ley, con un criterio de moderación, ha vinculado el sistema de responsabilidad objetiva sólo al consumo de determinados bienes que tienen una especial incidencia en la vida del consumidor y con la finalidad de no gravar excesivamente el coste empresarial y su lógica repercusión en los precios.

A pesar de la consideración expuesta, el hecho de que la cláusula que describe el tipo de bienes afectos a esta responsabilidad objetiva sea una cláusula abierta y descrita con enorme amplitud e imprecisión, «cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia y seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos... hasta llegar en debidas condiciones al consumidor» (art. 28, 1, LG), plantea la necesidad de una concreción mayor de carácter reglamentario que, sin llegar a ser una lista de productos, aunque algunos estén en la Ley ya expresamente «sometidos en todo caso a este régimen de responsabilidad», tales como «productos alimenticios, higiene y limpieza..., etc.» (art. 28, 2, LG), evite el que con una interpretación un poco amplia puedan considerarse sometidos a ella la práctica totalidad de los productos cuando realmente se trata de un régimen excepcional.

La responsabilidad derivada de los «riesgos del desarrollo» no parece que tampoco pueda ser subsumida bajo esta cláusula delimitatoria de la responsabilidad objetiva, en cuanto que el condicionamiento de su eficacia a que los bienes de los que puede desprenderse «incluyan garantías de niveles... o controles técnicos... hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario» (art. 28, 1, LG) parece fijar el límite temporal de estas exigencias técnicas a la puesta en el mercado de los bienes de que se trate.

No parece acertado tampoco el incluir dentro del supuesto de responsabilidad objetiva los daños producidos por el consumo de bienes inmuebles en función del altísimo coste de esa responsabilidad en conexión con la gravedad de la imputación objetiva de la culpa, su repercusión en el precio y la posible insuficiencia de los 500 millones fijados por la Ley como límite indemnizatorio, siendo además tradicionalmente excluidos de la responsabilidad objetiva en cuanto que para los defectos derivados de construcción de inmuebles suelen existir reglamentaciones sectoriales. No es argüible en contra ni el ámbito general de aplicación de la Ley a todo tipo de bienes (art. 1.º LG) ni el silencio a estos efectos limitativos que guardan el resto de los preceptos que regulan los otros modelos de responsabilidad general señalados (arts. 25 y sigs. LG). El propio examen del artículo 28 de la Ley sirve para apoyar esta interpretación restrictiva, y no sólo por la lógica económica del coste de su aplicación, sino también en función de la relación ejemplificadora del artículo 28, 2, que viene limitada a bienes muebles o a inmuebles, pero no por su propia naturaleza, sino por incorporación (ej.: ascensores). La introducción de este modelo de responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento en defensa del consumidor y en la actual situación económica requiere una gran ponderación en su aplicación a fin de ser asumido con el menor coste posible y, en consecuencia, una interpretación restrictiva de los supuestos de los que pueda derivar.

c') La introducción de la responsabilidad objetiva va conexas a la fijación de un «límite en la cuantía de quinientos millones de pesetas... revisada y actualizada periódicamente por el Gobierno...» (art. 28, 3, Ley General). Esta limitación obedece a un doble tipo de justificación: una ponderación en la cuantía a indemnizar por razón de equidad ante un tipo de responsabilidad de la que no siempre se es culpable y una exigencia de técnica económica derivada de la necesidad de tener una cifra objetivada a efectos de una mejor ponderación y cálculo de coste de cobertura de un riesgo, medie o no la existencia de un seguro de esa posible responsabilidad civil.

En la fijación de este límite indemnizatorio quedan pendientes una serie de interrogantes que requerirían una aclaración reglamentaria, pero que hoy presenta el problema derivado de la vigencia del texto legal. Se plantea así si este límite afectaría tanto al daño producido en las cosas como en las personas, ya que a ambos parece querer dar cobertura la Ley, o bien a cada uno de ellos separadamente; igualmente se abriga la duda de si este límite es por sujeto dañado o es el límite máximo por siniestro colectivo.

La gravedad de la responsabilidad objetiva, así como su incidencia

sobre el precio de los productos y su trascendencia en el sector del seguro, que con dificultad podría abordar una interpretación maximalista del precepto, aconsejaría un límite indemnizatorio en conexión con todos los siniestros acaecidos por la misma causa durante un período determinado de tiempo.

La resolución de este problema supone necesariamente el hacer referencia a un instituto conexo, como es el del establecimiento por el Gobierno de «un sistema obligatorio de seguro» (art. 30 LG).

La Ley, al prever un sistema de seguro obligatorio, pone de relieve la función cada vez mayor de la técnica aseguratoria de la responsabilidad civil en una sociedad industrializada, superando las antaño reticencias del aseguramiento de una posible responsabilidad culposa (27). No se trata ya sólo de esta afirmación, sino de dar un paso más al complementar el elenco de supuestos de responsabilidad objetiva en materia de defensa del consumidor, haciendo expresa la necesaria función complementaria que para aquélla supone el aseguramiento obligatorio (28).

La figura del seguro obligatorio va a permitir, junto a una mayor seguridad del consumidor en la cobertura del riesgo, gozando incluso de acciones directas contra el asegurado (art. 76 LCS), una cierta distribución del coste empresarial mediante su parcial repercusión en los precios (29). No obstante, es de justicia señalar que las nuevas corrientes doctrinales basadas en el llamado «análisis económico del derecho» han manifestado los problemas que pueden derivarse de la admisión de la responsabilidad objetiva y el seguro obligatorio complementario, que pueden llegar a suponer graves alteraciones en la demanda y en la calidad, con un coste económico que a veces no sólo por el sector empresarial, sino tampoco por los consumidores, desea ser asumido (30).

La Ley General, mediante la ponderación que supone la extensión de la obligatoriedad del seguro tan sólo a «sectores determinados» y únicamente a la cobertura del daño producido en las personas debido a «intoxicación, lesión o muerte» (art. 30 LG), ha fijado una vía intermedia que, en función del interés del orden público general, impone un mínimo asegurable sin ser una total intromisión en las posibles vías de cobertura de responsabilidad empresarial, que quedan así abiertas en función de criterios de mercado.

(27) CALZADA CONDE, M.^a Angeles: *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Madrid, 1983, págs. 33 y ss.

(28) CALZADA CONDE, M.^a Angeles: *Ob. cit.*, págs. 37 y ss.

(29) ROJO, A.: *Ob. cit.*, pág. 81.

ALPA, G.: *Tutela...*, *ob. cit.*, pág. 260.

(30) MITCHELL POLINSKY, A.: *Ob. cit.*, págs. 71 y ss., y 112 y ss.

CALABRESI, G.: *Ob. cit.*, págs. 21 y ss.

Sin tratar aquí de exponer todos los problemas que se pueden derivar tanto en el terreno jurídico como en el económico de la introducción de un seguro obligatorio de responsabilidad (31), se pretende sólo poner de relieve la trascendencia que para él tiene la solución interpretativa que se adopte con respecto al supuesto de hecho que sea considerado como base del riesgo y con respecto al juego que sobre ellos tienen los límites indemnizatorios de quinientos millones. Se trata, en definitiva, de señalar la importancia en la precisión del riesgo asegurable para caso de siniestro y del juego de la cuantía indemnizatoria como límite, ya que en función de cuál es aquél juega éste en cuanto que «la suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro» (art. 27 LCS).

Aunque la práctica aseguradora venía hasta ahora introduciendo el concepto de siniestro en serie frente a la pluralidad de siniestros, lo hace con la inseguridad que deriva de la existencia de un texto legal claro, y en este sentido sería de desear una aclaración normativa.

La admisión en el seguro de responsabilidad civil de productos o servicios de los daños en serie como siniestros diversos llevaría consigo posiblemente enormes costes financieros difícilmente asumibles. La novedad de la figura de la responsabilidad objetiva frente al consumidor con seguro obligatorio, que requiere un período largo de adaptación, así como la indudable incidencia en el marco de las reclamaciones que tanto la actual Ley General como las reformas procesales van a potenciar, coadyuvan a una interpretación restrictiva de afirmación del siniestro en serie frente a la pluralidad de siniestros, evitándose con ello, además, un posible aumento desmesurado del coste de las primas y por repercusión del coste de los productos.

ADOLFO SEQUEIRA MARTÍN
Profesor Titular de Derecho Mercantil

(31) ALARCÓN MÜNCHENER, J.: *El seguro de responsabilidad civil general y la Ley del consumidor. La Ley del consumidor y el seguro de responsabilidad civil*. Documento núm. 105, Asociación ICEA, junio 1985.

HERNÁNDEZ, O.: *Sistema de seguro obligatorio previsto por la Ley. El Seguro R. C. productos. Fondo de garantía. La Ley del consumidor y el seguro de responsabilidad civil*. Documento núm. 105, Asociación ICEA, junio 1985.

DICTAMENES Y NOTAS

Inscripción del derecho de opción.

Aspecto sustantivo y aspecto registral. (Examen especial de la opción de compra)

En el derecho de opción los aspectos sustantivo y registral se encuentran absolutamente relacionados; tal vez porque una de las escasas normas que a dicho derecho se refieren es el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Por ello entendemos que en el estudio de los requisitos necesarios para su inscripción es imprescindible tener en cuenta su naturaleza sustantiva.

A) ASPECTO SUSTANTIVO DEL DERECHO DE OPCIÓN

1.º *Delimitación de conceptos. El derecho de opción, el contrato de opción y el contrato de compraventa*

— El derecho de opción. Es un derecho potestativo que puede configurarse por las partes con carácter real (al amparo del *numerus apertus*, aunque puede llegarse todavía más lejos y entenderlo como una carga real, es decir, un derecho personal con proyección real) y que es generado por un contrato de opción. Faculta a su titular para adquirir una cosa en el precio y condiciones estipuladas en dicho contrato de opción (en la opción de compra).

Se ha discutido mucho sobre la naturaleza jurídica del derecho de opción. Las posturas doctrinales pueden resumirse del modo siguiente:

Primera. El derecho de opción, en principio, es un derecho personal; sin embargo, las partes, al amparo de la doctrina del *numerus apertus*, pueden configurarlo como derecho real.

Esta teoría es seguida, fundamentalmente, por PEÑA, que dice: «En principio, el derecho de opción tiene sólo alcance *inter partes*; es de carácter convencional... Pero este derecho puede construirse en nuestro Derecho mediante 'convenio expreso' (art. 14 del Reglamento Hipotecario), con carácter de derecho real, al amparo del principio vigente del *numerus apertus*» (1).

La Dirección General parece seguir este mismo camino en Resolución de 27 de marzo de 1947, en la que emplea la siguiente frase para referirse al derecho de opción: «... figura ésta que, sin hallarse todavía regulada en nuestro régimen hipotecario y cuyo acceso al Registro ha sido ampliamente discutido, puede, no obstante, ser admitida con un criterio progresivo al amparo de la doctrina del *numerus apertus*.»

Segunda. El derecho de opción es un derecho personal que, mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad, conforme al artículo 14 del Reglamento Hipotecario, produce efectos respecto a terceros.

Defiende esta interpretación PUIG BRUTAU, quien estima que si se tratara de un verdadero derecho real sería inscribible sin necesidad de los requisitos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, y cita en apoyo de su tesis unas palabras de ROCA: «... la inscripción registral no tiene la virtud de transformar la naturaleza de los derechos, convirtiendo a los personales en reales, sino que, a través de la misma y consiguiente publicidad registral, el derecho se impone *erga omnes*» (2).

También ROCA parece encontrarse en esa línea, al estimar que el derecho personal de opción de compra inscrito continúa siendo tan derecho personal como si no se hubiera practicado su inscripción, pues ésta no tiene la facultad de trastocar la naturaleza de los derechos, convirtiendo al personal en real, sino que mediante ella el derecho de opción se impone *erga omnes* en base a la denominada «cognoscibilidad legal», de suerte que a todo adquirente posterior a la inscripción del derecho personal de opción de compra le afectará o perjudicará la existencia de este derecho (3).

Tercera. El derecho de opción es una carga real (derecho personal que lleva consigo una carga o gravamen real sobre una finca o fincas) y, consiguientemente, inscribible por sí mismo, sin necesidad del cumplimiento de los requisitos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario.

(1) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 1.ª edición, pág. 346.

(2) PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. III, 2.ª edición, pág. 506.

(3) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*, tomo III, 7.ª edición, págs. 564 y ss.

Señala Roca que el derecho de opción implica para muchos, «si no un derecho real, sí un gravamen o carga real, que es naturalmente inscribible como tal por hallarse comprendido dentro de la amplia fórmula de los 'demás derechos reales sobre bienes inmuebles' que emplea el artículo 1.º, 1, de la Ley Hipotecaria, y también de la que utiliza el artículo 2.º, 2, de la propia Ley, al hablar 'de otros cualesquiera (derechos) reales'» (4).

De las tres posturas expuestas, nos inclinamos por la primera, por las razones siguientes:

a) Estimamos que en nuestro Derecho es admisible un sistema de *numerus apertus*, si bien con limitaciones o matizaciones, que son las derivadas del respeto que esa libre creación de derechos reales debe tener en todo momento hacia las normas imperativas (han de llenarse —dice Díez-Picazo— los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de tales derechos y las características externas que han de trascender a los terceros).

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 30 de diciembre de 1930, admitió la creación de nuevos tipos de censos partiendo de los artículos 1.611, 3, y 1.655 del Código Civil. Y la Dirección General acoge claramente la doctrina del *numerus apertus* en varias resoluciones; así, en la de 1 de abril de 1981 dice que «tal como se desprende del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, en nuestro sistema inmobiliario no prima un criterio de *numerus clausus*, y se permite el ingreso en el Registro de 'cualquier contrato de trascendencia real que sin tener nombre propio en Derecho modifique desde luego o en lo futuro algunas de las facultades del dominio o inherentes a los derechos reales'. Y este criterio de *numerus apertus* adoptado por nuestra legislación obliga al Registrador, en una misión ciertamente no sencilla, al estudio, en cada caso concreto, del acto o pacto que se pretende inscribir, al objeto de examinar si se dan o no los caracteres típicos del derecho real».

b) Partiendo de lo cual es admisible la configuración del derecho de opción como derecho real.

Así lo ha dicho la Dirección General en la Resolución ya citada de 27 de marzo de 1947. Y las Resoluciones de 7 de diciembre de 1978, 7 de septiembre de 1982 y 29 de enero de 1986 siguen esta doctrina.

La Compilación de Navarra, en su Ley 460, acoge esta posibilidad al determinar que «los derechos de opción... tendrán carácter real cuando así se establezca».

(4) Roca: *Ob. cit.*, pág. 547 del tomo III.

Sin embargo, no es posible olvidar que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario —que estudiaremos al abordar el aspecto registral del derecho de opción— añade una vía o camino para la inscripción del derecho de opción: será éste inscribible siempre que, entre otros requisitos, las partes lo hubieran convenido así. O sea: no será inscribible si «ambos» contratantes no lo pactan así; ¿por qué necesita ese acuerdo para la inscripción? Porque, en principio, no es inscribible, ya que se trata de un derecho personal. Sin embargo, el Reglamento Hipotecario permite, excepcionalmente, que si así lo convienen las partes, pueda inscribirse y gozar de los beneficios de la inscripción. ¿Y la inscripción lo va a convertir en un derecho real? No; aquí tiene razón ROCA cuando dice que la inscripción no tiene tal facultad. El derecho de opción seguirá siendo personal, pero una vez inscrito tendrá eficacia *erga omnes*.

Consiguientemente, pensamos que:

a) Las partes pueden crear el derecho de opción con naturaleza real. En este supuesto —como examinaremos más adelante— será por sí mismo inscribible, sin necesidad del «convenio expreso» para la inscripción a que se refiere el artículo 14 del Reglamento Hipotecario.

b) Las partes, aun no creando un derecho real de opción, pueden convenir expresamente la inscripción del derecho personal de opción —al amparo del art. 14 del Reglamento Hipotecario— para otorgarle eficacia *erga omnes*.

— El contrato de opción. A nuestro juicio, se trata de un verdadero contrato, porque:

a) En él se pacta el derecho de opción a favor de uno de los contratantes.

b) El optante se obliga a ejercitar su derecho conforme a unas determinadas condiciones.

c) El concedente, a su vez, se obliga a mantener su oferta durante el tiempo pactado y, por tanto, a mantener el consentimiento para la perfección de la compraventa durante todo ese tiempo (o del contrato de que se trate).

DÍEZ-PICAZO define el contrato de opción como aquel «por el cual una de las partes, concedente de la opción, atribuye a la otra, beneficiaria de la opción, un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado período de tiempo y unilateralmente, la celebración de un determinado contrato» (5).

(5) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, página 217.

Para DE CASTRO la denominación «contrato de opción» es reciente y obedece a la necesidad de evitar la aplicación a dicho contrato de la teoría que anteriormente se estimaba válida sobre el precontrato, según la cual el incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato principal sólo motivaría una acción de indemnización de daños y perjuicios (6).

— El contrato de compraventa. En el contrato de opción de compra las partes sientan las bases de una compraventa futura, es decir, abren la relación contractual de compraventa, aunque la facultad de exigir su cumplimiento quede al arbitrio del optante.

Según esta construcción —que no es otra que la teoría de DE CASTRO sobre el precontrato— el contrato de opción podría calificarse como precontrato de opción; sin embargo, a nuestro juicio —y siendo conscientes de que tal vez estamos rizando demasiado el rizo—, se trata de un mismo negocio jurídico, pero con dos caras diferentes: el contrato de opción y el precontrato de compraventa. El contrato de opción pensamos que tiene entidad propia, y si lo calificáramos como precontrato de opción le privaríamos de tal entidad para subsumirlo en la compraventa (seguimos la teoría moderna del precontrato). Creemos, por ello, que lo que se precontrata es la compraventa, si bien en un contrato de opción.

2.º Regulación legal

Sólo aparece específicamente recogido en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario y en las Leyes 460 y siguientes de la Compilación de Navarra.

3.º Constitución del derecho de opción

Puede tener lugar tanto por acto *inter vivos* (el contrato de opción de compra es el más frecuente) como *mortis causa* (mediante legado).

4.º Ejercicio

No se requiere más que la declaración de voluntad del optante (previo cumplimiento de todas sus obligaciones: Resolución de la Dirección General de 7 de diciembre de 1978), que debe ser notificada al concedente.

El Tribunal Supremo tiene dicho que se entenderá efectuada la notificación si ésta no llegó a conocimiento del concedente por

(6) DE CASTRO y BRAVO: «La promesa de contrato: algunas notas para su estudio», *Anuario de Derecho Civil*, III-4, págs. 1113 y ss.

causa imputable a él exclusivamente (Sentencia de 29 de septiembre de 1981, entre otras).

Ahora bien, una cuestión distinta es la relativa al otorgamiento de la escritura de compraventa, sobre cuyo estudio nos remitimos al apartado dedicado al aspecto registral.

5.º *Transmisibilidad*

El optante puede transmitir su derecho de opción, aunque para ello necesita el consentimiento del concedente (salvo que dicha transmisión hubiera sido prevista en el contrato de opción: opción mediatoria).

En este sentido, dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1973: «Dada la unidad interna inescindible entre el derecho de opción y la compraventa correspondiente, el objeto del contrato de cesión fue la facultad de dar efectividad a una compleja posición jurídica, integrada por derechos y obligaciones recíprocas, cuya transmisión no era dable realizar sin la autorización o consentimiento anterior, coetáneo o posterior del cedido, ya que a éste podía no serle indiferente la persona del comprador, titular pasivo de unas obligaciones que para ser cedidas requerían el consentimiento del vendedor y concedente de la opción.»

No obstante, PEÑA sostiene que es transmisible el derecho de opción sin necesidad del consentimiento del concedente, si éste carece de interés legítimo en la inmutabilidad del titular (7).

Sin embargo, el derecho de opción es intransmisible cuando se hubiera concedido al optante con carácter personalísimo o en atención exclusiva a su persona (STS 12-VI-1956).

Cuando el derecho de opción transmitido se hubiera constituido como derecho real el adquirente podrá quedar protegido por la fe pública si se dan los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (cuando es un simple derecho personal, no, pues quedaría automáticamente excluido del juego de dicho art. 34).

6.º *Extinción*

Puede tener lugar:

a) De manera genérica: por las causas de extinción de los derechos.

b) De manera específica: por ejercicio del derecho, por caducidad del plazo fijado, por renuncia del optante y por incumplimiento de las

(7) PEÑA: *Ob. cit.*, pág. 347.

condiciones que le hubieran sido impuestas. De todas ellas nos ocuparemos de modo particular al estudiar la extinción del derecho de opción inscrito.

B) ASPECTO REGISTRAL

1.º *Regulación en el Reglamento Hipotecario*

Se encuentra contenida en su artículo 14, que dice así:

«Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que, además de las circunstancias necesarias para la inscripción, reúnan las siguientes:

- 1.ª Convenio expreso entre las partes para que se inscriba.
- 2.ª Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.
- 3.ª Plazo para el ejercicio de la acción, que no podrá exceder de cuatro años.

En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.»

2.º *Naturaleza de la inscripción: ¿estamos ante una inscripción constitutiva?*

Para LA RICA se trata, efectivamente, de una inscripción constitutiva de la eficacia real del derecho de opción, es decir, dicha eficacia real sólo nace mediante la inscripción; sin ella, aquél se quedará en un mero derecho personal (8).

ROCA, sin embargo, estima exagerada esta tesis y entiende que no hay tal naturaleza constitutiva en la inscripción, ya que la Ley no dice nada sobre ello, y el valor constitutivo de las inscripciones no se presume, sino que ha de establecerlo la Ley (9).

Por nuestra parte, seguimos en la misma línea ya apuntada al hablar de la naturaleza del derecho de opción, es decir, nos encontramos ante un derecho personal que puede ser configurado por las partes como real (al amparo del principio del *numerus apertus*). Por ello, la inscripción

(8) LA RICA: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo I, pág. 27..

(9) ROCA: *Ob. cit.*, tomo I, pág. 213.

ción, en principio, no tiene naturaleza constitutiva, pues son las partes y no ella quien ha otorgado a la opción su carácter de derecho real. Ahora bien, el artículo 14 añade otra posibilidad a esa naturaleza jurídica del derecho de opción —a la que ya nos hemos referido anteriormente, al examinar el aspecto sustantivo del derecho de opción—: que las partes «convengan expresamente» la inscripción de un derecho de opción no configurado por ellas con carácter real. Es decir, entramos en la teoría de ROCA: el derecho personal de opción puede inscribirse para otorgarle eficacia *erga omnes*; ¿será constitutiva la inscripción en este caso? El mismo ROCA estima que no, por las razones ya apuntadas. A nuestro juicio, estamos ante una débil línea de separación entre la voluntad de las partes y la norma: ¿es ésta o es aquélla la que determina la eficacia *erga omnes* del derecho personal de opción? Para contestar esta pregunta formularemos otra: ¿qué pasaría si a pesar de haber convenido las partes la inscripción del derecho de opción, éste no llega a inscribirse? Evidentemente, que la eficacia *erga omnes* no se producirá. Pero ¿y si se inscribe sin dicho convenio? Jugará, mientras no se impugne la inscripción, el artículo 1.º, 3, de la Ley Hipotecaria, pero existirá causa para ser atacada.

Por ello, en nuestra opinión, nos encontramos ante un caso en el que la norma permite que las partes acuerden la inscripción de un derecho personal y en la voluntad de dichas partes es donde radica el origen o «porqué» de la eficacia *erga omnes* de aquél.

3.º Objeto de la inscripción

Conforme al citado artículo 14 del Reglamento Hipotecario, «será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible». A su vez, el artículo 1.º del mismo texto legal dice: «El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.»

Por tanto:

- a) Es inscribible el contrato de opción de compra.
- b) En principio puede parecer que si el contrato al que se añade el «pacto o estipulación de opción» es distinto a la compraventa, dicho contrato debe reunir los requisitos para la inscripción si se quiere, a su vez, poder inscribir el mencionado «pacto o estipulación de opción» a que se refiere el artículo 14 del Reglamento Hipotecario.

En este punto, sin embargo, el artículo 14 se aparta de lo que puede entenderse como Derecho sustantivo sobre la materia, y este Derecho

sustantivo es la existencia de un contrato de opción con esencia propia, como ya hemos visto. Consiguientemente, si el contrato de opción reúne los requisitos para la inscripción, será inscribible por sí.

ROCA dice a este respecto: «Puntualizamos una vez más que no se requiere para la inscripción del contrato de opción, cuando se halla conectado con otro contrato que no sea el de compraventa, que este otro contrato sea inscribible como pretende el artículo reglamentario, pues no vemos la necesidad de ello, debido a que a él le es suficiente estar conectado con alguna compraventa de bienes inmuebles, la cual, debidamente cumplimentada, envuelve acto inscribible» (10).

Para LA RICA, «si se cumplen los demás requisitos exigidos por el texto reglamentario, la opción se inscribiría por sí misma como negocio principal y no como pacto adjunto o estipulación de otro contrato» (11).

4.º *Requisitos de la inscripción*

a) El cumplimiento de las circunstancias generales necesarias para la inscripción (art. 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento).

b) El convenio expreso entre las partes para que se inscriba.

Hay que distinguir:

— Si el derecho de opción se constituye como derecho real: tal convenio no será necesario para la inscripción, pues el derecho de opción será inscribible por sí mismo (art. 2.º, 1, LH: «... se inscribirán los títulos traslativos o declarativos de... los derechos reales...»).

— Si el derecho de opción no se constituye como derecho real es necesario el convenio para la inscripción, como requisito exigido por el Reglamento Hipotecario para otorgar eficacia *erga omnes* a un derecho personal.

Si entendiéramos que el derecho de opción es una carga real el convenio no tendría razón de ser, pues aquél tendría fuerza inscribible en sí mismo.

Así pues, el derecho de opción tiene o es susceptible de tener un aspecto sustantivo que nunca puede ser objeto de derogación por la norma reglamentaria que es el artículo 14 del Reglamento Hipotecario: la posibilidad de que las partes lo constituyan como derecho real al amparo de la doctrina del *numerus apertus* (posibilidad que, como ya hemos visto, es admitida por la jurisprudencia). En este caso no será necesario

(10) Roca: *Ob. cit.*, tomo III, pág. 560.

(11) LA RICA: *Ob. cit.*, tomo I, pág. 27.

convenio expreso para su inscripción. Se observa, consiguientemente, que el artículo 14, 1, del Reglamento Hipotecario, al hablar del convenio, estaba refiriéndose exclusivamente al derecho personal de opción, para otorgarle eficacia *erga omnes* mediante su inscripción en el registro.

c) El precio pactado para la adquisición de la finca: debe constar en todo caso.

d) El precio de la opción en sí: sólo existirá cuando la misma se hubiera constituido a título oneroso, y en este supuesto no puede faltar. Lógicamente, no habrá prima cuando la opción se hubiera constituido a título gratuito y así se hará constar en el Registro.

e) Plazo para el ejercicio de la opción.

El artículo 14 del Reglamento Hipotecario —como ya hemos dicho— no puede limitar sustantivamente el derecho de opción, es decir, no puede limitar su duración a la que él establece. Sin embargo, sí puede, en base al principio de especialidad hipotecario, exigir la determinación del plazo en que debe ejercitarse el derecho de opción para que se produzcan los efectos registrales pretendidos. La razón de tal concreción del plazo es que los terceros registrales no deben quedar indefinidamente pendientes del ejercicio de la opción por parte del optante.

En consecuencia:

— Regla general: registralmente, el plazo para el ejercicio de la opción no podrá exceder de cuatro años; aunque, si se constituyó como derecho real, el plazo podrá ser mayor, pero siempre especificado.

— Regla especial: sin embargo, cuando se trate de un contrato de arrendamiento que lleve anejo un contrato de opción de compra, no hay límite registral para el ejercicio de dicha opción, aunque si aquél se proroga no se entenderá subsistente —siempre registralmente hablando— el plazo para el ejercicio de la opción.

— Regla especialísima: la contenida en la Ley 461 de la Compilación de Navarra (12).

5.º Eficacia del derecho de opción inscrito

a) Si se constituyó como derecho real: tendrá a su favor todas las ventajas que la legislación hipotecaria crea para los derechos reales inscritos.

(12) La Ley 461 de la Compilación de Navarra modifica parcialmente este artículo del Reglamento Hipotecario al decir: «El derecho real de opción puede constituirse por un tiempo determinado no superior a diez años. Para su inscripción en el Registro de la Propiedad el plazo máximo será de cuatro años, tácitamente prorrogable por otro período igual».

b) Si no se constituyó como derecho real: a pesar de la inscripción sigue siendo un derecho personal —como dice ROCA, y ya lo apuntamos anteriormente: «la inscripción no tiene la virtud de trastocar la naturaleza de los derechos, convirtiendo su naturaleza jurídica de personal en real»—, aunque, como causa de la publicidad registral, gozará de eficacia *erga omnes*.

Consiguientemente, en cualquiera de los dos casos el dueño de la finca puede transmitirla (el derecho de opción inscrito no cierra el Registro), aunque el comprador quedará sujeto a la opción.

6.º *Extinción del derecho de opción inscrito. Examen especial de la extinción por su ejercicio*

Como ya hemos expuesto en el apartado del aspecto sustantivo, al derecho de opción le son aplicables las causas generales de extinción de los derechos. Dentro de ellas tienen una particular importancia en relación con aquél la caducidad, la renuncia del optante, el ejercicio efectivo del derecho de opción y la extinción de éste por incumplimiento de las condiciones impuestas al optante. Pasamos a examinar estos supuestos:

a) Caducidad del derecho de opción.

Debe distinguirse:

— Si se constituyó como derecho real al amparo de la doctrina del *numerus apertus*: el Reglamento Hipotecario no puede imponer un plazo —cuatro años— que no exigen las leyes sustantivas. Sin embargo, el principio de especialidad hipotecario hace necesario la determinación de un plazo (aunque éste no tiene por qué ser de hasta cuatro años).

— Si no se constituyó como derecho real, sino que se solicita su inscripción al amparo del artículo 14 del Reglamento Hipotecario: se estará al plazo exigido por dicho precepto.

b) Renuncia por parte del optante.

Es un modo de extinguirse el derecho de opción por la exclusiva voluntad del optante. Sin embargo, el Registrador, antes de proceder a la cancelación del asiento correspondiente —si la solicitud en tal sentido es únicamente de dicho optante—, deberá asegurarse del cumplimiento por parte de éste de las obligaciones a su cargo (si es que las había), teniéndose especialmente en cuenta el artículo 6.º, 2, del Código Civil:

«La exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.»

c) El ejercicio del derecho de opción de compra. Su constancia en el Registro.

Para que en el Registro pueda practicarse la inscripción de la finca o fincas objeto del derecho de opción a favor del optante son necesarios los siguientes requisitos:

1. El otorgamiento de la escritura de compraventa. Hay que distinguir dos casos radicalmente distintos: la opción constituida como derecho real y la opción como simple derecho personal.

— Cuando la opción se constituye como derecho real y además se pacta que la escritura pública de su ejercicio pueda ser otorgada unilateralmente por el optante no será necesaria la escritura de compraventa en la que intervengan transmitente y adquirente, sino que será suficiente aquella otorgada por el optante. No obstante, tal otorgamiento debe ser notificado al concedente (ya hemos visto, al estudiar el aspecto sustantivo del derecho de opción, la doctrina del Tribunal Supremo sobre este punto).

La Dirección General, en la Resolución de 7 de diciembre de 1978, dijo: «En principio, y si no existen obstáculos de otra índole, puede afirmarse que desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño lo haya consentido al pactarse el contrato preliminar, el título definitivo del adquirente en virtud de una opción de compra consumada por su declaración unilateral ha quedado integrado por la escritura de contrato de opción (otorgada, como es obvio, por ambas partes) y por la escritura de ejercicio de opción (otorgada unilateralmente por el adquirente), ya que una vez autorizadas ambas el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente.»

En este supuesto el Registrador ha de calificar el exacto cumplimiento por parte del optante de todas sus obligaciones.

Conforme dice la citada Resolución de la Dirección General de 7 de diciembre de 1978, el optante, como consecuencia del entramado de las recíprocas relaciones derivadas de una opción de compra en trance de consumación, ha de haber cumplido las obligaciones que le atañen.

— Cuando no se den los requisitos del apartado anterior será necesario el otorgamiento de la escritura de compraventa por ambas partes.

contratantes (aunque teniendo en cuenta que si la finca objeto de la opción fue transmitida por el concedente a un tercero, será éste quien deba otorgar la escritura de compraventa en calidad de vendedor) (13).

La Resolución de la Dirección General de 7 de septiembre de 1982 señala que este es un supuesto radicalmente distinto al que motivó la Resolución de 7 de diciembre de 1978 —a la que antes nos hemos referido—, en el que se pactaba la opción como derecho real al amparo del sistema del *numerus apertus* y se había previsto que la simple voluntad afirmativa del optante expresada en escritura pública sería suficiente para que quedase perfeccionada la compraventa y consumada la tradición; a diferencia de lo cual, en el caso de la presente resolución no se origina una modificación jurídico-real en tanto no se dé cumplimiento a la obligación por ambas partes.

Si el concedente o titular de la finca no accede al otorgamiento de dicha escritura, el concedente deberá acudir al Juez (14).

2. Que los derechos constituidos sobre la misma finca e inscritos con posterioridad al derecho de opción queden salvaguardados. Esto quiere decir lo siguiente:

— El ejercicio de opción lleva consigo la extinción de los derechos o gravámenes inscritos constituidos e inscritos en el Registro con posterioridad a aquél (de los constituidos antes e inscritos después, no siempre). Tal extinción se hace constar en dicho Registro con la escritura en la que unilateralmente ejercita la opción el concedente o con la escritura de compraventa, según los casos. Sin embargo, hay que tener en cuenta:

— Que sólo podrán cancelarse las inscripciones de esos derechos posteriores si se acredita ante el fedatario público la previa consignación del precio de la compra en un establecimiento público, con el objeto de que pueda destinarse, en la parte que fuera necesario, al pago de

(13) Como dice Roca —*ob. cit.*, tomo III, pág. 567—, «la escritura pública de efectividad de la opción, o mejor dicho, de la compraventa aletargada hasta ese momento, implicará la oportuna tradición, quedando apta para su ingreso en el Registro de la Propiedad».

(14) Según dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1946, el Juez, en este caso, podrá acordar la efectividad de la compraventa, pero sin que ello implique sustituir el consentimiento de las partes, sino que la sentencia se limitará a ordenar la ejecución de un contrato ya perfecto y cuyo pronunciamiento judicial provocará la consiguiente transferencia dominical. (Roca recoge esta sentencia en la pág. 568 del tomo III de su obra.)

aquellos derechos. Es, por tanto, plenamente aplicable el artículo 175, 6, del Reglamento Hipotecario (15).

Como señala PEÑA, los terceros adquirentes del dominio o de derechos reales sobre la cosa, afectados por el ejercicio del derecho de adquisición, obtienen, sobre el precio, derechos similares a los que obtienen los adquirentes de derechos reales sobre bienes sujetos a condición resolutoria (16).

La Dirección General, en la repetida Resolución de 7 de diciembre de 1978, aborda claramente esta cuestión y dice que puesto que el ejercicio de la opción va a provocar la cancelación de esos derechos sin el concurso de sus titulares, es necesario que éstos puedan contar con el depósito del precio del inmueble para la satisfacción de sus créditos.

3. Que la efectividad del ejercicio del derecho de opción se haga constar en el Registro mediante un asiento de inscripción a favor del optante como nuevo titular de la finca. Y ello tanto si ha tenido lugar el otorgamiento de la escritura de compraventa por ambas partes como si la opción se ejercitó unilateralmente por el optante por ser ello posible.

Así, la Resolución de 7 de septiembre de 1982 determina que el documento comprensivo de la declaración de voluntad de ejercitar un derecho de opción no es susceptible de reflejarse en el Registro por nota marginal.

d) Extinción del derecho de opción por incumplimiento de las condiciones impuestas al optante.

En este caso, conforme dice la Dirección General en Resolución de 29 de enero de 1986, habrán de tenerse en cuenta las prevenciones del legislador frente al efecto resolutorio automático. En relación con lo cual la Resolución de 29 de diciembre de 1982 sentó la siguiente doctrina: «Es preciso no olvidar la reiterada jurisprudencia de nuestro Tri-

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

(16) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Ob. cit.*, pág. 349.

bunal Supremo de que para el ejercicio de la acción resolutoria derivada del artículo 1.124 del Código Civil o de la resolución prevista en el artículo 1.504 del mismo Cuerpo legal es necesario el exacto cumplimiento por parte del vendedor de sus obligaciones, así como una voluntad deliberadamente rebelde a dicho cumplimiento por parte del comprador.»

JUAN PABLO RUANO GARCÍA
 Registrador de la Propiedad

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) DERECHO COMUNITARIO

El artículo 92 del Tratado por el que se instituye la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, el artículo 192 del Tratado por el que se instituye la Comunidad Económica Europea y el artículo 164, en relación al 83, 2, del Tratado por el que se instituye la Comunidad Europea de la Energía Atómica establecen que las decisiones de la Comisión y del Consejo, que imponen una obligación pecuniaria o de dar, tienen carácter ejecutorio en los Estados miembros.

Igual carácter tienen las decisiones del Comité de Arbitraje previsto en el artículo 18 del TCEEA y las sentencias y decisiones del Tribunal de Justicia, de acuerdo con lo previsto en los artículos 44 del TCECA, 187 del TCEE, 159 del TCEEA y artículo 48 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal.

Tales preceptos obligan a España desde la entrada en vigor de los Tratados.

Para simplificar la ejecución, los citados Tratados disponen que los Gobiernos designarán un Ministro u otra autoridad nacional para extender la fórmula ejecutoria, limitada a comprobar la autenticidad del título.

Por el Real Decreto 1359/1986, de 28 de junio, el Gobierno de España designa al Ministro de Justicia como autoridad nacional encargada de comprobar la autenticidad y extender la fórmula ejecutoria en los títulos emanados de la Comisión, del Consejo y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Comité de Arbitraje de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

B) DERECHO ESPAÑOL

En los dos últimos meses no se ha publicado en el *Boletín Oficial del Estado* ninguna norma de categoría legislativa en razón a que se

disolvieron las Cortes sin llegar a término varios proyectos de Ley que se encontraban en trámites más o menos avanzados.

Se han publicado dos Reglamentos que revisten especial interés:

1. *Reglamento de Bienes de Entidades Locales*.—En cumplimiento de la disposición final primera de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, aprueba este Reglamento, que actualiza el anterior de 27 de mayo de 1955.

El concepto, clases y régimen de estos bienes se regulan en el título I, debiendo resaltarse que el artículo 36 establece que los Entes locales deben inscribir sus bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, y, a tal efecto, los Registradores recordarán esta obligación a los Presidentes de las Corporaciones que no la hubieran cumplido.

El artículo 40 señala que la eficacia de los consorcios forestales entre las Entidades locales y los particulares se supedita a su inscripción en el Registro de la Propiedad. Igualmente se inscribirán los deslindes de las fincas de estas Corporaciones, según el artículo 68.

Los requisitos para la enajenación de los bienes patrimoniales se regulan en los artículos 109 a 118, siguiendo en líneas generales la normativa anterior, aunque sustituyendo la antigua autorización ministerial, cuando fuere precisa, por la del órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente. El artículo 113, de modo especial, exige como trámite previo a las enajenaciones la inscripción del inmueble a transmitir en favor de la Entidad local enajenante.

2. *Reglamento de la Ley de Cesión de Bienes del Patrimonio Sindical Acumulado*.—Se aprueba por Real Decreto 167/1986, de 1 de agosto, en desarrollo de la citada Ley 4/1986, de 8 de enero.

En el título I se contienen sus disposiciones generales, entre las que destacamos el artículo 5.º, que reafirma el mandato de la norma legal básica de que estos bienes habrán de inscribirse en el Registro de la Propiedad en favor del Estado como bienes patrimoniales, expresando su especial condición y destino.

La certificación administrativa para inmatricularlos o la solicitud para inscribir, según los casos, serán suscritas por el Subsecretario de Trabajo y Seguridad Social, debiendo contener todos los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria. Es también interesante la disposición adicional segunda, en cuanto se refiere expresamente a actuaciones a llevar a cabo en el Registro de la Propiedad sobre determinados bienes pertenecientes a sindicatos.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

1. *Ley del Patrimonio de la Comunidad de Madrid.*—Tiene fecha de 23 de julio de 1986 y establece el régimen jurídico de sus bienes, así como su administración, defensa y conservación, tratando de recoger en un texto único la normativa básica del Estado, así como el disperso conjunto de normas que se contenían en las distintas Leyes de esta Comunidad.

En el artículo 5.º se prevé la confección de un inventario general ordenando a la Consejería de Economía y Hacienda que lleve a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes y derechos de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con la legislación hipotecaria y normas complementarias.

La Comunidad tiene plena capacidad jurídica para la adquisición de bienes patrimoniales, inscribiéndolos en el Registro, según disponen los artículos 24 y 29. La enajenación, cesión y permuta de estos bienes quedan reguladas en los artículos 33 a 40, y el régimen de los bienes de dominio público se contiene en el título III de la Ley, que comprende los artículos 47 a 51.

2. *Leyes de iniciativa legislativa popular.*—En los días 25 y 26 de junio pasado se han promulgado, respectivamente, en las Comunidades Autónomas de Madrid y del País Vasco, de acuerdo con el artículo 9.º, 2, de la Constitución y lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de enero, que trata de ordenar y canalizar el ejercicio de la iniciativa popular en cuanto a las formas de ejercicio y requisitos para hacer posible la presentación de las proposiciones de Ley.

Aunque su materia no tiene una inmediata incidencia inmobiliaria, las reseñamos por el interés general que puedan suponer dentro de sus respectivos ámbitos autonómicos.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

A) PUBLICACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

El Ministerio de Justicia, a través de su Servicio de Publicaciones, ha editado el libro *El Notariado y los Registros. Orientación vocacional y de estudios*, del que son autores los señores MEZQUITA DEL CACHO y LÓPEZ MEDEL, que con tantos conocimientos y experiencia han tratado en otras ocasiones de estos temas. El libro, por su gran importancia, será objeto de recensión y comentario en las páginas de esta Revista.

B) JORNADAS DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Durante los días 27, 28 y 29 de septiembre de 1985 y en la ciudad de Jaca se celebraron unas Jornadas de Derecho Civil, fruto de las cuales es la publicación que contiene las Actas de dichas reuniones y que ha sido editada por las Cortes de Aragón. Esta publicación también será objeto de comentario en las páginas de esta Revista.

C) CONVOCATORIA DEL PREMIO XXV ANIVERSARIO MONTECORVO

Primero.—Para conmemorar el XXV aniversario del nacimiento de la Editorial Montecorvo, y por Editorial Montecorvo, S. A., se crea el premio XXV Aniversario Montecorvo.

Segundo.—Podrán concurrir a este premio con sus obras autores de monografías jurídicas cuya extensión no sea inferior a 200 holandesas ni exceda de 300, mecanografiadas a doble espacio, con márgenes de tres centímetros a cada lado y treinta líneas como máximo, debiendo darse en los autores concurrentes la circunstancia de no haber publicado ningún libro hasta la fecha de esta convocatoria.

Tercero.—El premio se dota con 150.000 pesetas; será indivisible y no se declarará desierto en ningún caso.

Cuarto.—El plazo para la presentación de las obras quedará abierto en la fecha de esta convocatoria y se cerrará una vez transcurridos ciento ochenta días naturales a partir de aquélla.

Quinto.—Los autores que deseen concurrir a este premio remitirán al domicilio social de la entidad convocante —calle de Doctor Esquerdo, número 47, 28028-Madrid— una fotocopia del sumario o índice general de su obra, acompañado por seis páginas de la misma, a su elección, también fotocopias. Estas remesas no serán devueltas en ningún caso.

Sexto.—De estos avances presentados la Editorial seleccionará hasta un número de seis. Los autores de los mismos serán notificados de esta selección, así como de las condiciones generales del contrato tipo de edición.

Séptimo.—Los autores de los avances seleccionados remitirán en el plazo máximo de diez días naturales el texto completo de sus respectivos trabajos. El envío de estos trabajos se interpretará como que el autor acepta las condiciones del contrato tipo de edición, así como el no envío lo será como que el autor concursante renuncia a concurrir.

Octavo.—Los trabajos seleccionados y recibidos dentro del plazo anteriormente indicado serán examinados por tres personalidades de reco-

nocida autoridad científica en el campo del Derecho español, las que constituirán el Jurado.

Noveno.—Este Jurado se reunirá dentro de los sesenta días a contar de la fecha de cierre del plazo para la presentación de los textos completos de los trabajos seleccionados. A este Jurado se incorporará, actuando como Secretario, sin voto, el Administrador general de la entidad convocante o persona que designe.

El Jurado deliberará y acordará lo que entienda procedente. Pero si tras la deliberación no se produjere acuerdo se procederá a resolver por insaculación entre las obras defendidas por cada uno de los miembros. De todo ello se levantará acta.

Décimo.—Tanto la decisión del Jurado, si hubiere acuerdo, como, en su caso, el resultado del acto de insaculación serán inapelables.

Undécimo.—El premio será hecho efectivo dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su otorgamiento.

Duodécimo.—Como complemento del premio en metálico, la Editorial convocante se reserva el derecho y asume asimismo el compromiso de editar la obra premiada dentro del plazo de seis meses a contar de la fecha de concesión. Las condiciones del contrato de edición serán las que con anterioridad habrán sido dadas a conocer a los concursantes seleccionados.

Decimotercero.—El Jurado podrá recomendar la edición de cualquier otra de las obras presentadas. Esta recomendación no obligará a la Editorial y, en todo caso, el contrato de edición que haya de ofrecerse será el indicado en el punto anterior.

Decimocuarto.—Queda sobreentendido que todos los concursantes a este premio aceptan las bases de la presente convocatoria.

En Madrid, a 5 de septiembre de 1986.

D) III CONGRESO CONTINENTAL DE DERECHO COOPERATIVO

Nuestra colaboradora la Escribana de Montevideo doña SUSANA CAMBIASSO nos remite la información que sigue y que publicamos con gusto:

La ciudad de Rosario (Argentina) fue el escenario acogedor del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo, celebrado del 2 al 4 de julio de 1986. Geográficamente emplazada en el corazón de la región agroproductiva, Rosario posee el mejor puerto natural sobre el río Paraná, el que da audiencia en sus aguas a un intenso mercado cerealero zonal. Y, por qué no decirlo, el Paraná y el Uruguay amamantan y tributan sus aguas a nuestro estuario, el más grande del mundo.

Históricamente, Rosario fue un «nudo de la pampa gringa». Hoy es un centro administrativo, comercial e industrial, con un millón de habitantes y capital *honoris causa* del cooperativismo iberoamericano.

Concurrieron al evento delegaciones de casi todas las provincias argentinas y de Brasil, Bolivia, Paraguay, Chile, Ecuador, Perú, República Dominicana, Panamá, Puerto Rico, España, Estados Unidos y, por supuesto, Uruguay. Los congresistas totalizamos más de ciento cincuenta.

El Congreso se instaló en el Centro Cultural Bernardino Rivadavia, en cuyo frente aletearon las banderas de todos los países americanos, desplegando al viento el ritual de colores que cada pueblo elige para simbolizar su libertad. Fue convocado por la Organización de las Cooperativas de América (OCA) y organizado por el Consejo Intercooperativo argentino, auspiciado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina, Colegio de Abogados de Rosario y la Secretaría de Acción Cooperativa.

El Congreso tuvo por objeto contribuir a la sistematización de los principios básicos del Derecho cooperativo, mediante el estudio y discusión de las ponencias que se presentaron sobre los siguientes temas: 1) Valoración constitucional del cooperativismo. 2) Autonomía del Derecho cooperativo. 3) El acto cooperativo. 4) Derecho comparado. 5) Fiscalización y fomento del Estado.

Los trabajos que presentamos los participantes —relativos a esos tópicos— se sometieron a la deliberación de las comisiones integradas por delegados y observadores, llegándose a importantes conclusiones, las que se leyeron en un plenario final. En esa instancia tuve el honor de ser designada para decir el mensaje final en nombre de las delegaciones extranjeras.

El Congreso culminó con la celebración del Día Internacional de la Cooperación en un hermoso teatro rosarino, con la presencia del Presidente de la República Argentina, doctor Raúl Alfonsín. Luego que varios oradores resaltaron las aspiraciones más profundas del cooperativismo y ratificaron los imperecederos principios rochdalianos, tuvimos el gusto de aplaudir fervorosamente al doctor Alfonsín. Su personalidad carismática, su alocución plena de simpatía y elocuencia, comenzó de manera espontánea con el relato de una graciosa anécdota, estableciendo así una comunicación franca y cordial con el público asistente. Luego se evocó —con su reconocida aptitud oratoria— sustancialmente a la problemática angustiosa de Iberoamérica y a la concertación de la unidad soñada por Bolívar. Esa unidad que todos anhelamos, pautada por el predominio de la lengua madre; la filiación de los pueblos americanos al tronco

nutricio común, que nos dio la energía de su raza, y entretejida por las cuotas de sangre de blancos, negros, mulatos y mestizos; cholos, rotos, gauchos y llaneros; guiados por los emancipadores que profetizaron la unidad política americana, por encima de las fronteras convencionales que dividen las naciones. A esa herencia común se agrega hoy el hostigamiento de la angustia común: deuda externa y proteccionismo de los países industriales.

Seguramente que el cooperativismo, por: sus fundamentos de conciencia social colectiva y solidaria; propiciar la autonomía del trabajo y el esfuerzo sobre el capital; su forma avanzada de organización e integración democrática, enciende una estrella de esperanza. Su papel será protagónico en la integración de la familia americana.

La impresión que nos ha dejado este Congreso es de que los hermanos argentinos han trabajado profundamente en la consolidación del movimiento cooperativo, y están recogiendo los frutos de su esfuerzo, como lo demuestran: Turiscoop, Intercoop e Ildecoop (editoras cooperativas); la Secretaría de Acción Cooperativa; la Casa de la Cooperación rosarina, centro de enseñanza donde se prepara al adolescente en varias disciplinas y en la doctrina cooperativa para que accedan a bancos y empresas cooperativas; los bancos cooperativos (existen ochenta y cinco en toda la República Argentina); y otras cooperativas que recogen en su objeto diferentes actividades económicas y también gestionan diversos servicios públicos. Por todo esto decimos con reconocimiento y emoción que son los argentinos los «justos pioneros del cooperativismo iberoamericano».

Don Lorenzo Cristóbal Ecija (del Ministerio de Trabajo), único representante español, hizo una exposición sobre el proyecto de Ley de Cooperativas, que está en trámite parlamentario, y un estudio comparativo con el régimen vigente.

* * *

NOTA DE LA REDACCIÓN.—Como complemento a la información anterior, sigue a continuación el texto de la comunicación presentada a dicho Congreso por la autora, ya conocida de nuestros lectores por haberse comentado (en el número anterior de esta Revista) su libro sobre cooperativismo.

Quienes lean el trabajo que sigue podrán comprobar que eran justos nuestros elogios, ya que domina perfectamente el tema, por lo que nos complace grandemente publicarlo.

AUTONOMIA DEL DERECHO COOPERATIVO

1. *El fenómeno socioeconómico cooperativo.*—El hito de ROCHDALE expresó empíricamente un reparto de la riqueza que los socialistas utópicos del siglo XIX buscaron implantar afanosa e infructuosamente en Europa, en un contexto de mayor envergadura.

Si retrocedemos por la huella histórica hallamos que el movimiento se engendró con la revolución industrial del siglo pasado.

«La gigantesca fuerza de impetuosa marea que desató sobre el mundo la segunda ola —así llama ALVIN TOFFLER al industrialismo en su obra *La tercera ola*— chocó con todas las instituciones del pasado y cambió la forma de vida de millones de personas.»

El industrialismo —dice el citado autor— rompió la unión de producción y consumo que caracterizaba a la sociedad primitiva y separó al productor del consumidor. Las consecuencias de esa separación fueron trascendentes: el acontecimiento determinó un notable incremento del capitalismo y una masificación del proletariado. La economía se mercantilizó. La producción se desplazó del uso al cambio. El conflicto se centró entre las demandas del productor y trabajador de salarios más altos y la contrademanda del consumidor. Las relaciones personales: familia, amistad, vecindad, quedaron influidas por el lucro comercial. Esta circunstancia no es sólo un reflejo del capitalismo; la sufre también la economía socialista, porque es una proyección del industrialismo que separa al productor del consumidor con la barrera «del mercado».

El cooperativismo, al eliminar la intermediación, al restablecer la solidaridad activa y creadora en el grupo humano, unido por un afán común, ofreció y ofrece una pauta instrumental real para una democracia económico-social. Ofrece una organización especial para la producción de bienes y servicios, autogestionada y participativa.

Esa realidad socioeconómica —como todos los fenómenos que tienen esa dimensión— irrumpió en el mundo del Derecho en búsqueda de la norma y su valoración jurídica.

¿Servirían las normas del Derecho común para regular el fenómeno cooperativo?

2. *El Derecho especial.*—El Derecho moderno presenta un fraccionamiento progresivo, causado por el propósito de aislar, investigar y conocer mejor los fenómenos que se le presentan.

La división del Derecho no obstaculiza sus fines, sino que —por el

contrario— lo flexibiliza; le imprime la ductilidad necesaria para abarcar los matices de una realidad determinada, para describirla e instruir-la correctamente. Es así que frente al Derecho común aparece el Derecho especial o particular para disciplinar determinados sujetos o cosas. Así nació el Derecho comercial, el Derecho laboral, el Derecho de previsión social, el Derecho social, etc. El Derecho agrario tiene reconocida especialidad en lo que va de este siglo. A ese repertorio agregamos el Derecho cooperativo.

Señala BARDALLO (1): «en este proceso de fraccionamiento hay generalmente dos etapas: a) separación o aislamiento de ciertos sectores del Derecho, para su estudio; y b) comprobación por la investigación científica de su capacidad para subsistir por sí solo».

Expresa LARRAUD (2) que la noción comienza a formalizarse a través de un agrupamiento de normas homogéneas (con un objetivo común) tomadas de la división de un mismo género. En esa etapa la disciplina adquiere autonomía lógica u objetiva. Las recopilaciones legales del texto ordenado sobre la materia común revela esa objetividad. Cuando este conjunto de normas homogéneas se organizan, entrelazan y correlacionan mutuamente, en una estructura coherente, forman un sistema y la disciplina adquiere autonomía estructural.

Unidad y coherencia —señala BARDALLO— son los caracteres típicos de todo sistema. «Los sistemas jurídicos que forman los derechos particulares están compuestos de distintos elementos solidarios: las *normas jurídicas* constituyen, sin duda, el más importante, agrupadas en *institutos* a través de los cuales se desarrolla el objeto o materia propia. Los *principios jurídicos* ínsitos en la dogmática del sistema, tengan o no regulación normativa y sean o no propios de la disciplina, configuran otros de sus elementos fundamentales. La doctrina, finalmente, con sus conceptos jurídicos, sus construcciones, su sistemática, sus criterios o tesis, tiene a la vez la doble misión de elemento constitutivo y la responsabilidad de la coherencia del sistema.»

«Norma, principios y doctrina son los elementos indispensables de todo sistema jurídico. Sin ella no puede pensarse como rama de Derecho una disciplina jurídica» (3).

DEL VECCHIO (4) corrobora lo expresado: «la congruencia intrínseca de las diversas partes que componen el sistema debe resultar demostrada y confirmada en cada momento, confrontando las normas particulares entre sí, y también con los principios generales que con ellos se relacionen; sólo de ese modo podrá el jurista adueñarse del espíritu interno del sistema y proceder de acuerdo con él en las aplicaciones particulares».

LARRAUD nos dice que: «esos derechos especiales —o estructuralmente autónomos— sólo constituyen ramas ligadas al tronco, de cuyos principios se nutren. Sus normas pertenecen siempre al Derecho que los origina, pese a su especialidad, que los hace excepcionales; de ahí que frente a una omisión de los textos del sistema especial será preciso resolver la cuestión recurriendo en primer término a los preceptos del Derecho originario».

3. *La autonomía de la rama especial del Derecho.*—Nuevamente seguimos el camino trazado por esos dos prestigiosos juristas uruguayos —BARDALLO y LARRAUD—, que tan afanosamente indagaron la problemática notarial, hasta pespuntear prolija y acabadamente el ámbito del Derecho notarial. Esos estudios nos ilustran ahora para tratar de encontrar la autonomía del Derecho cooperativo.

JARACH —anota BARDALLO (5)— sostiene que la autonomía de un Derecho debe ser didáctica y jurídica. La primera es convencional y de oportunidad. La segunda es la decisiva, y JARACH la divide en dogmática y estructural. La dogmática está representada por los principios propios, conceptos propios, dogmas propios. La autonomía estructural está representada por institutos propios, diferentes de la estructura de otras ramas del Derecho.

Para MUSTAPICH (6), la autonomía de un Derecho debe fundarse en estos principios básicos: a) materia propia diversa de las demás ramas del Derecho; b) normas específicas, típicas propias; c) principios propios.

Para LARRAUD (7) la configuración de una rama del Derecho no significa autonomía. Ni la autonomía lógica u objetiva ni la estructural o sistemática responden a una concepción estricta y cabal, sino que tienen un cierto sentido convencional. Estrictamente —enfatisa LARRAUD—, para que un Derecho pueda considerarse autónomo, debe gobernarse por sus propias leyes. El significado propio de la palabra «autonomía», que deriva del griego *nomos* (ley), corrobora la premisa anterior.

Esa modalidad de autonomía científica se distingue de las anteriores en que determina un sistema de jerarquía para la interpretación e integración de la ley.

Reconocer la autonomía de una rama del Derecho significa admitir que él se gobierna con sus propias leyes. Los casos no previstos deben resolverse buscándoles solución dentro de la misma disciplina, mediante la aplicación de las diversas fórmulas interpretativas que el Derecho positivo o la doctrina hubieren señalado. Sólo cuando el intérprete hubiere comprobado la absoluta insuficiencia del Derecho especial podrá recurrir a las normas afines del ordenamiento jurídico general.

¿Cuáles son las pautas para comprobar la autonomía de un Derecho especial? Señala LARRAUD: en el aspecto estructural deberá estarse ante un conjunto sistemático de normas jurídicas. En el aspecto dogmático «será necesario aislar unos o más principios propios de él, una o más premisas tales que constituyan verdaderos puntos básicos a partir de los cuales sea posible elaborar el sistema de sus normas».

4. *Derecho cooperativo*.—Ha llegado el momento de comprobar si todo lo expuesto acerca del Derecho especial se cumple en el Derecho cooperativo.

Originariamente los Códigos español, argentino, paraguayo, etc., y la legislación uruguaya incluyeron la regulación de las cooperativas en el ordenamiento mercantil. Paulatinamente la doctrina advirtió el desajuste que significaba mantener las cooperativas en ese ámbito. Por ejemplo, ASCARELLI (8) constata que el marco mercantil no es el apropiado, y nos dice: «la exposición de las cooperativas queda fuera de un curso de Derecho mercantil (...) en efecto, en su amplitud el fenómeno cooperativo abarca tanto la disciplina del trabajo como la del consumo y puede captarse bajo el perfil de una estructuración de categorías de la población mucho mejor que bajo el de la instrumentación de una actividad económica de producción o intercambio».

La legislación cooperativa más moderna excluye la regulación de estas entidades del ordenamiento comercial; v.gr.: la Ley española 52/1974 y el Decreto que la reglamenta, 2710, de 16 de noviembre de 1978, constituyen un verdadero código del «universo cooperativo».

La Ley nacional argentina 20337, de 15 de mayo de 1973, en su artículo 13, dispone: que las cooperativas no pueden transformarse ni en sociedades comerciales ni en asociaciones civiles. Luego —al decir de MOIRANO (9)— no son lo uno ni lo otro. En Paraguay, la Ley número 349, de Cooperativas, de 12 de enero de 1972, modernizó y uniformizó la legislación de la materia, separándola del Derecho mercantil.

Actualmente la normativa uruguaya comprende un conjunto de leyes que siguen un criterio dual. Las últimas disposiciones: Decreto-ley 14827, sobre cooperativas agroindustriales, y el Decreto-ley 15645, sobre cooperativas agrarias, no les atribuyen comercialidad. Mas —en nuestro país— como señala RIPPE (10) —uno de los juristas que más ha estudiado la problemática cooperativa en el Uruguay—, «la legislación vigente es desconexa, insuficiente, tiene vacíos e incoherencias; sus defectos limitan el movimiento cooperativo».

En general, la legislación sobre cooperativas va abriendo un surco propio.

Y... ¿qué son las cooperativas?

Para unos, sociedades; para algunos, asociaciones; para otros, entidades. Para nosotros, entidades colectivas, parciales, durables (grupos), fundados sobre actitudes colectivas que tienen por fin una labor cooperativa. Voz latina: de *cum*, con, y *operari*, trabajar; obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin. Ese grupo desarrolla su actividad dentro y frente a un grupo mayor (sociedad), por eso es menester que entre en el mundo del Derecho, que éste capte su especialidad y su valoración. Para ello es necesario reconocer su forma de expresión como sujeto de Derecho (personería).

El sujeto de la regulación normativa especial es la cooperativa. Una entidad en la que predomina el grupo humano sobre el capital. Su esencia es personal y democrática. Esas peculiaridades la dotan de un estatuto social propio: derechos, deberes, garantías, asunción de responsabilidad, disciplina y sanciones de los socios. Todos estos elementos se proyectan en la norma influidos por la solidaridad activa y creadora que gestó la doctrina cooperativa (11).

La esencia democrática se traduce en la organización del ente, en los cometidos esenciales de sus órganos, en la orgadnamia, en la voluntad democrática expresada a través de asambleas soberanas directas o por delegados (un hombre, un voto), en la elección democrática de sus autoridades, etc.

Las normas recogen esas características y las organizan en un sistema de repartos de potencia e impotencia que se traduce en derechos, poderes, deberes, tareas jurídicas y materializaciones atribuidas a la entidad.

Cabe preguntarnos: ¿para qué el Derecho consagra ese instrumento cooperativo? Y nos respondemos: para concretar a través de él ese orden de repartos y distribuciones autónomos. Según la doctrina trialista de GOLDSCHMIDT (12), un reparto autónomo se caracteriza por el hecho de que se lleva a efecto sin que intervenga coacción, sino mediante un encuentro positivo de declaraciones de voluntad, una coexistencia de voluntades concordantes. Ese reparto se instruirá con normas que son comunes a todas las cooperativas y con normas específicas de acuerdo con el objeto de cada cooperativa. Según el objeto, el grupo adoptará la tipología cooperativa correspondiente: producción, trabajo, consumo, vivienda, etc. La actividad que desarrollan encara y opera sobre la producción, circulación, distribución y consumo de la riqueza de una manera distinta a la que concierne a las sociedades mercantiles o civiles.

¿Por qué decimos que opera de manera distinta? Pues porque mientras la empresa lucrativa parte del «hombre económico», cuyo móvil es el beneficio sujeto a las normas del mercado, en las cooperativas sus

miembros participan, se integran, organizan y distribuyen excedentes, con parámetros establecidos en función del trabajo, la actividad y la necesidad del individuo, transformando —de esa manera— la economía lucrativa en economía de servicio. El individuo a través de su participación quiere ahorrar un gasto (cooperativa de consumo), conseguir un mejor salario (cooperativa de trabajo), facilitar el acceso a las fuentes de crédito (cooperativa de crédito), del ahorro y de la vivienda propia.

La cooperativa no pretende un lucro para sí, sino que por la eliminación del intermediario y su organización mutual consigue facilitar a sus miembros la satisfacción de las necesidades que les son comunes.

La administración de la cooperativa descansa —igualmente que la de la sociedad mercantil y civil— en una organización de empresa. Pero, a diferencia de aquéllas, su gestión empresarial se afirma sobre el retorno de excedentes de acuerdo a los principios cooperativos, la irrepertibilidad de los fondos obligatorios, aspectos que son la piedra angular de la cooperación auténtica, alejados de las fórmulas lucrativas y especulativas. También destacamos la formación cooperativa de sus dirigentes como elemento fundamental del éxito gestionario (13).

5. *Los principios cooperativos.*—No olvidemos que al mundo jurídico se llega buscando la captación lógica de un reparto y también su valoración jurídica; o sea el fin último que el Derecho definido procura realizar, atento al carácter teleológico del orden jurídico: justicia, seguridad jurídica, el bien común, etc. Los principios cooperativos tienen la valoración social, económica y jurídica a que aspira el cooperativismo. En torno a ellos se estructura la materia jurídica. Los principios cooperativos sirven para interpretar el Derecho, para comprobar el acuerdo o desacuerdo, impidiendo que se confundan instituciones y fundamentalmente llena los vacíos. En este último aspecto son fuente de Derecho.

En general, están ínsitos en la materia jurídica, pero pueden tener una formulación expresa. Son ideas básicas aformales; no hay una manera única de expresarlos, porque lo que importa es la idea que encarnan.

¿Cómo sabemos cuáles son? La propia materia los insinúa y en ella indagan los juristas, rescatando lo que hay de general y homogéneo en las aspiraciones de las distintas legislaciones, costumbres, tradiciones, fenómenos culturales, sociales y económicos.

Científicamente se llega a ellos por inducción, y una vez consagrados se deduce de ellos el orden jurídico, la interpretación de la norma o la integración del vacío legal.

El original planteo de la principiología (conjunto de principios) que hace CRETELLA (14) establece una jerarquización piramidal de principios, señalando: los principios científicos universales u omnivalentes (co-

munes a todas las ciencias); regionales o plurivalentes (válidos para un grupo de ciencias) y monovalentes (válidos para un determinado sector de lo social). Para PRAT (15) el Derecho se apoya en principios omnivalentes y en plurivalentes como ciencia social, y en monovalentes, que son los principios generales del Derecho. Señala este autor que existen, además, los principios sectoriales comunes al Derecho privado o al público y los exclusivos, típicos y propios de la rama especial del Derecho. Los principios cooperativos serían esas directrices típicas indagadas en la rama especial del Derecho.

El repertorio de principios cooperativos es amplio; no todas las legislaciones positivas los agotan. El Congreso de Viena de 1930 recogió los de libre adhesión, control democrático, distribución de excedentes en proporción a las operaciones, interés limitado, neutralidad política y religiosa, desarrollo de la educación cooperativa.

El Reglamento español número 2710/78, citado *supra*, recoge expresamente los principios en que se fundan sus disposiciones. El artículo 2.º dice: «los principios generales que definen el carácter cooperativo de una sociedad e informan su constitución y funcionamiento son los que se establecen a continuación, y en los términos que se desarrollan en la Ley General de Cooperativas y en sus normas complementarias: a) la libre adhesión y la baja voluntaria de los socios; b) la variabilidad del número de socios y del capital social, a partir de unos mínimos exigibles; c) todos los socios tendrán igualdad de derechos para garantizar la organización, gestión y control democrático en los términos fijados en aquella Ley; d) la limitación del interés que los socios puedan percibir por sus aportaciones al capital social; e) la participación de cada socio en los excedentes netos que puedan repartirse en concepto de retorno cooperativo; f) la educación y promoción sociales y cooperativas; g) la colaboración con otras entidades cooperativas para el mejor servicio de sus intereses comunes».

El legislador argentino soslaya la palabra principios, pero procede a una enumeración de los caracteres de las cooperativas que llevan la impronta rochdaliana (art. 2.º Ley 20337).

Estas leyes generales constituyen una muy importante labor de abstracción. Abarcan la parte de la materia que es común a todas las cooperativas y se integran con la introducción común del Derecho en general.

6. *Instituciones propias que apoyan el sistema cooperativo.*—Son ellas: a) las cadenas de integración cooperativa para fines sociales, culturales y económicos: federaciones, uniones, asociaciones, conciertos y fusiones; b) el Registro de Cooperativas, y c) el acto cooperativo.

En materia de ordenamiento federativo los derechos positivos pre-

sentan pocas normas y una amplia libertad para federarse. Las leyes dejan librada a la regulación estatutaria la organización de las federaciones y uniones, exigiendo un mínimo de garantías para asegurar el respeto a los principios cooperativos (federarse es un derecho, no una obligación).

Actualmente la legislación cooperativa también busca la autonomía registral. Los Registros se articulan dentro de la administración estatal, pero independientemente del Registro de Comercio. En general, los Registros cooperativos se llevan por la autoridad que aprueba la cooperativa. El mejor organizado según los principios de la publicidad registral es el español.

La Ley argentina 20337; la Ley brasileña 5764, de 16 de noviembre de 1971, y el Decreto-ley 15645, sobre cooperativas agrarias, uruguayo, recogen la figura del acto cooperativo. La construcción —además de la madurez técnica que denota— marca decididamente la separación con el Derecho mercantil y los pone —como dice LLUIS Y NAVA (16)— en pie de igualdad. Agrega este autor: «esta solución ha de ser especialmente grata a todos los partidarios del Derecho cooperativo como Derecho autónomo y, sobre todo, a los adictos a la teoría de la existencia de tres sectores en el mundo económico: sector público, sector privado, al que pertenecería el acto de comercio, y sector cooperativo, en cuyo seno nacerían los actos jurídicos cooperativos».

Estas especialidades que hemos señalado no son óbices para que dentro del Derecho cooperativo se encuentren elementos del Derecho troncal; v.gr.: la obtención de la personería jurídica; los efectos probatorios de la documentación; los efectos de la responsabilidad asumida; las formas de aportación de bienes; nociones como la de buena fe, bien común; las fuentes formales del Derecho; los criterios de interpretación e integración de la norma jurídica; los conflictos de leyes en el tiempo y el espacio. En conclusión, que no hay rama del Derecho, por más profunda que sea su autonomía, que soslaye la teoría general del Derecho.

7. *Conclusiones.*—Hemos analizado varios aspectos que nos revelan la separatividad del Derecho cooperativo: sujeto propio, sistema, principios, doctrina e instituciones especiales. Hemos visto que en algunos Derechos positivos ya existe una legislación que se apoya en lo que llaman «Ley General» (Argentina, Brasil, Paraguay, etc.), y otras, como la española, en que la Ley y su Reglamento regulan «el universo cooperativo». No nos caben dudas sobre la especialidad del Derecho cooperativo. Pero ¿habremos hallado también los bordes de una configuración autónoma?

A nuestro juicio, la indagación perseverante de los juristas está con-

quistando ese terreno. Es necesario proseguir homogeneizando nociones, consolidando instituciones, hasta consagrar una autonomía definitiva. ¿Por qué queremos esa autonomía? Pues porque pretendemos que la norma jurídica en bloque se sature del contenido económico y social marcado por el cooperativismo, y que ese contenido funcione subordinado al Derecho cooperativo, pero marcándole su trayectoria, estableciendo su materia y programando su futuro. Pretendemos que el nuevo Derecho se baste a sí mismo y exima al intérprete recurrir a fuentes de otro origen que no conlleven la misma valoración social y económica. Pero para nutrir al Derecho cooperativo el movimiento necesita una mayor uniformidad, una mejor contextura socioeconómica. Lo explicaremos más adelante.

8. *Definición.*—Aun a riesgo de no dar una definición completa del Derecho cooperativo, pues —como dijimos— todavía vive en la etapa de indagación y comprobación, y aun sabiendo que las definiciones no cuentan todas las facetas de lo definible, y aun descontando que los conceptos expuestos sean susceptibles de evolucionar a medida que el jurista avance en la conquista del saber cooperativo, trataremos de condensar las características más importantes señaladas en una definición que seguramente tendrá más importancia didáctica que científica: el Derecho cooperativo es la rama del Derecho (privado) que: a) fija el régimen legal de las cooperativas, a través de un orden de repartos y distribuciones apoyados en principios propios de valoración social y mutualística; b) regula la constitución, gobierno y funcionamiento de las cooperativas, derechos y deberes de los miembros, límites y sanciones.

La cooperativa es una entidad económica de esencia personal y democrática, sujeto del Derecho cooperativo, que opera mediante una gestión empresarial propia, organizada para lograr una finalidad mutualística.

9. *Clasificación.*—La división más importante dentro del orden jurídico es la que distingue entre Derecho público y Derecho privado. La norma jurídica recoge los intereses colectivos, los individuales y los de grupo y los regula. De tal manera, que cuando se trata de intereses generales —en que no hay posibilidad de antagonismos, porque la naturaleza de esos intereses hace inconcebible el conflicto— organiza las relaciones sobre la base de la subordinación de ciertos intereses a otros (los supraordena). Delimita así el campo del Derecho público. Cuando regula los intereses individuales o de grupo, los coordina, instrumenta la prevención de los conflictos, caracteriza de esa forma el ámbito del Derecho privado. Entre lo público y lo privado están las normas de or-

den público, que tutelan intereses colectivos, pero que no desbordan el Derecho privado.

El Derecho privado moderno ha atemperado los criterios individualistas del siglo pasado, integrando en el tratamiento de las instituciones que regula nociones que atienden a los económicamente más débiles e interpretaciones que se integran con los criterios de la función social y el bien común (17).

Pero existe en nuestra época un rasgo que alarma: es la publicitación del Derecho privado. Hoy la Administración comienza a cuestionar la configuración de la sociedad. El Estado intenta configurar una sociedad de acuerdo a una previa idea de justicia. Frente a ese panorama, JOAQUÍN DE CAMPS Y ARBOIX (18) dice lo siguiente: «entre la fenomenología de la evolución jurídica de nuestros días se acusa el hecho de que determinadas materias del Derecho privado o han pasado totalmente a la órbita del Derecho público o se han acercado a éste bajo el influjo de circunstancias que tienden a restringir el campo de aquél. En cambio, no se da el fenómeno inverso, por lo que, mientras el Derecho privado va perdiendo contenido, el Derecho público va ampliando el suyo. Importa, empero, dejar bien sentado que el Derecho privado no puede desaparecer, porque conviene que sea el regulador de aquella esfera más íntima y perenne de la personalidad humana, que no puede estar sujeta a otras imposiciones que las de la conciencia y deberes morales, es decir, regulador de un conjunto de principios jurídicos inmutables que el Estado no puede traspasar ni desconocer».

Superando las ideas individualistas de los Códigos decimonónicos, GEORGE GURTVITCH categoriza jurídicamente los derechos sociales, sobre cuya base funda la escuela del Derecho social. La doctrina cuestiona el concepto específico de los derechos sociales. Fundamentalmente son derechos laborales a los que se van añadiendo otros, que desbordan ese ámbito, como el derecho de propiedad al servicio de los fines sociales.

Los controvertidos criterios para determinar cuál es la esfera del privado y cuál la del público dio lugar a que parte de la doctrina los abandonara como criterios clasificatorios, reteniéndolos como principios regulativos, a cuya luz se pueden contemplar todas las relaciones jurídicas, las que ofrecen sin excepción simultáneamente un aspecto privado y otro público.

Para nosotros, la cooperativa, sujeto e instrumento del Derecho cooperativo, se funda en el sagrado derecho del hombre de asociarse con otros hombres para la consecución de fines comunes (art. 39 de la Constitución de la República). La consagración de la autonomía de la voluntad, en esta materia, es dominante sobre cualquier norma que pueda

llegar a confundir al intérprete por la apariencia ambivalente que revele la vinculación cooperativa.

Nuestro Derecho, que no reconoce un sector cooperativo; que no reconoce positivamente el Derecho social; que no reconoce otra división del Derecho que la de público o privado, incluye la legislación cooperativa en el ámbito del Derecho privado.

A la definición enunciada *supra* agregaremos: «que es una rama del Derecho privado».

Es de destacar que en aquellos países en que las cooperativas se incrustaban en una infraestructura pública —como ocurrió en España en épocas franquistas o en Italia en tiempos fascistas— el Derecho que las regulaba tenía carácter público. En el nuevo contexto democrático esa legislación tomó otra perspectiva jurídico-política.

En las Constituciones de las denominadas Repúblicas populares, que establecen la primacía funcional de lo social sobre lo individual, de tal modo que sus declaraciones de derechos individuales clásicos y derechos sociales y económicos se conciben como prestaciones del Estado en favor de los ciudadanos, las libertades deben ejercerse conforme a los intereses de los trabajadores y a través de organizaciones oficiales (húngara de 1949, rumanas de 1948 y 1952).

Las Constituciones de las Repúblicas soviéticas establecen la primacía política de lo social sobre lo individual (19).

La Constitución yugoslava distingue tres sectores en su economía: «el Estado asume la dirección de la vida económica y de su desarrollo por medio del plan económico general, apoyándose en los sectores público y cooperativo y ejerciendo su control sobre el sector económico privado» (art. 15).

Cabe advertir que las cooperativas funcionan en cualquier sistema económico y bajo cualquier régimen político, siempre que su existencia no sea expresamente prohibida; mas el funcionamiento de esas organizaciones, su nivel de eficacia y el tipo de beneficios que pueda ofrecer a los socios estarían condicionados por los sistemas y regímenes en que operan (20).

10. *Codificación.*—La forma adecuada de expresar un sistema de normas es la codificación, a fin de que adquiera coherencia, se arraigue en el Derecho positivo y adquiera el rango que le corresponde en el ordenamiento jurídico del país.

Una disciplina jurídica codificada tiene la virtud de condensar en una unidad la experiencia normativa de las mejores leyes y la práctica vivida al amparo de las distintas leyes especiales (abstracción y especialidad).

Existe también una razón didáctica: la conveniencia de reducir al mínimo las remisiones a otros textos legales. Simplifica, generaliza y comprime.

En el Uruguay no tenemos actualmente una Ley General; aún está en estudio su elaboración.

Argentina, Brasil, Chile y Paraguay tienen la llamada «Ley General», que le da a la materia un marco general muy importante.

11. *Fuentes del Derecho cooperativo.*—La palabra «fuentes» tiene en la terminología jurídica tres acepciones. GARCÍA MAYNEZ (21) distingue entre reales, históricas y formales.

Las reales son los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas. En ese sentido el fenómeno socioeconómico que describimos al principio se regula con diferentes criterios jurídicos en los Derechos positivos: el anglosajón, que encuadra las cooperativas en el Derecho sobre sociedades económicas y regula aspectos procesales y administrativos; el germano, que conforma una rama autónoma y registros propios con efectos jurídicos; el francés, con una norma básica general y normas especiales, y el socialista, caracterizado por la planificación intervenida y formas estrictas de control.

Las históricas se refieren a los documentos que encierran una ley o conjunto de leyes. El Estatuto de los Justos Pioneros de Rochdale bien puede constituir esa fuente, pues sus firmes y claros principios constituyeron las bases del movimiento cooperativo.

Las formales son los procesos de manifestación de normas jurídicas. Las clásicas y generalmente admitidas son: la legislación, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. En el Derecho uruguayo la costumbre y la doctrina son admitidas en cuanto la propia Ley se remite a ellas (artículos 9.º y 16 CCU). La jurisprudencia sólo es fuente de derecho para el caso concreto en que se pronuncia (art. 12 CCU).

Los principios angulares de interpretación de nuestro ordenamiento jurídico son: la interpretación lógica, coordinando la letra y el espíritu de la ley; la interpretación analógica; los principios generales de Derecho y doctrinas más recibidas.

El engranaje de una disciplina jurídica especial en los hontanares formales del Derecho crea un orden jerárquico en la aplicación de las normas. Las normas especiales de la materia, estén o no contenidas en códigos o en leyes generales, adquieren rango prioritario respecto de las comunes, y las derogan en cuanto sean contradictorias (22). Por supuesto que el rango no lo adquieren respecto de la Constitución, pues una ley que vulnere sus preceptos sería inconstitucional.

Lo mismo ocurre con los principios generales; éstos no serán aplicables cuando se contradigan con los especiales y propios de la materia.

12. *Relación del Derecho cooperativo con otras ramas del Derecho.* El Derecho es fundamentalmente uno; por eso es que los expertos e intérpretes no pueden sustraerse a las corrientes interdisciplinarias.

El Derecho civil abarca parte de la actividad jurídica del individuo: la incapacidad, sus relaciones de familia, sus relaciones con las cosas, obligaciones y contratos, modos de adquirir las cosas, etc. El Derecho civil siempre constituirá el tronco común que filia las diferentes disciplinas.

El Derecho registral será aplicable en la organización y efecto de las inscripciones de las cooperativas y protegerá al Derecho cooperativo con la seguridad jurídica que significa la publicidad registral.

Las relaciones con el Derecho administrativo son cotidianamente estrechas. Todos los procedimientos de fiscalización y controles del Estado se cumplen a través de procedimientos administrativos especiales. En general, están contenidos en las propias leyes de cooperativas.

Por mucho tiempo las cooperativas se estudiaron y vincularon con el contenido del Derecho mercantil. Modernamente se separaron, pero la mayoría de las leyes cooperativas de mi país aún recogen procedimientos y disposiciones del Derecho mercantil: quiebras, concordatos, matrícula de comerciante, inscripción en el Registro de Comercio, rúbrica de libros, etc.

Con el Derecho procesal se relaciona en tanto se busquen los cauces de la justicia, civil o penal, para resolver los conflictos que se suscitaran. No conozco Derecho positivo que hubiese instalado el «fuero cooperativo».

Con el Derecho agrario, leyes relativas a la colonización y sistemas de tenencia de la tierra su vinculación es íntima. Las cooperativas agrarias de productores o de producción son los instrumentos más aptos para ejecutar los planes de concentración parcelaria, de colonización y desarrollo agrario: la agroindustria, el consumo, profesionalidad del agricultor, empresa agraria, contratos agrarios, sindicalismo agrario, etc.

Con el Derecho urbanístico se relaciona en tanto éste regula toda la actividad dirigida a procurar la habitación del hombre (cooperativas de vivienda).

Se relaciona con el Derecho laboral cuando las cooperativas contratan personal asalariado.

También el Derecho cooperativo se vincula con otras ciencias, principalmente con la economía y la sociología.

La relación con el Derecho notarial es muy importante. El Notario

asegura la legalidad, autenticidad y cumplimiento espontáneo y pacífico del Derecho. El Derecho notarial ofrece a todas las disciplinas jurídicas un conjunto de medios y procedimientos técnicos cuyo agente —el Escribano— utiliza para cumplir la función notarial: legitimadora, autenticadora y cautelar, previniendo el conflicto o abriendo rumbos seguros a la justicia.

13. *Otras consideraciones.*—Hemos revisado los informes sobre *Realidad y perspectivas del cooperativismo en la Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay*, formulado por consultores de CEPAL, y de ellos se desprende que el proceso evolutivo no ha sido uniforme. En Chile, con una promisorio base cooperativa hacia la década de los setenta, actualmente ha decaído debido a las circunstancias políticas que vive el país. Los desequilibrios regionales del Brasil influyen en la distribución geográfica de las cooperativas, determinando una concentración mayor en la zona sureste y sur. En Paraguay, no obstante la modernización de la legislación, la experiencia nacional en cuarenta años de cooperativismo no ha recogido todo el estímulo y fomento estatal que se prometió.

En el Uruguay, con la apertura democrática y la asunción del Gobierno civil, se prevé una mayor participación de las cooperativas en el desarrollo nacional.

En general, de esos informes surge que el movimiento cooperativo todavía tiene una realidad anecdótica y que no ha desbordado las fronteras de sus respectivos países para integrar una organización social, económica y jurídica supranacional latinoamericana. Abrigamos la esperanza de que en un futuro Congreso, no lejano, discutamos el «acto cooperativo regional» y el «Derecho cooperativo, autónomo y comunitario», porque el día que esos temas se debatan el telón de fondo será la realidad de una integración cooperativa latinoamericana.

Esos informes citados dejan la impresión de que los textos legales más modernos conforman teóricamente, pero fallan en su aplicación. Consideramos que la participación de las cooperativas en la elaboración de los mismos, aportando sus experiencias, la atención a las conclusiones de los congresos, seminarios, investigaciones particulares y trabajos prelegislativos ayudarían a la mejor adaptación normativa a la realidad social particular.

Es menester advertir que es difícil normar factores de éxito como la disciplina laboral, la honestidad administrativa, el espíritu cooperativo.

El «hombre cooperativo» no es una creación jurídica, sino una especie humana éticamente educada. Señala CASTÁN TOBEÑAS (23): «no es satisfactoria la figura del *homo oeconomicus* que imagina al hombre:

como determinado exclusivamente por el móvil del bienestar, ni tampoco la concepción del *homo juridicus*, basada en la falsa creencia de que el Derecho es suficiente, por sí mismo, sin la ayuda de los dictados de la moral, para regular la conducta humana. Es la moral la que a través de la conciencia del hombre muestra a éste la plenitud de sus deberes».

Por su parte, señala LASERRE (24): «la superioridad teórica de la empresa cooperativa sólo es virtual y puede ser aniquilada en los hechos no solamente, por supuesto, por una baja eficiencia, sino también por insuficiencia de la capacidad humana». A la pregunta de cómo formar al hombre cooperativo responde señalando tres medios: a) la doctrina cooperativa, que ha de transformarse en un cooperativismo con fundamento ético; b) la práctica de la vida cooperativa aplicando esos fundamentos; c) el ejemplo que brindan los cooperativistas laboriosos, responsables, justos y solidarios debe comunicarse y contagiarse; ese ejemplo es el mejor legado que pueden dejar los miembros a su cooperativa y al movimiento.

El Derecho cooperativo, sea especial o especial y autónomo, no podrá por sí solo ayudar al movimiento, mientras no se profundice la labor educativa y en tanto el Estado no tienda las bases fermentativas de una eficiencia económica cooperativa.

El Derecho positivo tiene que acompañar la evolución del movimiento cooperativo con flexibilidad, propiciar mecanismos jurídicos para la realización de los fines mutuales; pero no puede determinar *a priori* fórmulas que luego devienen impracticables o aterradoramente burocráticas.

SUSANA CAMBIASSO

Escribana de Montevideo (Uruguay)

14. *Esquema del contenido del Derecho cooperativo.*

Sujeto activo: LAS COOPERATIVAS.. ...	Organización ...	Proceso de constitución: personería.
		Representación y gestión cooperativa { Órgano rector. Órgano deliberante. Órgano fiscal.
	Tráfico cooperativo	Cometido de los órganos. Documentación social.
		Orgadynamia { Asambleas. Gestión empresarial. Elecciones. Sindicatura privada.
		Actos cooperativos. Publicidad registral. Transformaciones. Reformas.
Sujeto pasivo: Los COOPERADOS	Régimen económico	Capital social. Aportes. Partes sociales. Cuotas de ingreso. Fondos sociales obligatorios.
	Fiscalización pública	Intervención. Sindicatura pública. Prohibiciones. Sanciones. Multas.
	Extinción	Disolución. Liquidación. Cancelación de Personería.
	OBJETOS COOPERATIVOS	Capacidad. Derechos. Obligaciones. Profesionalidad. Admisión. Exclusión. Suspensión. Retorno cooperativo. Responsabilidad.
		Producción Trabajo. Consumo. Crédito. Vivienda. Enseñanza. Agrarias. Agroindustriales. Etc.

INTEGRACIÓN COOPERATIVA	{	Federaciones.
		Confederaciones.
DESARROLLO COOPERATIVO	{	Uniones.
		Asociaciones.
		Conciertos.
		Fusiones.
Finalidad	{	Franquicias y beneficios.
		Enseñanza.
		Investigación.
		Institutos de promoción
		{ Capacitación. Extensión.
Finalidad	{	Principios cooperativos.
		Doctrina cooperativa.
		Moral cooperativa.
		Espíritu cooperativo.
		Hombre cooperativo.

BIBLIOGRAFIA

- (1) BARDALLO, Julio R.: *Concepto y contenido del Derecho Notarial. Apuntes.*
- (2) LARRAUD, Rufino: *Curso de Derecho Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1966.
- (3) BARDALLO, Julio R.: «Derecho Notarial. Concepto, contenido y división», *Revista Centro de Estudiantes de Notariado: El Derecho*, núm. 89.
- (4) DEL VECCHIO, Giorgio: *Los principios generales del Derecho.*
- (5) JARACH, citado por BARDALLO: *Ob. cit.*, núm. 1.
- (6) MUSTAPICH, citado por BARDALLO: *Ob. cit.*, núm. 1.
- (7) LARRAUD: *Ob. cit.*, núm. 56.
- (8) ASCARELLI, Tulio: *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil.*
- (9) MOIRANO, Armando: *Organización de las Cooperativas*, Ghersi, Buenos Aires.
- (10) RIPPE, Siegbert: *Régimen legal de las Cooperativas en el Derecho uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1976.
- (11) CAMBIASSO, Susana: *El Cooperativismo y las Cooperativas Agrarias*, capítulo III, Montevideo, 1986.
- (12) GOLDSCHMIDT, Werner: *Introducción filosófica al Derecho*, núm. 10.
- (13) CAMBIASSO, S.: *Ob. cit.*, capítulo IV.
- (14) CRETILLA, citado por PRAT: *Derecho Administrativo*, tomo II, Uruguay, página 104.
- (15) PRAT, J. A.: *Derecho Administrativo*, tomo II, pág. 104.
- (16) LLUIS Y NAVAS, Jaime: «Las orientaciones generales y orgánicas del Derecho cooperativo en la Argentina y en España», en *Estudios de Derecho Civil*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1980.
- (17) CAMBIASSO, S.: *Ob. cit.*, capítulo V.
- (18) CAMPS Y ARBOIX, Joaquín: *La propiedad de la tierra y su función social*, página 205.
- (19) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Los derechos del hombre*, 2.ª ed., Reus, S. A.; Madrid, 1978.
- (20) CEPAL: *Evolución del cooperativismo en Chile*, 20/XI/1985.
- (21) GARCÍA MAYNEZ, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho.*
- (22) CAMBIASSO, Susana: *Ob. cit.*, capítulo VII.
- (23) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Los derechos del hombre*, pág. 175.
- (24) LASARRE, Georges: *El hombre cooperativo*, Intercoop. Argentina, núm. 62, página 114.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. SENTENCIA NUMERO 81/1986, DE 20 DE JUNIO, recaída en recurso de amparo número 121/1985.—DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEY DE REFORMA A LA DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—Interposición de recursos de casación, según la normativa anterior.—Pleno del Tribunal Constitucional, otorgando el emparo solicitado, con voto particular contrario del Magistrado don Luis Díez Picazo.

Hechos.—Don Wenceslao Ríos Torres y doña María Teresa Alonso-Buenapósada Hernández interponen recurso de amparo contra Auto del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1985, recaído en la inadmisión de un recurso de casación por infracción de ley, en virtud de los siguientes hechos:

A) Por escrito de 4 de julio de 1984 los recurrentes anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao de 20 de junio de 1984.

B) Por Auto de 9 de julio de 1984 la Audiencia Territorial de Bilbao tuvo por «preparado en tiempo y forma el anuncio del recurso de casación que se deja indicado», emplazando a las partes para su comparecencia ante la Sala Primera del Tribunal Supremo dentro del término de cuarenta días.

C) Dentro del plazo de que se ha hecho mérito, y por escrito de 5 de octubre de 1984, comparecieron los recurrentes en el Tribunal Supremo, formalizando el recurso de casación anunciado conforme a las normas contenidas en la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la de Enjuiciamiento Civil, que había entrado en vigor el 1 de septiembre de 1984.

D) Por providencia de 20 de noviembre de 1984 la Sala Primera del Tribunal Supremo tuvo por interpuesto el recurso de casación a los fines prevenidos en el artículo 1.709 de la LEC reformada.

E) El Ministerio Fiscal, por escrito de 11 de diciembre de 1984, solicitó la inadmisión del recurso invocando el artículo 1.729, 4, de la LEC antigua y alegando sustancialmente como causa de inadmisión no haberse acomodado el recurrente a dichas normas procesales antiguas como, a su

entender, procedía conforme a la disposición transitoria primera de la Ley de reforma.

F) La Sala Primera, por Providencia de 9 de enero de 1985, ordenó traer los Autos a la vista de admisión. Celebrada dicha vista el 16 de enero siguiente, los solicitantes de amparo pusieron de manifiesto la posible vulneración de los artículos 24, 1, y 14 de la CE en que podría incurrir el Tribunal si inadmitía el recurso.

G) Por Auto de 21 de enero el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto, condenando a los recurrentes al pago de las costas del proceso.

Entendió la Sala que la disposición transitoria segunda de la Ley de 6 de agosto de 1984 establece, en su párrafo segundo, que «terminada la instancia en que se hallen, los recursos que se interpongan se sustanciarán de conformidad con las modificaciones introducidas por esta Ley»; que de acuerdo con dicha norma, como claramente resulta de ella, la aplicación de la normativa anterior o actual de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene determinada por el momento en que el recurso se preparó o inició; que en el caso examinado se preparó el recurso el 4 de julio de 1984, antes, por ello, de la entrada en vigor de la reforma; que presentado el escrito de preparación con sujeción a lo prevenido en la redacción antigua del artículo 1.700 de la LEC, como era obligado, y debiendo sustanciarse la instancia de acuerdo con la normativa anterior a la reforma introducida por la Ley de 6 de agosto de 1984, por aplicación de la citada disposición transitoria segunda, párrafo segundo de esta última, no había lugar al recurso.

Los fundamentos jurídicos de la demanda son que se ha vulnerado el derecho a una tutela judicial efectiva, así como al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. Entienden los recurrentes que en este caso se debió aplicar la disposición transitoria segunda de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que interpretan en el sentido de la aplicabilidad de la normativa procesal nueva al recurso interpuesto. Denuncian la oscuridad y ambigüedad de la Ley, que imputan al legislador, sin que el justiciable tenga que padecer sus errores, de los que deviene víctima. Creen que tampoco debía tener muy clara la interpretación el propio Tribunal Supremo cuando en su providencia de 20 de noviembre de 1984, aplicó la legislación reformada. La interpretación dada por la Sala Primera del Tribunal Supremo a las normas transitorias primera y segunda de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, incompatible con el espíritu flexible y de abandono de los rigores del formalismo que preside la nueva ordenación, ha vulnerado así el derecho a una tutela efectiva de los recurrentes.

Subrayan asimismo que la lesión producida es todavía más grave si se tiene en cuenta que el Ministerio Fiscal invocó como causa de inadmisión el número 4 del artículo 1.729 de la LEC derogada. La Sala Primera se ha basado en tal precepto para rechazar el recurso. Pero entienden que, aun aplicando tal precepto derogado no se podía haber rechazado el recurso, por no adolecer de ninguno de los defectos de la norma citada. En el recurso presentado se citan, en cada uno de los motivos que se invocan, con precisión y claridad meridiana, las leyes que se suponen infringidas y el concepto (hoy innecesario) en que lo han sido. Si bien es cierto que con arreglo a la normativa anterior constituía causa de inad-

misión invocar erróneamente el número del artículo 1.692 de la LEC que autorizaba cada motivo, dicho efecto no puede pregonarse del recurso que han interpuesto, ya que en él se invocan todos los supuestos del nuevo artículo 1.692.

FALLO.—El Tribunal Constitucional, otorgando el amparo solicitado, decide por esta Sentencia:

1.º Anular el Auto de la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 1985.

2.º Reconocer a los recurrentes su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

3.º Retrotraer las actuaciones en el citado recurso de casación número 1.536/1984 al momento procesal inmediatamente anterior al Auto anulado.

Se ha basado, para ello, en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—Primero. Consideran los recurrentes que el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo viola su derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24, 1, de la CE y aluden también a la infracción por el mismo Auto del principio de igualdad ante la Ley, proclamado en el artículo 14 del propio texto constitucional. Esta última referencia al artículo 14 no podría, sin embargo, determinar la estimación del recurso ni justificaría siquiera por sí misma una decisión, por Sentencia, por parte de este Tribunal, ya que, aparte de que los recurrentes no aportan resolución alguna de la misma Sala que pueda entenderse válidamente como término de comparación, es claro que la decisión adoptada por el Tribunal Supremo en la resolución combatida responde a una interpretación doctrinal de general aplicación en similares supuestos, como se deduce de una pluralidad de recursos de amparo que penden ante este Tribunal, por lo que es manifiesta la ausencia de toda intención y resultado discriminatorio respecto de los ahora demandantes. Por ello el examen del recurso debe limitarse a la señalada invocación, como vulnerado, del derecho que les confiere el artículo 24, 1.

Esta vulneración se habría producido, según aducen, por la aplicación al recurso de casación, por ellos interpuesto, de una normativa procesal derogada, en virtud de la errónea interpretación de las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil realizada por el Tribunal Supremo. A juicio de los recurrentes, esta interpretación es contraria no sólo al tenor literal de aquellas normas transitorias, sino, especialmente, al espíritu y finalidad antiformalista de la misma Ley 34/1984, lo que conduce a la Sala de lo Civil a rechazar *ad limine* el recurso de casación interpuesto sobre la base de una causa legal inaplicable. Entienden además que, aunque se considerara aplicable al recurso de casación inadmitido la normativa derogada, dicho recurso cumpliría los requisitos impuestos por la misma, salvo la invocación errónea del número del artículo 1.692 de la Ley Procesal que autorizaba cada motivo, por lo que el recurso tampoco podía haber sido rechazado en aplicación de dicha normativa.

Segundo. Así centrado el problema a resolver en esta Sentencia, conviene recordar que, según reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface cuando se obtiene, en respuesta a las pretensiones deducidas frente al órgano jurisdiccional competente, una resolución fundada en Derecho, que puede ser de inadmisión, siempre que concurra una causa legal y así lo acuerde aquél en aplicación razonada de la misma. Comprende el mencionado derecho fundamental, en los mismos términos, el de utilizar los recursos ordinarios y extraordinarios establecidos por la Ley (Sentencia 46/1984, de 28 de marzo, entre otras), incluido el recurso de casación en materia civil, en los casos y con los requisitos legalmente previstos. Ciertamente es que la Constitución no impone, en dicha materia, la existencia o procedencia de un recurso de casación y que, dado el carácter extraordinario con que se configura, el legislador es libre de determinar los casos en que procede, limitar las causas o motivos de impugnación de esta instancia y prescribir las demás exigencias materiales y formales para su admisión y tramitación, como alega el Ministerio Fiscal y este Tribunal ha declarado repetidamente. Pero, puesto que la casación constituye también, en los términos en que el legislador la regula, un medio o instrumento de los que el recurrente puede servirse para ejercitar el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24 de la CE (Sentencia 17/1985, de 9 de febrero), sería también contrario a este derecho fundamental denegar el acceso a dicha vía de recurso en atención a una causa legal inexistente o en aplicación, no justificada ni razonable, de alguna de las causas legales de inadmisión. Ahora bien, como también destaca el Ministerio Fiscal, la interpretación y aplicación de las correspondientes normas procesales es de la incumbencia del Tribunal Supremo, tal como previenen los artículos 117, 3, y 123 de la CE y no compete a este Tribunal revisar aquella interpretación o la aplicación de las aludidas normas al caso concreto, salvo que manifiestamente carezcan de fundamento o justificación una u otra, pues sólo en este caso la inadmisión del recurso de casación equivaldría a una denegación de la tutela judicial contraria al derecho constitucional que se invoca.

Tercero. En el presente caso, el Tribunal Supremo parece haber aplicado al recurso de casación interpuesto por los solicitantes de amparo alguna o algunas de las causas formales de inadmisión contempladas en el texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior a la reforma operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, al estimar que era dicho texto el aplicable al recurso interpuesto y no el ya modificado según la Ley de 1984. Esta introduce una reforma en el instituto procesal de la casación que, entre otros extremos, es sensible en cuanto a la reducción o eliminación de ciertos requisitos de carácter estrictamente formal, que antaño condicionaban el acceso a la misma. Los recurrentes formalizaron su escrito de interposición de acuerdo con la nueva Ley, no —por lo que se deduce de las actuaciones— por que su recurso no fuera admisible por razones de fondo, relativas al objeto y cuantía del pleito o a los motivos por los que se sustancia, de acuerdo con la normativa anterior a la reforma, sino por entender, de acuerdo con las disposiciones transitorias de la citada Ley 34/1984, que era ésta y no el texto anterior de la Ley de Enjuiciamiento Civil la norma aplicable al trámite de interposición del recurso. Es este error en la identificación de la legalidad aplicable,

según la interpretación que el Tribunal Supremo realiza de las citadas disposiciones transitorias, lo que les induce a incumplir ciertas formalidades, en concreto la errónea cita del número del artículo 1.692 de la LEC en que se amparaban los motivos de casación aducidos, incumplimiento que constituye la motivación de la resolución denegatoria de la vía casacional ahora recurrida.

Entienden los recurrentes, por el contrario, que el error en la interpretación de las disposiciones transitorias es imputable al Tribunal Supremo y en ello se centra, en gran medida, la controversia. Ciertamente el tenor literal de las referidas disposiciones puede dar lugar a distintas interpretaciones en relación con la tramitación de los recursos de casación ya preparados ante el Tribunal *a quo* pero todavía no formalizados ante el Tribunal Supremo en el momento de entrada en vigor de la Ley 34/1984 (1 de septiembre de 1984). La regla general de carácter transitorio, establecida en la disposición primera, señala que las actuaciones promovidas antes de aquel momento, como las que se hallan en el origen de este proceso, continuarán sustanciándose por las normas vigentes al tiempo de su iniciación, es decir, en el presente caso, por las de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior a la citada reforma, pero sólo en lo no previsto por las disposiciones transitorias siguientes. La segunda de ellas prescribe, a su vez, que, «terminada la instancia en que se hallen, los recursos que se interpongan se sustanciarán de conformidad con las modificaciones introducidas por esta Ley». Puesto que la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto en su redacción anterior como en la modificada por la Ley de 1984, distingue dos fases distintas en la tramitación inicial del recurso de casación, denominadas «preparación» e «interposición» respectivamente, la una ante el Tribunal *a quo*, la otra ante el propio Tribunal Supremo, de cuya correcta verificación depende la admisión a trámite del recurso, la interpretación de aquella disposición transitoria segunda exige deducir, con arreglo a las técnicas hermenéuticas admitidas en nuestro ordenamiento (art. 3, 1, del Código Civil), si se refiere al momento de la preparación o de la interposición como determinante del cambio de normativa aplicable a los recursos de casación a tramitar desde el 1 de septiembre de 1984. Si el sentido propio del verbo «interponer» parece aludir al momento en que se procede a instrumentar la segunda de las dos fases iniciales, ese decir, al momento en que el recurrente, una vez emplazado ante el Tribunal Supremo, formaliza en un escrito la llamada «interposición» del recurso, tal y como han entendido los hoy demandantes de amparo, la referencia a la finalización de la instancia parece impedir, por el contrario, como alega el Ministerio Fiscal, que se pueda entender que la Ley pretende introducir el cambio de la normativa aplicable en relación con los recursos que ya han sido preparados, aunque todavía no interpuestos. Razona en tal sentido el Ministerio Fiscal sobre la base de la unidad de tramitación del recurso de casación, que imposibilita, a riesgo de distorsionar el curso del proceso, que sean distintas las normas aplicables a la preparación y a la interposición del recurso, de lo que deduce que la instancia casacional se ha iniciado ya en el momento de la preparación, por lo que, pendiente la misma, no cabe interponer recurso alguno, ni siquiera formalizar el recurso de casación, conforme a normativa distinta. No carece de razón el Ministerio Fiscal, si se tiene en cuenta que, con independencia de los antecedentes

históricos, en nuestro ordenamiento se verifica un primer control o enjuiciamiento del cumplimiento de ciertos requisitos para la admisión del recurso ya en la fase de preparación, tanto según el texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior como posterior a la Ley 34/1984 (arts. 1.702 y 1.697, respectivamente), por lo que no es ilógico conceptuar el trámite de preparación como verdadera fase de iniciación de la instancia casacional.

Todo lo cual nos lleva a concluir que, si bien la imprecisión del texto de la citada disposición transitoria segunda excluye una tajante imputación de falta de la diligencia debida a la dirección letrada de la recurrente, tampoco puede aceptarse que la interpretación realizada por el Alto Tribunal fuera infundada y, mucho menos, irrazonable, sin que, sentada esta conclusión, pueda este Tribunal, por las razones expuestas, adentrarse en la revisión *in toto* de aquella exégesis de los preceptos legales referidos.

Cuarto. Sin embargo, el hecho de que la identificación de la normativa procesal aplicable efectuada por el Auto en cuestión no sea inadecuada desde el punto de vista constitucional, no excluye que la decisión de inadmitir el recurso de casación haya podido infringir el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los recurrentes.

Justifica dicha decisión el Ministerio Fiscal en lo dispuesto en los artículos 1.720, 1.º, y 1.729, 4.º, del texto de la LEC en la redacción considerada aplicable, es decir, en el incumplimiento de ciertos requisitos formales consistentes en la necesidad de expresar, en el escrito de interposición del recurso, el párrafo del artículo 1.692 en que se halle comprendido cada motivo del recurso, requisito éste que recuerda expresamente el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo impugnado, así como de citar con precisión y claridad la ley y doctrina legal que se crea infringida y el concepto en que lo haya sido.

Desde luego, tales exigencias formales, impuestas por el legislador, no están a disposición de las partes, al igual que no lo está ningún otro requisito procesal, como repetidamente ha declarado este Tribunal. Pero, como también hemos precisado en múltiples ocasiones (Sentencias 19/1983, de 14 de marzo; 61/1983, de 21 de julio, etc.), no toda irregularidad formal puede erigirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso. Más aún, el derecho a la tutela judicial efectiva no puede ser comprometido u obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes o acudiendo a interpretaciones de las normas que regulan las exigencias formales del proceso claramente desviadas del sentido propio de tales exigencias o requisitos, interpretados a la luz del artículo 24, 1, de la CE (Sentencia 57/1984, de 8 de mayo). Esta conclusión es asimismo predicable del recurso de casación, tal y como recientemente y en sucesivas ocasiones hemos puesto de manifiesto (Sentencias 17/1985, de 9 de febrero; 57/1985, de 29 de abril; 110/1985, de 8 de octubre, y 139/1985, de 18 de octubre), aunque las exigencias formales revistan en este recurso una mayor relevancia, en virtud de la peculiar restricción de su ámbito material y de las causas en que puede fundarse, pues una cosa es el rigor formal derivado de la naturaleza y contenido de aquella vía impugnativa y otra el exceso de formalismo que tiene por consecuencia obstruir o dificultar la utilización de la misma como remedio procesal legalmente establecido para la defensa de derechos e intereses legítimos.

Quinto. En el presente caso, los recurrentes expusieron en fundamentos separados los motivos en que se apoya su recurso de casación, relativos todos ellos a la violación de normas de rango legal, del Código de Comercio, la Ley de Sociedades Anónimas, el Código Civil y la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, exponiendo con suficiente claridad y precisión la argumentación jurídica correspondiente a cada uno de ellos, como exigen los artículos 1.720, 1.º, y 1.729, 4.º, de la LEC considerada aplicable. Más aún, aunque ya no lo exige el nuevo texto de la Ley Procesal, señalaron con nitidez el concepto en que las invocadas normas se estimaban infringidas como requieren los citados preceptos del anterior texto de dicha Ley. Resta, por consiguiente, inadecuada en el escrito de interposición del recurso, la mención del apartado del artículo 1.692 de la LEC en que los motivos se hallan comprendidos, y ello no porque tal apartado no se señale, sino porque se cita según los ordinales del artículo 1.692 correspondientes a la LEC posterior a la reforma de 1984, en vez de citarlos según los ordinales correlativos del texto de la LEC anterior a la reforma, de tal manera que se alude al número 5 en vez de al número 1 de dicho precepto legal, siendo ésta la única deficiencia formal en la que expresamente se apoya la resolución recurrida en amparo para declarar la inadmisión del recurso de casación. En resumen y puesto que no parece, a juzgar incluso por la escueta fundamentación del Auto impugnado, que el recurso formulado, prescindiendo de la incorrecta cita de los ordinales del artículo 1.692 de la LEC, fuera inadmisibile conforme a las exigencias materiales de este último precepto, en su redacción anterior a la reforma de 1984, se llega a la conclusión de que, en realidad, el Tribunal Supremo ha inadmitido el recurso basándose en la errónea cita de los párrafos del artículo 1.692 de la LEC que considera aplicable, error del recurrente imputable, como se ha puesto de relieve, no tanto a su falta de diligencia como a las dificultades objetivas de interpretación de las disposiciones transitorias de la Ley 34/1984.

Ahora bien, es claro que la finalidad de las formalidades que impone el mencionado artículo 1.720, 1.º, de la LEC no es ni puede ser otra que la más correcta ordenación del debate procesal, dentro de los límites materiales de la casación civil, así como asegurar, en beneficio del juzgador y de la parte contraria, la mayor claridad y precisión posible en la comprensión de los motivos del recurso. Estos deben estar referidos en concepto a uno de los motivos legalmente tasados para evitar toda confusión en la tramitación del recurso, exigencia de rigor impuesta por el legislador anterior a la reforma de 1984 que no carece de justificación. Pero en este sentido, no puede estimarse que indujera a confusión, ni al Tribunal, que conoce la reforma legal operada, ni tampoco a la dirección letrada de la contraparte, el mero error del recurrente, consistente en la cita de los párrafos correspondientes del nuevo artículo 1.692, seguida de la enunciación de su texto.

Y, puesto que los motivos enunciados eran no sólo idóneos para fundar el recurso según la normativa que se consideró de aplicación sino también perfectamente inteligibles en su propia enunciación, no puede sino aparecer desproporcionada y, por ello, incompatible con la consecuencia normal del derecho constitucional a la tutela judicial, consistente en el acceso a una decisión sobre el fondo de las pretensiones deducidas en el recurso, la denegación de la admisión a trámite del mismo basada

en un defecto formal fácilmente advertible y, en su caso, reparable. El respeto al derecho reconocido en el artículo 24, 1, de la CE y su valor preferente frente a cualquier exigencia legal imponía en cambio al órgano judicial, aun en ausencia de un específico trámite legal de subsanación, como ya señaló este Tribunal en la citada Sentencia 57/1985, de 29 de abril, suplir con una interpretación sencilla y segura, a la par que posible, el imperfecto o erróneo cumplimiento de los requisitos del artículo 1.720 de la LEC, asegurando así la primacía del mencionado derecho fundamental. Por el contrario, la aplicación estricta y, dadas las circunstancias, excesivamente formalista, de la causa legal de inadmisión que en relación con aquel precepto establece el artículo 1.729, 4.º, de la norma procesal, vulneró el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, a los que es preciso otorgar el amparo que solicitan.

Voto particular que formula el Magistrado don Luis Díez-Picazo a la Sentencia dictada en el recurso de amparo número 121/1985.

La doctrina de este Tribunal sobre la posible existencia de un derecho a recurrir las resoluciones judiciales, integrado o englobado en los derechos fundamentales que reconoce el artículo 24 de la Constitución, se ha producido en los siguientes sentidos: Se ha reconocido que existe un derecho a que el condenado recurra la sentencia recaída en el orden penal, por entender que este derecho, que reconocen el Convenio Europeo y el Convenio Universal de Derechos Humanos, forma parte integrante de nuestro orden constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución. En los demás casos, el Tribunal ha señalado que no existe un derecho a los recursos, que nazca autónomamente de la Constitución y que sólo existe el derecho a interponer los recursos que la Ley reconozca y en la medida, en los casos y con el alcance con que la Ley les configure. Se trata, pues, de un derecho, que, aunque pueda conectarse con el derecho fundamental que reconoce el artículo 24 de la Constitución, es de contenido legalmente configurado. En relación con ello, la jurisprudencia de este Tribunal ha puntualizado que el espíritu que informa el artículo 24 de la Constitución, y los derechos fundamentales en él reconocidos, exige una interpretación de los preceptos legales en que se señalen los requisitos para interponer los recursos que no haga de ellos obstáculos desproporcionados o carentes de fundamento, de forma que sea imposible o muy difícil la revisión de las resoluciones judiciales. Se trata, por consiguiente, de ver de qué modo las líneas generales de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional que han quedado expuestas, es aplicable al caso que nos ocupa. Para dejar el problema definitivamente cerrado convendrá respecto de él hacer las siguientes puntualizaciones: 1.º) Se trata de recurso promovido en asunto de índole civil; 2.º) Se trata de recurso contra sentencia dictada en un anterior recurso de apelación, de suerte que no se pretende ya la revisión de una única sentencia, sino volver a recurrir un asunto ya examinado por dos órganos jurisdiccionales jerárquicamente enlazados; 3.º) El problema surge concretamente por la interpretación dada a las disposiciones transitorias de la Ley de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en punto a los requisitos a cumplir en la formalización de los recursos de casación existentes en la fase de transición de una a otra legislación.

Las consideraciones anteriores permiten sostener que la jurisprudencia de este Tribunal nacida en torno a la revisión de las sentencias judiciales mediante la utilización de las vías de recurso no es en este caso aplicable. Como se acaba de decir, y es de resaltar ante todo, se trata de un caso en el que la sentencia recaída en primera instancia fue objeto de revisión a través de un recurso de apelación y por tanto se trata ahora de intentar un segundo recurso. Este segundo recurso, además, es un recurso de casación. El recurso de casación presenta unas características muy singulares, que hacen de él un instrumento extraordinario, organizado por el legislador no directamente en interés de las partes, como lo demuestra la existencia del recurso de casación en interés exclusivamente de la Ley, cuyo objetivo fundamental es el control de la correcta aplicación e interpretación de las leyes y la formación de un cuerpo de jurisprudencia. Estos objetivos de carácter público, que se encuentran presentes en el recurso de casación (aunque modernamente hayan quedado en algún modo desvaídos) otorga al legislador una plena libertad para la configuración de los requisitos necesarios para la interposición del recurso, así como para articular un específico trámite de admisión de los mismos. El legislador establece *v. gr.* una cuantía mínima para la interposición del recurso o unos especiales requisitos de carácter formal, sin que ello suponga mengua de los derechos de los particulares, al encontrarse estos subordinados al específico interés público al que la institución del recurso de casación también se dirige. Se sigue de ello que la interpretación que la Sala Primera del Tribunal Supremo haya hecho de las antes citadas normas de transición, cualquiera que sea su interna corrección y el juicio que puedan merecer, no violan —en mi opinión— derecho de los particulares que pueda entenderse entroncado o integrado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24 de la Constitución.

Madrid a 20 de junio de 1986.—Firmado: *Luis Díez-Picazo*.—Rubricado.

2. SENTENCIA NUMERO 62/1986, DE 20 MAYO, recaída en recurso de amparo 507/1985.—RECURSO DE REPOSICION EN VIA ADMINISTRATIVA COMO PREVIO AL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—Sala Primera del Tribunal Constitucional.

Hechos.—Contra un Real Decreto por el que se regulaban las funciones, titulación e ingreso del personal científico investigador del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, se interpuso directamente ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo por el demandante «el oportuno recurso» el 21 de febrero de 1984.

Formuladas alegaciones por el recurrente en el proceso contencioso-administrativo —el 3 de mayo de 1984— e interpuesto escrito de oposición al recurso por la Abogacía del Estado —el 4 de junio—, la Sala Quinta del Tribunal Supremo dictó Sentencia el 26 de abril de 1985, declarando la inadmisibilidad del recurso contencioso interpuesto, por no haber cumplido el actor con el presupuesto procesal consistente en interponer recurso previo de reposición en vía administrativa [art. 82, e), de la Ley

de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)] en relación con los artículos 52 y 39, 3, de la misma Ley Jurisdiccional.

Contra esta decisión se interpone ante el Tribunal Constitucional este recurso de amparo por entender el demandante que la Sentencia dictada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo habría conculcado los derechos fundamentales del señor Gómez-Acebo reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, lo que se evidenciaría por las consideraciones siguientes:

En primer lugar, la Sentencia se habría dictado con «dilaciones indebidas» (art. 24, 2, de la norma fundamental), para argumentar lo cual destaca el demandante la fecha de interposición del recurso —el 2 de agosto de 1983— y la de su conclusión por Sentencia —el 26 de abril de 1985—. Por esta tardanza, dice el recurrente que, permitiéndose «la puesta en ejecución del Real Decreto 1.804/1983» por las Resoluciones citadas, se ha hecho ilusorio el reconocimiento de su derecho a la tutela efectiva del artículo 24, 1, de la Constitución.

De otra parte, también habría vulnerado la Sala juzgadora el derecho fundamental declarado en el artículo 24, 1, de la Constitución al inadmitir por sentencia el recurso interpuesto en su día por quien hoy demanda amparo. Esto es así porque la Sala apreció en su Sentencia la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 82, e), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (no interposición de recurso previo de reposición), siendo así que tal defecto, de existir, debiera haber sido constatado en el trámite de admisión regulado en el artículo 62 de la misma Ley Jurisdiccional. Por no haberlo hecho de este modo, *in limine litis*, la Sala impidió al señor Gómez-Acebo interponer recurso de amparo constitucional «en el tiempo oportuno y debido» frente a la decisión de inadmisión. Es cierto, se añade, que el trámite de admisión *ex* artículo 62 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa «tiene carácter facultativo para el Tribunal», el criterio «antiformalista» de esta Ley y la finalidad de administrar justicia a cuyo servicio está el procedimiento, debieron llevar a la Sala juzgadora a decidir la cuestión de la admisión del recurso en aquella ocasión preliminar y no al término del proceso.

Invocando, por último, el artículo 3, 1, del Código Civil, afirma el recurrente que la Sala sentenciadora no interpretó debidamente, en el caso actual, el artículo 28 y concordantes de la Ley Jurisdiccional. Entiende, así, el actor —citando como apoyo la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1981, en la que se declararon superados, a la luz del artículo 24 de la Constitución, las trabas para la legitimación activa en el recurso directo frente a reglamentos presentes en los artículos 28, 1, b), y 39, 1, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que la causa de inadmisibilidad apreciada por la Sala «no responde a la vigente legalidad constitucional y viola directamente lo establecido en el artículo 24, 1, de la Constitución Española», debiendo entenderse derogados los preceptos aplicados en la Sentencia tanto en virtud del propio alcance del artículo 24, 1, de la Constitución como del principio de igualdad (art. 14). No exista, pues, causa legal de inadmisión del recurso.

FALLO.—El Tribunal Constitucional, estimando parcialmente, decide:

Primero. Otorgar, parcialmente, el amparo solicitado por don José Gómez-Acebo y Duque de Estrada y, en su virtud,

a) Declarar la nulidad de la Sentencia de 26 de abril de 1985, de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia.

b) Reconocer el derecho del señor Gómez-Acebo y Duque de Estrada a una tutela judicial efectiva, que implica el derecho de poder subsanar el defecto de falta de interposición del recurso previo de reposición.

Segundo. Desestimar el recurso de amparo en todo lo demás.

El fallo anterior se basa en los siguientes:

Fundamentos jurídicos.—Primero. El presente recurso de amparo se interpuso —como hemos dicho en los antecedentes— no sólo frente a la Sentencia del 26 de abril de 1985, de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, sino también impugnando el Real Decreto 1.804/1983, de 23 de mayo, y sendas Resoluciones del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (en adelante CSIC), presentándose como recurso de amparo mixto —y así lo califica el Ministerio Fiscal—, por cuanto que se deducía a un tiempo frente a resoluciones judiciales y administrativas, previstas, respectivamente, en los artículos 44 y 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sin embargo, el hecho de que los órganos del poder judicial no se pronunciaran sobre el derecho fundamental cuya vulneración se alega, en virtud de la causa obstativa en que se fundamentó la inadmisión del recurso en el proceso previo, y de que, dado el carácter subsidiario del recurso de amparo, no se pueda, según jurisprudencia reiterada de este Tribunal, acudir a él *per saltum*, hace que, según se indicó en nuestra Providencia de 30 de octubre de 1985, el recurso fuera admitido a trámite «contra la Sentencia dictada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1985».

Por tanto, el objeto del recurso es la Sentencia de 26 de abril de 1985, de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, frente a la cual el actor alega que ha violado los artículos 24, 1 y 2, y 14 de la Constitución.

Segundo. Delimitado así el objeto del recurso, el actor acusa a la Sentencia impugnada de conculcar su derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24, 1, de la Constitución Española, al haber adoptado la decisión de inadmisión al final del procedimiento, en forma de sentencia, y no utilizar *in limine litis* el trámite previsto en el artículo 62 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En relación a ello, es necesario indicar que el citado artículo 62 no impone, sino que faculta al Tribunal para que, sobre la base de lo que consta en el escrito de interposición del recurso, y previa reclamación y examen del expediente, lo inadmita, en su caso, cuando constare de modo inequívoco y manifiesto alguno de los supuestos que en el referido precepto se expresan. En el presente caso, estamos en presencia del supuesto contemplado en el apartado c), es decir, falta de interposición del preceptivo recurso de reposición, cuando concurra la no subsanación en la forma que establece el apartado 3.º del artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La Sentencia del Tribunal Supremo, recurrida, afirma que el cauce por el que se ha impugnado el Real Decreto —el del artículo 39, 3, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa— exigía como presu-

puesto procesal, previo y habilitante para su ejercicio, que el actor hubiese interpuesto el necesario recurso de reposición exigido por el artículo 52 de la LJCA, lo que, al no efectuarse, determina su inadmisibilidad, por concurrir la causa prevista en el artículo 82, e), en relación con el artículo 37, ambos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

De lo expuesto, se evidencia que la Sala del Tribunal Supremo no utilizó el trámite previsto en el artículo 62, 1, c), de la LJCA, ya que, tras el examen previo del expediente administrativo —en el que no constaba la interposición del recurso previo de reposición—, debió poner de manifiesto tal causa de inadmisión a la parte actora y requerirle, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129, 3, de la LJCA, para que lo formulase en el plazo de diez días y, siempre que lo acreditase, dejar en suspenso el procedimiento, en los términos previstos en el citado precepto. Ahora bien, al no hacerlo así, la Sentencia ha vulnerado el derecho del actor a la tutela judicial efectiva, por cuanto, al no permitir la subsanación posible del motivo de inadmisión, le cerró el camino del proceso ulterior por el transcurso de los plazos. La vulneración no consiste propiamente en no haber utilizado la Sala las posibilidades que ofrece el artículo 62 de la LJCA, en orden a que fuese subsanado un vicio susceptible de serlo, sino que, con ello, le privaba de la posibilidad de volver a ejercitar la acción. No todo impedimento puesto a una subsanación cae ciertamente bajo las exigencias del artículo 24, 1, de la Constitución. Sí cae, en cambio, bajo tales exigencias dicho impedimento cuando, como aquí ocurre, la no subsanación tiene como consecuencia el que muera la acción y se haga inviable el paso al proceso ulterior.

Tercero. La apreciación de esta lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24, 1, nos exime de entrar a considerar las alegaciones del actor en punto a la tutela judicial efectiva, en lo relativo a discutir la conformidad con la Constitución, del artículo 28, 1, b), de la LJCA, al que nos hemos referido en nuestra Sentencia 160/1985, de 28 de noviembre (fundamento jurídico 5.º), ni de la preceptividad del recurso de reposición en el supuesto de impugnación de disposiciones generales por el cauce previsto en el artículo 39, 3, de la LJCA, por no ser necesario para resolver el presente caso.

Tampoco es preciso considerar la queja que el actor formulaba en el sentido de que la Sentencia impugnada incurre en dilación indebida, la cual consistiría no tanto en el tiempo transcurrido hasta la resolución impugnada, cuanto en el hecho de que fuera de inadmisión; ni la supuesta conculcación del principio de igualdad (art. 14), que de modo un tanto forzado se invoca, sin otro apoyo argumental que el de afirmar que el fallo de la Sentencia impugnada lo hace ilusorio y lo vulnera, y que parece no tener otro propósito que el de servir de refuerzo a la invocada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOAQUÍN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ y
FERNANDO CANALS BRAGE

A) REGISTRO MERCANTIL

**NO SE PUEDE NOMBRAR ADMINISTRADORA DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA
A UNA MENOR EMANCIPADA.**

Resolución de 24 de febrero de 1986 (B. O. del E. del 14 de marzo).

I. *Hechos.*—En escritura autorizada por el Notario de Reus don José Javier Cuevas Castaño, ahora recurrente, con fecha 1 de diciembre de 1984, se constituyó la Compañía «Ayudas Vandellós, Sociedad Anónima», conteniendo, entre otras cláusulas, la designación de los componentes del Consejo de Administración, y, entre ellos, a la compareciente y accionista doña María Teresa Pujoll Trill, de dieciséis años de edad, soltera y emancipada por concesión de sus padres;

Presentada en el Registro Mercantil copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito el precedente documento, en virtud de otra copia, con fecha de hoy, al tomo 344, libro 267, de la Sección 3.ª de Sociedades, folio 81, hoja número 5.556, inscripción 1.ª, a excepción del nombramiento de doña María Teresa Pujoll Trill, que se deniega por ser menor de edad, conforme al artículo 82 de la Ley de Sociedades Anónimas. Tarragona, 21 de mayo de 1985.—El Registrador.—Firma ilegible».

El Notario recurrente interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo, contra la anterior calificación, y alegó: Que la emancipación constituye un estado civil *sui generis*, distinto de la minoría y de la mayoría de edad, y dotado de perfiles propios, tal como reconocen varios autores de nuestra doctrina; que en tal sentido aparece citada en el artículo 1.º de la Ley del Registro Civil; que en cuanto tal estado peculiar, está dotada de las notas de fijeza, permanencia o irrevocabilidad

y publicidad; que el estado de emancipado es distinto del estado de menor y del estado de mayor, aunque se aproxima más a éste que a aquél por virtud de la casi total asimilación que en orden a capacidad establece el artículo 322 del Código Civil; que de la anterior afirmación podrían además, deducirse otras dos: a) que las referencias hechas a los menores no tienen que considerarse también comprensivas de los emancipados, y b) que las referencias hechas a los mayores pueden, en principio, considerarse hechas a los emancipados, ya que a ellos están asimilados (con excepciones concretas); que el artículo 82 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuyo contenido prohibitivo le dota de carácter excepcional e impide interpretaciones extensivas o análogas, no hace referencia alguna a los emancipados, sino a los menores, lo que es absolutamente distinto; que tampoco el artículo 323 del Código Civil excluye de la regla general de asimilación entre emancipados y mayores de edad el desempeño de cargo de Administrador de Sociedad Anónima y tal enumeración de restricciones o limitaciones de capacidad, de excepciones a la regla general, es taxativa, según tiene reconocida la Dirección General de los Registros y del Notariado en múltiples Resoluciones (4 de noviembre de 1896; 15 de marzo de 1902; 28 de mayo de 1917; 31 de enero de 1935), sin que tales restricciones operen cuando el emancipado no actúa en nombre propio (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1903), o actúa como mandatario; y que la nota de calificación contra la que el Notario recurrente se alza, supone la interpretación extensiva o análoga de una norma excepcional, prohibitiva y de interpretación estricta y, por ende, la interpretación restrictiva de una norma general que es aplicable en la esfera mercantil, por virtud del artículo 50 del Código de Comercio;

El Registrador dictó acuerdo, manteniendo la calificación y expresó que considerando que el argumento-base del recurrente, consistente en la afirmación de que el menor emancipado goza de un estado civil distinto de la minoría y de la mayoría de edad, no es una afirmación tan dogmática como él pretende, existiendo autores que afirman categóricamente lo contrario, es decir, la inclusión del menor emancipado dentro del estatuto de la minoría de edad; que la inclusión del emancipado dentro de la minoría se deduce claramente, entre otros, de los artículos 315 del Código Civil cuando señala que «la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos», por lo que antes de esa edad, evidentemente, se es menor, del artículo 317 que exige para la emancipación «que el menor tenga dieciséis años...», y del artículo 323 del mismo cuerpo legal, según el cual «la emancipación habilita al menor...», deduciéndose de todo ello que el emancipado sigue siendo un menor, aunque sus facultades estén muy ampliadas, y en este sentido un conocido autor de nuestra doctrina señala claramente que «la emancipación no se equipara a la mayoría», poniendo de manifiesto que no existe en el Código Civil una norma paralela al artículo 4.º de la Compilación Aragonesa; que no puede admitirse, por tanto, la consecuencia general de que las referencias hechas en las leyes a los menores no se aplican a los emancipados, mientras sí se les aplicarán las de los mayores, como lo demuestra la multitud de sentencias y resoluciones en que se discute la inclusión, o no, de un acto entre las facultades del emancipado (baste por todas, la Sentencia de 22 de septiembre de 1969); que en el caso concreto, el problema no está tanto en discutir el carácter, o no, de *tertius genus* de la emancipación, cuando en

interpretar el alcance de la prohibición del artículo 3 del Código Civil, el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y el espíritu y finalidad de aquéllas; que la interpretación de la doctrina mercantilista sobre el tema es claramente contraria al recurrente, y coincidente con la norma, opinando un prestigioso autor que «el artículo 82 no hace salvedad alguna respecto de los menores, emancipados, de donde parece obligado concluir que tampoco ellos podrán ser administradores de Sociedades Anónimas»; que en el mismo sentido otro conocido autor nos dice que «no parece que la emancipación confiera a quien la obtiene aptitud para ser administrador»; que esta postura viene además reforzada por el contenido del artículo 4 del Código de Comercio, cuando exige para el ejercicio habitual del comercio, no sólo la mayoría de edad, sino la libre disposición de sus bienes, de donde se deduce, como señala un conocido autor, que «para asumir la administración de bienes ajenos es preciso tener capacidad para administrar los propios, sin los recortes que el artículo 317 (hoy 323) del Código Civil impone a la emancipación»; que esta es la opinión abundantemente mayoritaria en la práctica, sin que el Registrador informante haya podido constatar la existencia de un solo caso inscrito de Administrador de un menor emancipado; que no es obstáculo, como parece destacar el recurrente, la posibilidad de que el emancipado pueda ser mandatario (art. 1.716 del Código Civil), ya que son claras doctrinalmente las diferencias entre mandato y órgano social, bastando destacar que el mandatario no puede traspasar los límites del mandato al ejecutarlo (artículo 1.714 del Código Civil), mientras que como administrador es un órgano social que no sólo ejecuta la voluntad de otro como el mandato o en el poder, sino que crea la propia voluntad social, siendo responsable por ello, en los términos que el artículo 1.716 del Código Civil establece para el menor emancipado, equiparando su responsabilidad «a lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores», lo cual sería inconcebible en términos mercantiles; que caso de admitirse el nombramiento como administrador del emancipado, podría fácilmente vulnerarse los límites que para la enajenación de inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor establece el artículo 323 del Código Civil, y que bastaría su aportación a la Sociedad, para lo que no se necesita consentimiento de los padres o tutor (Resolución de 27 de julio de 1917), y su posterior enajenación por el propio emancipado en cuanto órgano social, acto que sería claramente en fraude de Ley.

La Dirección General confirma el acuerdo y la nota del Registrador en virtud de los siguientes

II. *Fundamentos de Derecho*.—Vistos los artículos 181, 184, 241, 323 y 1.716 del Código Civil; 2.º, 4.º, 5.º, 13, 14, 50, 282, 283, 286 y 949 del Código de Comercio; 76, 79 y 82 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 8, 9 y 65 del Código Penal;

Considerando que en este recurso se plantea la cuestión de si un menor emancipado puede ser nombrado miembro del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima, ya que aunque conforme al artículo 82 de la Ley de Sociedades Anónimas, no podrán ser administradores «los menores», este precepto no es por sí solo concluyente, puesto que el menor emancipado, si bien todavía no es mayor de edad, también es verdad

que, en principio, es legalmente considerado como si fuera mayor (cfr. artículo 323 del Código Civil);

Considerando que para conocer el alcance exacto de los preceptos mencionados, el artículo 82 de la Ley de Sociedades Anónimas y el 323 del Código Civil, no es superfluo tener en cuenta esta realidad social: Que ya no hay menores emancipados que sean mayores de veintiún años (como ocurría conforme a la versión originaria del Código Civil), ni que sean mayores de dieciocho (puesto que al alcanzar estos años se entra en la mayoría de edad), pues hoy día son todos ellos menores de dieciocho años, y aún menores de dieciséis si obtienen la emancipación por matrimonio;

Considerando que la norma sobre capacidad, contenida en el artículo 82 de la Ley de Sociedades Anónimas debe ser interpretada dentro del régimen general de la capacidad exigida para ser factor o gerente de una empresa mercantil, individual o social, pues la representación que incumbe al Consejo de Administración, que se extiende a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa (cfr. artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas) hace que los administradores sociales tengan, en su conjunto, el carácter de factores (cfr. arts. 283 y 286 del Código de Comercio) y deberán, por tanto, tener los administradores la capacidad necesaria para obligarse con arreglo al Código de Comercio (cfr. art. 282 del Código de Comercio); es decir, la capacidad legal para el ejercicio del comercio (confróntese art. 4.º del Código de Comercio), puesto que, por imperativo de la propia naturaleza de la sociedad, han de ejercerlo por ésta;

Considerando que conforme al texto originario del artículo 4.º del Código de Comercio no bastaba la emancipación para que cualquier menor pudiera ejercer el comercio, al ser tres las condiciones exigidas: a) estar emancipado (no estar sujeto a patria potestad); b) tener la libre disposición de los bienes (no estar sujeto a tutela); c) haber alcanzado determinada edad (entonces, veintiún años), y tras la reforma llevada a cabo por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, no hay cambio sustancial en esta materia, salvo el exigido por la variación de la edad en que se alcanza la mayoría; y de igual manera ahora tampoco basta tener la libre disposición de los bienes (la cual, en principio, se alcanza con la emancipación), sino que se requiere, además, haber alcanzado determinada edad (que hoy ya es la de la mayoría de edad);

Considerando, por tanto, que el menor de edad, aunque por estar emancipado tenga, en principio, la libre disposición de sus bienes, no tiene capacidad legal para el ejercicio del comercio, así como tampoco la ostenta para ser factor de una empresa, y más concretamente para ser administrador de una sociedad anónima, y esta solución guarda, además, armonía con el régimen legal en materia de prohibiciones, pues quienes no pueden ejercer el comercio no pueden tener cargo ni intervención directa en compañías mercantiles (cfr. arts. 13 y 14 del Código de Comercio); y en especial no pueden ser administradores de una sociedad anónima «aquellos que por razón de su cargo no pueden ejercer el comercio» (cfr. art. 82 de la Ley de Sociedades Anónimas), y téngase en cuenta, también, que el nombramiento y la relación (de tracto continuo), que surge de ello es un acto y una relación en sí mismo de carácter mercantil, al estar regulada, en primer lugar, por las disposiciones mercantiles (legislación de sociedades y Código de Comercio);

Considerando que la exigencia de la mayoría de edad, entendida estrictamente, responde a la necesidad de que al frente de la administración de una sociedad, cuya envergadura económica puede ser muy grande, estén personas que tengan plena capacidad para asumir la consiguiente responsabilidad frente a la sociedad, frente a los accionistas (los que votaron su nombramiento y los que no lo votaron o adquirieron después las acciones), frente a los acreedores, frente al Fisco, y una de las mayores garantías de un ejercicio correcto del comercio y del cargo viene constituida por la posible responsabilidad penal en que se puede incurrir, ya que cómo permitir, por el solo hecho de estar emancipado, que un menor pueda ser el administrador de una sociedad anónima, cuando resulta que si no ha cumplido los dieciséis años está exento de responsabilidad penal (confróntese art. 8.º, 2.º, del Código Penal), y que si los ha cumplido ya goza de una circunstancia atenuante (cfr. art. 9.º, 3.º, del Código Penal), tan cualificada que tiene, por sí, virtualidad para reducir notablemente la pena aplicable o incluso para que ésta se sustituya por otra medida (confróntese art. 65 del Código Penal);

Considerando que estas conclusiones tampoco contrarían el régimen general de la capacidad del emancipado, pues de la regla, con importantes excepciones de que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor (cfr. art. 323 del Código Civil), no cabe derivar que también pueda, en términos absolutos, regir como si fuera mayor los bienes ajenos, y por tanto, si en preceptos especiales se exige que para poder asumir determinados cargos que comportan la administración o gerencia de bienes ajenos se requiere la mayoría de edad (como es el caso del artículo 82 de la Ley de Sociedades Anónimas), no es suficiente argumento, para estimar que el menor emancipado sea capaz para ese cargo, invocar la citada regla del artículo 323 del Código Civil, cuando, además, son varios los casos (cfr. arts. 181 y 184, no basta ser cónyuge, y 241 del Código Civil), en que los menores emancipados están expresamente excluidos de cargos que comportan administración de bienes ajenos y que no dependen (como es el caso previsto en el artículo 1.716 del Código Civil) de la sola voluntad individual del representado; y a mayor abundamiento debe tenerse en cuenta, además, que en el acto de emancipación no hay necesariamente un control oficial, desde el punto de vista del interés público, de la especial aptitud del sujeto para merecer la emancipación.

III. COMENTARIO.—Siendo objeto del recurso que nos ocupa si el menor emancipado puede o no ser nombrado miembro de un Consejo de Administración de una sociedad anónima, la Dirección General, en esta Resolución de 24 de febrero de 1986, opta por negar esta posibilidad.

Son dos los argumentos que maneja la Dirección General: uno afecta a la capacidad del emancipado; el otro, a la imposibilidad de exigir responsabilidad al emancipado por algunas de sus actuaciones, si se le admitiera su capacidad.

Examinemos independientemente estos argumentos en los bloques siguiente:

1. Todos los menores emancipados hoy día tienen menos de dieciocho años y algunos menos de dieciséis.

Con ello, la Dirección General nos viene a significar la baja edad a la que una persona puede verse emancipada. Pero el menor de edad tiene disminuida su capacidad de obrar, pero no su capacidad natural.

Cada vez es más frecuente que el Derecho conceda más valor a la capacidad natural frente a la capacidad de obrar. A este planteamiento responden las últimas reformas del Código Civil en materia de Derecho de familia.

La regla general, por tanto, es la capacidad del menor, y la excepción la constituyen las prohibiciones y limitaciones que a la misma se establecen. Ya sabemos que las normas prohibitivas y limitativas, como excepcionales que son, han de ser interpretadas restrictivamente.

¿Por qué se protege al menor emancipado? ¿Cuál es el interés jurídico necesitado de protección? Desde el punto de vista de nuestro Código Civil, con su visión patrimonialista y liberal, ese interés necesitado de protección es el patrimonio del emancipado, se trata de proteger el patrimonio del emancipado ante posibles actuaciones suyas irreflexivas, alocadas o impetuosas. Al mismo tiempo que con tales limitaciones se trata de proteger otros patrimonios de otras personas que no pueden defenderse por sí solas.

Este es el fundamento de otros artículos del Código Civil, como los artículos 181 y 184, en materia de ausencia, y para proteger al ausente, que no puede hacerlo por sí, o los artículos que regulan la tutela, para proteger al menor o incapaz que tampoco puede hacerlo por sí.

Precisamente por esto, en el campo del mandato, no surge ningún inconveniente para que el emancipado pueda ser mandatario, al amparo del artículo 1.716 del Código Civil. El mandante queda obligado por la actuación del emancipado dentro del campo del poder, «y sólo tiene acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto de las obligaciones de los menores». Problema distinto es el de las consecuencias de la actuación del emancipado, pero esto no afecta a su capacidad.

Vemos que todas las limitaciones que se imponen al emancipado derivan de la necesidad de proteger su patrimonio o el patrimonio de otras personas que no pueden hacerlo por sí. Cuando no surge esa necesidad de protección no hay limitaciones a la actuación del emancipado.

Es evidente la distinta reglamentación que hace el Código Civil, según el interés que resulta necesitado de protección.

Con el planteamiento actual, podríamos decir que el interés necesitado de protección es el de la familia, el patrimonio familiar.

Queda claro que con estas prohibiciones y limitaciones que se imponen en la esfera de actuación del emancipado no se trata nunca de proteger a quien puede defenderse por sí. Se trata de proteger al menor emancipado, porque puede ser engañado, y porque como consecuencia de ese engaño puede verse disminuido su patrimonio u otros patrimonios de personas que no pueden defenderse por sí.

De todo lo anterior podemos deducir que no cabe dictar reglas interpretativas contrarias a la *ratio iuris* de las normas.

Además de todo lo anterior, y como consideración de carácter extra-jurídico, hay que observar que la disminución de la edad de comienzo del estado de la mayor edad viene motivado por una evolución positiva de nuestra civilización, que hace que los jóvenes lleguen antes a un estado de madurez. Entiendo que de esta circunstancia no debe derivarse una

interpretación restrictiva de las normas que regulan la menor edad o la emancipación.

2. El artículo 82 de la LSA —continúa argumentando la Dirección General— debe ser interpretado dentro del régimen general de la capacidad exigida para ser factor o gerente de una empresa mercantil, individual o social. La representación que incumbe al Consejo de Administración que se extiende a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa, hace que los administradores sociales tengan en su conjunto el carácter de factores, y deban tener, por tanto, la capacidad necesaria para obligarse con arreglo al Código de Comercio, es decir, la capacidad legal para el ejercicio del comercio.

Da la Dirección General a los administradores sociales el carácter de factores, exigiéndoles la capacidad legal para el ejercicio del comercio.

Pero los factores no tienen por qué ser comerciantes. No parece entonces necesaria la capacidad para el ejercicio del comercio. El artículo 282 del Código de Comercio dispone que «el factor deberá tener la capacidad necesaria para obligarse con arreglo a este Código y poder de la persona por cuya cuenta haga el tráfico».

¿Hay que exigir al factor capacidad para ser comerciante, aunque no lo sea? ¿Por qué el emancipado puede ser mandatario *ex* artículo 1.716 del Código Civil, y no puede ser factor, cuando el factor es un representante del comerciante?

Definido el concepto de factor en el artículo 283 del Código de Comercio, es claro que el factor es un representante, cuyo ámbito de actuación y facultades derivarán del poder que se le haya otorgado. El artículo 282 del Código de Comercio sólo le exige la capacidad necesaria para obligarse con arreglo al mismo Código.

El artículo 282 del Código de Comercio obliga a examinar cuál es la capacidad necesaria para obligarse con arreglo al Código.

Dispone el artículo 50 del Código de Comercio que: «Los contratos mercantiles en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción, y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en las leyes especiales por las reglas generales del Derecho común».

Si acudimos a las normas civiles, llegamos al artículo 1.716 del Código Civil, que permite a los menores emancipados ser mandatarios.

Nos encontramos que la aplicación de las normas civiles procede por una doble vía: porque el factor es un mandatario, al que habrá que aplicar las normas comunes del mandato, y porque al factor se le exige la capacidad necesaria para obligarse, que viene regulada en las normas civiles, por aplicación del artículo 50 del Código de Comercio.

No procede entonces la aplicación del artículo 4 del Código de Comercio, que establece que «tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes», porque el factor no tiene por qué ejercer habitualmente el comercio (puede no ser comerciante).

Al no quedar vinculados sus bienes por el ejercicio de su actividad, sino los bienes del comerciante, no tienen sentido las restricciones que a su actuación se puedan oponer por el hecho de ser un menor eman-

cipado. Su principal le nombró conociendo tal situación, y será el principal el responsable de lo actuado por el factor.

El emancipado, como factor, no ejerce el comercio.

Es lógico que se impongan limitaciones cuando es el propio emancipado el que va a ejercer el comercio en su propio nombre, y que para su ejercicio habitual del comercio se exijan los requisitos que señala el artículo 4 del Código de Comercio con las notas que le da la Dirección General en el tercer considerando de esta Resolución.

Pero esas limitaciones no proceden cuando el emancipado, como factor, interviene en representación de otro, que puede defenderse por sí, y que en un acto de voluntad y conociendo las consecuencias que se pueden derivar para él de la actuación del emancipado le nombra factor.

No hay inconveniente, a mi juicio, para que el emancipado pueda ser nombrado factor. De ahí la distinta redacción de los artículos 4 y 282 del Código de Comercio; el primero habla de «menores de edad» porque se refiere al ejercicio del comercio en nombre propio; el segundo sólo exige para ser factor, además de poder suficiente, «la capacidad necesaria para obligarse con arreglo a este Código».

Pasemos entonces al examen del artículo 82 de la LSA, que niega la posibilidad de que puedan ser administradores de una sociedad anónima «los menores».

¿Cuál es la naturaleza jurídica del cargo de administrador? El Código de Comercio, en su artículo 22, partía de la consideración de los administradores como mandatarios; los administradores amovibles de las compañías anónimas son —art. 156— sus mandatarios, y mientras observen las reglas del mandato no estarán sujetos a responsabilidad personal ni solidaria por las operaciones sociales. La Ley de Sociedades Anónimas huye de esta fórmula, acudiendo al concepto de órgano y estableciendo su regulación. Pero, ¿a qué normas habremos de acudir en esta materia, para todo aquello que no se halle establecido en la ley especial? El precedente del Código de Comercio, la destitución *ad nutum* del artículo 75 de la LSA y la alusión a la diligencia de un representante leal que hace el artículo 79 de la LSA nos conducen a la figura del mandato.

Si admitimos que el emancipado pueda ser factor, habremos de admitir la posibilidad de su nombramiento como administrador de una sociedad anónima, que el emancipado queda fuera de la expresión «menores» del artículo 82 de la LSA, expresión que, en cuanto limitativa, debe ser interpretada restrictivamente.

Si consideramos que el emancipado puede aportar dinero a una sociedad anónima sin el consentimiento de sus padres o tutores (al amparo del artículo 323 del Código Civil), no dejaría de ser incongruente que no le permitiéramos administrar la sociedad a la que ha aportado su dinero.

La sociedad que nombra como administrador suyo a un emancipado no necesita ser protegida por la Ley.

3. Continúa la Dirección General exponiendo que quienes no pueden ejercer el comercio no pueden tener cargo ni intervención directa en compañías mercantiles (arts. 13 y 14 del Código de Comercio), y en especial no pueden ser administradores de una sociedad anónima «aquellos que por razón de su cargo no pueden ejercer el comercio» (art. 82 de la LSA), a lo cual hay que objetar:

a) Que los administradores, por aplicación de las disposiciones que regulan el régimen jurídico de los factores no ejercen el comercio, como antes hemos visto.

b) Los artículos 13 y 14 del Código de Comercio no señalan la emancipación como causa de incapacidad o de prohibición para el ejercicio del comercio, ni dicen que los emancipados no puedan tener intervención directa en compañías mercantiles o industriales.

c) La aseveración del artículo 82 de la LSA de que no pueden ser administradores de una sociedad anónima «aquellos que por razón de su cargo no pueden ejercer el comercio», es claro que no va referida a los emancipados, que no ostentan ningún cargo que les impida ejercer el comercio, sino que esta prohibición afecta a los profesionales que desempeñan los cargos a que se refiere el artículo 14 del Código de Comercio.

4. En su quinto considerando razona esta resolución que la exigencia de la mayoría de edad, entendida estrictamente responde a la necesidad de que al frente de la administración de la sociedad que puede tener una envergadura económica muy grande estén personas que tengan plena capacidad para asumir la consiguiente responsabilidad frente a la sociedad, frente a los accionistas, frente a los acreedores y frente al Fisco, y una de las mayores garantías del ejercicio correcto del comercio y del cargo viene constituida por la posible responsabilidad penal en que se puede incurrir, mientras que el emancipado menor de dieciséis años está exento de responsabilidad penal, y si los ha cumplido ya, goza de una circunstancia atenuante.

Salimos ya del problema de la capacidad del emancipado para entrar en el de su posible falta de responsabilidad por los actos que realice.

Esta argumentación nos lleva a estudiar el ámbito de actuación de los administradores. Señala el artículo 76, 2, de la LSA que: «En todo caso, la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa».

Los administradores tienen un poder ilimitado en el ámbito del giro o tráfico de la empresa, en la esfera de la administración, no en la de la disposición. Por tanto, con carácter general, los administradores no tienen facultad de disposición. De la naturaleza de la función de administrador de una sociedad anónima no se desprende la facultad de disposición.

Bien sabemos, sin embargo, que:

1) Hay objetos sociales que implican actos de disposición, pero los actos de los administradores en cumplimiento de ese objeto, aunque impliquen disposición, son actos de administración. Así, por ejemplo, la sociedad que tenga por objeto social la compra, venta y explotación de valores mobiliarios, necesariamente ha de venderlos y recomprarlos en los momentos que sus administradores consideren conveniente, pero esos actos de venta y recompra no son actos de disposición, sino de administración. Si los administradores no vendieran y recompraran podrían ser responsables de una mala administración.

2) La práctica nos demuestra que cada vez con más frecuencia se conceden a los administradores facultades amplísimas, que abarcan la disposición de bienes. Pero las mismas se conceden para el cumplimiento del objeto social, de forma que la realización por los administradores

de esos actos de disposición sólo serán admisibles en cuanto exigidos por el cumplimiento del objeto social.

Podemos señalar distintos supuestos en la actuación del administrador:

a) *Que desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante legal.*—Será el supuesto normal. Hemos de partir de una presunción de inocencia, que recoge incluso nuestra Constitución. Esta actuación, dentro de su esfera de competencia, no dará lugar a ningún tipo de responsabilidad a cargo del emancipado. Responderá a la confianza que en él se ha depositado.

b) *Que actúe de buena fe, pero incurriendo en error en su gestión.*—En este caso no hay responsabilidad penal por parte del emancipado. Será la sociedad —que le nombró libremente— la que sufra las consecuencias de una mala gestión realizada por el administrador. En este caso, sea el administrador emancipado o sea mayor de edad, a la sociedad no le queda otro recurso que la separación, que puede ser acordada en cualquier momento por la Junta General al amparo del artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas.

c) *Que el administrador obre por malicia, abuso de facultades o negligencia grave.*—A este supuesto se refiere el penúltimo considerando de la Resolución. Señala el artículo 79 de la LSA que: «Los administradores... responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave».

Cabe señalar aquí que el mandatario en la esfera civil también puede actuar con malicia, abuso de facultades o negligencia grave, y que la actuación del mismo puede perjudicar a la otra parte contratante o a terceros, sin que por ello el Código Civil prohíba tal posibilidad.

Son estos supuestos los que necesitan de una regulación, sin por ello vulnerar la regla general de la capacidad del emancipado. Es necesario encontrar otras vías de defensa.

A este planteamiento responden soluciones legislativas a problemas semejantes, como la recogida en el artículo 10, 8, en la nueva redacción del Título Preliminar del Código Civil.

También puede servir a este propósito la aplicación de la doctrina del fraude de ley.

No veo inconveniente en aplicar la responsabilidad que se deriva de la actuación del emancipado prevista en el artículo 1.716 del Código Civil o la obligación de restituir que establece el artículo 1.304 del mismo cuerpo legal.

d) También cabe que el nombramiento de un emancipado como administrador se realice con el propósito de ocultar al verdadero administrador evitando así la responsabilidad del último. Es claro, sin embargo, que normalmente no ocurre así. Una sociedad nombra a un administrador principalmente por motivos de confianza, y confiando en su madurez. Si se produce el primer caso la solución no consiste en negar la capacidad del emancipado, sino en aplicar las normas que regulan la simulación.

De todo lo anterior creo que se pueden derivar las siguientes conclusiones:

1.ª La regla general que regula la esfera de actuación del emancipado es la de su capacidad.

2.ª La excepción la constituyen las prohibiciones o limitaciones que a su capacidad se establecen.

3.ª La interpretación que hagamos de las normas no puede ser contrario a la *ratio iuris* de las mismas. Las prohibiciones que se imponen al emancipado deben ser interpretadas restrictivamente.

4.ª Reconocida en el artículo 1.716 del Código Civil al emancipado su capacidad para ser mandatario, el mismo criterio debe aplicarse respecto de su capacidad para ser factor.

5.ª Los administradores, como su nombre indica, administran, y los actos que realicen son actos de administración, aunque impliquen disposición de bienes.

6.ª Son los posibles abusos, que constituyen excepción, los que han de ser evitados, y ello requiere el examen individualizado de los mismos.

7.ª Negar la posibilidad de que el emancipado pueda ser administrador de una sociedad anónima, aunque ante particulares circunstancias pueda tener justificación, no la tiene como regla general, porque tal negativa es contraria a todo el sistema de normas.

8.ª Debe ser caso por caso, y ante los Tribunales de Justicia, como se determine la validez de los actos realizados por el emancipado, evitándose así los posibles abusos que puedan surgir.

J. R. M.

LA REVOCACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DE CONSEJERO-DELEGADO INSCRITA EN EL REGISTRO MERCANTIL PERJUDICA A TERCERO DESDE LA FECHA DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN. LOS DATOS IDENTIFICADORES DEL BIEN HIPOTECADO EXIGIDOS POR EL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO DE HIPOTECA MOBILIARIA TIENEN CARÁCTER MERAMENTE ENUMERATIVO Y SÓLO SON TAXATIVOS AQUELLOS QUE PERMITAN CONSEGUIR UNA PERFECTA IDENTIFICACIÓN DE AQUÉL.

Resolución de 2 de abril de 1986 (B. O. del E. del 25 de abril).

I. *Hechos*.—Mediante escritura autorizada por el Notario de Barcelona don Bartolomé Masoliver Ródenas el día 19 de octubre de 1982, la Compañía Mercantil «Pirineos Espot, Sociedad Anónima», representada por don Jaime Domenech Ferrer en su calidad de consejero-delegado, procedió a constituir hipoteca mobiliaria a favor de la Entidad «Barcinova, Sociedad Anónima» —que representada por medio de apoderado acepta—, en garantía de un préstamo derivado de diversas operaciones comerciales mantenidas por las sociedades;

Don Jaime Domenech Ferrer fue nombrado consejero-delegado de la sociedad, por plazo de diez años y con todas las facultades legalmente delegables del Consejo de Administración, en escritura autorizada por el Notario de Barcelona don José Solís Lluch el 31 de enero de 1975, que

causó inscripción cuarta de la hoja abierta a la Entidad, manifestando el señor consejero-delegado hallarse en el pleno ejercicio de su cargo en el momento de otorgar la escritura calificada;

Fueron hipotecados tres remotes mecánicos, propiedad de «Pirineos Espot, Sociedad Anónima», denominados «Telesilla Estanyets», «Telesquí del Bosque» y «Telesquí Debutantes», que se describen en la escritura calificada de la siguiente forma: «1.º Denominación 'Telesilla Estanyets', que se compone de: Una estación motriz (fija), con las correspondientes conexiones eléctricas a la línea principal. Una estación de reenvío (móvil tensora). Una polea de tensión. Un pórtico completo, con apoyo de poleas y balancines. Diecisiete pilonas intermedias con cabezal, balancines y poleas. 1.882 metros de cable de acero de 302 milímetros. Ciento sesenta y ocho sillas biplazas basculantes con asientos de madera. Un motor principal eléctrico de 150/100 C. V. Un motor auxiliar, término de 100 C. V. Líneas de seguridad, telefonía y megafonía. Tres casetas prefabricadas de madera y obra y servicios de taquilla. Dos plataformas de madera con tratamiento especial para accesos» y las otras dos se describen en forma análoga.

Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Sort el día 5 de enero de 1983, fue suspendida la inscripción y tomada en su lugar anotación preventiva de suspensión; que presentada nuevamente el día 23 de junio de 1983 fue calificada con nota idéntica a la anterior del siguiente tenor: «Suspendida la inscripción del presente documento, que ha sido nuevamente presentado a las once horas del día 23 de junio del actual, con el asiento número 7 del diario número 1 de Hipotecas Mobiliarias y de Prendas sin Desplazamiento y, en su lugar, tomada anotación preventiva por plazo legal de sesenta días, en el tomo número 1, de Hipoteca Mobiliaria, folios 8, 9 y 10, Hipotecas Mobiliarias 6, 7 y 8, anotaciones letras B respectivamente, por adolecer dicho documentos de los defectos subsanables siguientes: 1.º No haberse acreditado el que la Compañía «Pirineos Espot, Sociedad Anónima», haya ratificado el préstamo de hipoteca mobiliaria, a que se refiere la escritura que causa esta nota, pues según consta de certificación del Registro Mercantil de Barcelona, de fecha 21 de febrero de 1983, el compareciente que actúa como consejero-delegado había sido cesado en tal cargo con anterioridad a la fecha del otorgamiento de la meritada escritura. 2.º No se hace constar la serie y número de los motores que se hipotecan juntamente con los demás elementos, a tenor de lo que preceptúan los artículos 15 y 16, 6.º, del Reglamento de la Ley Hipotecaria Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de posesión.—Sort, 4 de julio de 1983.—El Registrador.—Firma ilegible».

Don Angel Montero Brusell, en representación de «Barcinova, Sociedad Anónima», y de don Jaime Domenech Ferrer interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: en cuanto al primer defecto, que el señor Registrador no tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo 1.738 del Código Civil, según el cual lo hecho por el mandatario que ignora la revocación del mandato es válido y surte efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe; que, en interpretación del artículo 1.738 del Código Civil, el Tribunal Supremo tiene declarado en Sentencia de 10 de julio de 1946 que por ser la revocación del mandato una declaración de voluntad unilateral y recepticia es preciso que ésta

llegue a conocimiento del mandatario para que produzca, con respecto a él, sus naturales efectos, lo que, *a contrario sensu*, significa que se requiere el conocimiento por el mandatario de la extinción del mandato para que sean válidos sus actos posteriores a la revocación; que la primera noticia relativa al cese de don Jaime Domenech Ferrer la tuvieron los mandantes del recurrente con motivo de la solicitud de inscripción de la escritura calificada, no habiéndose practicado notificación alguna a la Entidad «Barcinova, Sociedad Anónima», ni al citado don Jaime; que debe protegerse la buena fe de «Barcinova, Sociedad Anónima», sin que quepa oponer el artículo 2.º del Reglamento del Registro Mercantil, que por ser norma de rango inferior no puede alterar lo prescrito en el artículo 1.738; que además, en el presente caso el señor Registrador Mercantil de Barcelona no obró correctamente, pues, detectado un defecto en la escritura en que se cesa a don Jaime Domenech, en lugar de suspender la inscripción por no haber asistido don Jaime Domenech a la reunión del Consejo de Administración, practicó la inscripción y advirtió que debía subsanarse el defecto; en cuanto al segundo defecto aducido en la nota, que las circunstancias expresadas en el artículo 16, 6.º, del Reglamento de Hipoteca Mobiliaria son enunciativas, ya que lo que se exige es que las máquinas hipotecadas estén perfectamente identificadas, y en la escritura calificada cada una de las máquinas están identificadas por su composición, ubicación, extensión, potencia de los motores y elementos auxiliares y accesorios.

El Registrador de la Propiedad de Barbastro emitió informe y alegó en cuanto a los hechos, que mediante certificación expedida por don Fernando Riera Aisa, Registrador Mercantil de Barcelona y su provincia, el 21 de febrero de 1983, se acredita que don Jaime Domenech Ferrer, en el momento del otorgamiento de la escritura calificada había cesado como consejero-delegado de «Pirineos Espot, Sociedad Anónima»; que en cuanto al primer defecto, el artículo 1.259 del Código Civil declara nulos los contratos celebrados a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal, salvo que sean debidamente ratificados; que el artículo 1.727, 2.º, del Código Civil establece que en lo que se haya excedido el mandatario no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifique expresa o tácitamente, siendo este precepto aplicable al caso de ausencia total de poder, según Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1944, ya que la *ratio legis* es la misma; que el artículo 291, 2.º, del Código de Comercio en relación con el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, se deduce que una vez inscrita la revocación de poderes, lo actuado por el factor mercantil es nulo respecto de terceros; que la presunción *iuris tantum* de buena fe del tercero, a que se refiere el artículo 1.738 del Código Civil, quiebra o se destruye por la publicidad del Registro Mercantil, cuya finalidad no es otra que la de dotar de seguridad al tráfico jurídico en la contratación mercantil, por lo que los terceros no pueden alegar ignorancia de los actos y contratos inscritos; que el Reglamento del Registro Mercantil no contraviene al Código, pues el artículo 2.º del Código de Comercio no sólo enumera las fuentes reconocidas, sino que determina el orden jerárquico, resultando que el Código Civil se aplica sólo como Derecho supletorio, abundando en esta idea tanto el artículo 50 del propio Código de Comercio como el artículo 4, 3.º, del Código Civil; que aun cuando el recurrente pone en tela de juicio

determinados asientos practicados en el Registro Mercantil, al artículo 1.º, párrafo tercero, del Reglamento del Registro Mercantil establece una presunción de validez del contenido de los libros del Registro y pone sus asientos bajo la salvaguardia de los Tribunales, de donde se deduce que el Registrador de la Propiedad queda vinculado en su calificación por esa presunción de validez; en cuanto al segundo defecto, que conforme a los artículos 15 y 16 del Reglamento de Hipoteca Mobiliaria, además de las circunstancias generales de toda escritura de hipoteca, «expresarán necesariamente» una serie de datos que en este supuesto concreto no se dan; que el informante no entra en el carácter enunciativo o exhaustivo de dichos artículos sino en la necesidad de proteger los intereses de los acreedores con una mayor identificación de los elementos que se hipotecan, pues de lo contrario sería fácil burlar esos intereses; que sería el primer caso en que unos motores y máquinas no tuvieran una numeración identificadora, pero si así fuera, hubiera bastado una certificación expedida por la casa constructora o por la correspondiente autoridad del Ministerio de Industria con los datos técnicos descriptivos de las instalaciones que se hipotecan.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó auto confirmando la nota del Registrador, abundando en las razones vertidas por éste en su informe, y especialmente que en el cauce procesal específico y limitado del artículo 112 del Reglamento Hipotecario no pueden resolverse las posibles irregularidades en la adopción de determinados acuerdos ya inscritos en el Registro Mercantil, alegadas por la parte recurrente, máxime si se tiene en cuenta que el principio de legitimación registral —artículos 1.º y 3.º del Reglamento del Registro Mercantil— establece una presunción de validez del contenido de los libros del Registro que vincula al Registrador de la Propiedad en su calificación.

El recurrente se alzó de la decisión presidencial alegando los mismos fundamentos esgrimidos en el escrito de interposición, y

Solicitado en ampliación para mejor proveer, *informe del Notario autorizante* de la escritura calificada, el mencionado funcionario en escrito de 30 de abril de 1985 alegó: Que conviene primero clarificar los hechos que motivan el presente expediente; que por escritura autorizada por el Notario de Barcelona don José Solís Lluch, el 31 de enero de 1975 y que fue inscrita en el Registro Mercantil, se nombró a don Jaime Domenech Ferrer consejero-delegado de «Pirineos Espot, Sociedad Anónima», por un plazo de diez años; que en otra escritura autorizada el 17 de agosto de 1982 en que se formalizaban los acuerdos adoptados por la Junta general ordinaria y extraordinaria de accionistas celebrada el 25 de junio de 1982, a la vez que la sesión del Consejo de Administración de esa misma fecha en la que se indica que asistió la totalidad de sus miembros, y que se adoptó por este Consejo, entre otros, el acuerdo de cesar a don Jaime Domenech Ferrer como consejero-delegado de dicha Sociedad; que copia de esa escritura fue presentada en el Registro Mercantil de Barcelona el 20 de septiembre de 1982 y motivó su inscripción el día 19 de octubre del mismo año; que ese mismo día 19 de octubre de 1982, don Jaime Domenech Ferrer manifestando actuar como consejero-delegado de «Pirineos Espot, Sociedad Anónima», otorgó ante Notario informante escritura de constitución de hipoteca inmobiliaria a favor de «Barcinova, Sociedad Anónima»; que el señor Domenech acreditó en el acto del

otorgamiento su cargo de consejero-delegado mediante copia auténtica de la escritura de nombramiento debidamente inscrita en el Registro Mercantil y manifestó además hallarse en el pleno ejercicio de su cargo; que presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Sort, el 5 de febrero de 1983, fue debidamente inscrita; que el mismo 19 de octubre de 1982 el mencionado señor Domenech en las mismas condiciones y circunstancias que figuran en la escritura, otorgó, igualmente ante el Notario informante y a favor también de «Barcinova, Sociedad Anónima», una escritura de constitución de hipoteca mobiliaria que afectaba a dos remotes mecánicos situados en una finca rústica en término de Espot; que en escritura autorizada por el Notario de Barcelona don José María Lozano Gómez el 11 de febrero de 1983, el presidente y secretario del Consejo de Administración de «Pirineos Espot, Sociedad Anónima», hicieron constar error padecido en la certificación de la reunión del Consejo de Administración de fecha 25 de junio de 1982, expedida por los propios comparecientes; que el error padecido consistió en que no asistieron todos los consejeros a dicha reunión, sino sólo tres de sus cuatro componentes, faltando el cuarto consejero, don Jaime Domenech Ferrer, y esta escritura fue presentada en el Registro Mercantil de Barcelona el 18 de febrero de 1983, inscribiéndose el mismo día; que por acta autorizada ante mí, el 24 de marzo de 1983, el señor Domenech requirió a «Pirineos Espot, Sociedad Anónima», para que se le expidiera certificación literal de todos los acuerdos adoptados en las Juntas generales celebradas el 25 de junio de 1982, y que tal requerimiento fue contestado mediante acta autorizada por el Notario de Barcelona don José María Lozano Gómez el 8 de abril de 1983, en la que se le entregó aparte de las certificaciones solicitadas y la del Consejo de Administración una carta del actual consejero-delegado de la Sociedad don Víctor Sagi Vallmitjana; y que habiendo sido presentada en el Registro de la Propiedad de Sort el 5 de enero de 1983 la escritura de constitución de la hipoteca mobiliaria y extendida la nota de calificación habrá que señalar lo que a continuación se indica: Que don Jaime Domenech desconocía que le había sido revocado el cargo de consejero-delegado al no haber asistido a la reunión del Consejo y no haberle sido notificada la revocación; que, por tanto, se trata de saber si debe prevalecer la apariencia creada al no notificar «Pirineos Espot, Sociedad Anónima», al señor Domenech la revocación de su cargo y permitirle que conservara en su poder la copia de la escritura de su nombramiento, inscrita en el Registro Mercantil o si por el contrario debe prevalecer el principio de publicidad material, recogido en el artículo 26 del Código de Comercio y en el artículo 2.º del Reglamento del Registro Mercantil, al constar inscrito en éste la revocación del cargo de consejero-delegado; que este cargo tiene la misma naturaleza que la de los miembros del Consejo de Administración, y aunque se discutía si la relación era de mandato o de arrendamiento de servicios, hoy en día se admite tal como lo recoge la propia Ley que se trata de un órgano; que a continuación se extiende en las discusiones doctrinales sobre las consecuencias de esta distinción, fijándose especialmente en si subsisten las facultades del consejero-delegado a pesar de la revocación de su nombramiento y de haberse inscrito ésta en el Registro Mercantil; que si bien la Ley de Sociedades Anónimas no resuelve este problema, del artículo 279 del Código de Comercio respecto de la comisión mer-

cantil y del 291 respecto del factor, resulta la validez de los actos y contratos ejecutados por ambos siempre que sean anteriores al momento en que llegue a noticias de éstos la revocación de sus poderes; que lo mismo se deduce del artículo 21, 6.º, del mismo cuerpo legal, así como de los artículos 1.733, 1.734 y 1.738 del Código Civil, en cuyo comentario se extiende; que este punto de vista lo confirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 5 de diciembre de 1958 y 3 de julio de 1976), sobre la base de protección de la confianza en la apariencia frente a la realidad jurídica; que lo mismo puede deducirse del artículo 26 del Código de Comercio y del artículo 2.º, párrafo segundo, del Reglamento del Registro Mercantil, que recogen en su aspecto positivo y negativo el principio de publicidad material del Registro; que *la clave de la cuestión está en determinar en qué momento se producen los efectos de dicha publicidad material del Registro Mercantil*, ya que respecto del Registro de la Propiedad el artículo 24 de la Ley Hipotecaria es claro al establecer que será la fecha del asiento de presentación, pero ni el Código de Comercio ni el Reglamento del Registro Mercantil contienen una norma parecida; que por el contrario, el artículo 26 del Código de Comercio dispone que los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción; que ante el silencio de la legislación mercantil, algún autor entiende que es aplicable la norma del artículo 24 de la Ley Hipotecaria en base a la remisión que la disposición adicional 4.ª del Reglamento del Registro Mercantil hace al Reglamento Hipotecario, y aun cuando este texto legal no hace referencia a ninguna norma sobre este particular cree, no obstante, aplicable el artículo 24 de la Ley en base al artículo 345 del Reglamento Hipotecario, así como que todo el título I del Reglamento del Registro Mercantil está construido sobre la base de que el asiento de presentación es el iniciador de la producción de efectos registrales respecto a los títulos de que se refiera y expresamente lo establece para el recurso gubernativo; que frente a estos argumentos cabe oponer que la casi unanimidad de la doctrina mercantilista española tiende a separar el Registro Mercantil del de la Propiedad y sobre todo porque la remisión que hace el Reglamento del Registro Mercantil al Hipotecario, lo es exclusivamente en publicidad formal, pero no en la material y que falta un precepto tan claro e importante como el artículo 24 de la Ley Hipotecaria para que se pueda destruir la categórica afirmación del artículo 26 del Código de Comercio, de que los documentos inscritos sólo producen efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción; que consecuencia de ello es que en el caso concreto de este recurso los efectos de la publicidad material se han producido a partir del día 19 de octubre de 1982, fecha en la que se practicó la inscripción de la revocación del cargo del consejero-delegado; y que al haber otorgado éste ese mismo día la escritura de constitución de hipoteca mobiliaria habrá de considerársela plenamente eficaz, y así se deduce de la Sentencia de 29 de noviembre de 1949, que ha ido todavía mucho más allá en la protección de la apariencia creada por quien normalmente actúa en nombre de la Sociedad; que la escritura de constitución de hipoteca inmobiliaria, otorgada ese mismo día y por el mismo consejero-delegado, fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Sort y en base a la misma apariencia y fuerza legitimadora que presentaba aquélla debe ser inscrita la escritura de constitu-

ción de hipoteca mobiliaria; que en cuanto al segundo defecto, se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo del Reglamento de la Ley de Hipoteca Mobiliaria que ha de entenderse en relación con la propia Ley y de su exposición de motivos, pues es suficiente con que se consigne la identificación de los bienes hipotecados deseada por el legislador.

La Dirección General, revisado parcialmente el auto presentado, confirma el defecto de la nota del Registrador en base a los siguientes

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.734 y 1.738 del Código Civil; 21, 6.º, 24, 26, 279, 290 y 291 del Código de Comercio; 2, 2.º y 3.º, 86, 6.º, 110 y disposición adicional 4.ª del Reglamento de 14 de diciembre de 1956; 345 del Reglamento Hipotecario; 13, 2.º, y 43, 1.º, de la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954 y 16, 6.º, del Reglamento para su ejecución de 17 de junio de 1955 y la Resolución de 19 de diciembre de 1985;

Considerando que antes de entrar propiamente en el análisis del defecto primero de este recurso, conviene indicar que al examinar el Registrador de la Propiedad los documentos inscritos en el Registro Mercantil no puede realizar una nueva calificación sobre los mismos, ya que ello supondría una revisión de la anteriormente hecha que dio lugar al asiento correspondiente y que, según el artículo 1, 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos hasta tanto no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud;

Considerando que el recurrente señala en su escrito de interposición e insiste en el de apelación, que no debió el Registrador Mercantil practicar la inscripción del acuerdo del Consejo de Administración por el que se revocaba la delegación de facultades que tenía concedida con anterioridad uno de los consejeros, debido a que al haber apreciado un defecto subsanable, lo que procedía era la anotación de suspensión hasta tanto se presentase el nuevo documento subsanatorio, y como esto tuvo lugar mediante escritura autorizada el 11 de febrero de 1983 presentada e inscrita en el 18 del mismo mes en el Registro Mercantil, es a esta última fecha a la que hay que referirse como la de acceso al Registro de la mencionada revocación de facultades;

Considerando que la anterior alegación no aparece fundada, ya que de la certificación registral acompañada al presente expediente resulta que: 1.º La escritura de 17 de agosto de 1982, en que entre otros, se formalizaba el acuerdo adoptado por el Consejo de Administración, de cesar al consejero-delegado y del que se certifica asisten todos sus miembros, no podía ser conocida en ese momento esta última inexactitud, como es natural, por el Registrador al tratarse de una declaración contenida en el acta bajo la fe del secretario, y por eso procedió (inscripción octava) a extender el asiento solicitado el día 19 de octubre del mismo año, sin haber señalado la existencia de defecto alguno, lo que hacía imposible suspender la práctica del asiento mediante la correspondiente anotación tal como pretende el recurrente. 2.º La escritura de 11 de febrero de 1983, inscrita el 18 del mismo mes (inscripción décima), aclaró que de los cuatro miembros del Consejo de Administración sólo habían asistido tres, y que faltó precisamente el que ostentaba el cargo de consejero-delegado, que le había sido revocado, y al margen de la inscripción octava, se hizo

constar lo sucedido mediante el empleo del término subsanada que también se emplea en la inscripción décima, expresión inadecuada, que ha podido originar la confusión de quien ha interpuesto el recurso. 3.º La diferencia entre una y otra certificación atribuida según el certificante a un error padecido —que supone al menos el desconocimiento por el consejero-delegado cesado de haberle sido revocadas sus facultades— puede tener sus consecuencias en aspectos que quedan al margen del recurso, pero no a los efectos propiamente registrales, ya que el acuerdo se adoptó con el *quorum* de asistencia legal requerido, o sea, la mitad más uno, y por votación unánime de los asistentes (véase art. 78, 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas);

Considerando, por tanto, que la cuestión a resolver en este primer defecto de la nota no es otra que la de saber si es o no inscribible la escritura de hipoteca mobiliaria otorgada por el consejero-delegado de una sociedad, al que no se ha notificado la revocación de su nombramiento, escritura que aparece autorizada el mismo día que se practica en el Registro Mercantil la inscripción de su cese en virtud del título correspondiente que fue presentado en dicho Registro aproximadamente un mes antes del día en que se inscribió dicho cese;

Considerando que al no haber notificado la sociedad al consejero-delegado su cese, la apariencia que puede crearse al conservar éste la copia auténtica de la escritura de su nombramiento, con nota de haber sido inscrito el cargo en el Registro Mercantil, y a la vez poder ignorar la renovación que ha tenido lugar, puede llevarle a realizar actos, en los que la sociedad quedaría obligada en base al principio de seguridad de tráfico de suma importancia en materia mercantil, y que aparece establecido entre otros en los artículos 279 y 290 del Código de Comercio, siempre a salvo los supuestos en que ha de prevalecer el principio de publicidad del Registro Mercantil establecido en el artículo 26 del Código de Comercio y artículo 2.º del Reglamento del Registro Mercantil, una vez se haya inscrito la revocación de las facultades que como consejero-delegado ostentaba;

Considerando, en efecto, que la lectura de los artículos 21, 6.º, 24, 26 y 291 del Código de Comercio, así como de los artículos 2, 2.º, 86, 6.º, y 110 del Reglamento del Registro Mercantil ponen de relieve la importancia del denominado principio de publicidad en su aspecto material, por el que el tercero se ve perjudicado desde la fecha de inscripción en el Registro, una vez que el documento —en este caso cese como consejero-delegado— se haya inscrito;

Considerando, por tanto, que los efectos frente a terceros de la revocación realizada se producen al menos desde el día de su inscripción en el Registro Mercantil, y aunque no hay que olvidar que este Registro encuentra su principal fundamento en la legitimación de las situaciones jurídicas y en la autenticidad y fehaciencia de los documentos aportados, que lo diferencian del Registro de la Propiedad dirigido a la concreción y tutela de derechos, y por eso no cabe una absoluta equiparación entre ambos, no por eso hay que desconocer sus puntos de contacto puestos de manifiesto en el aspecto concreto que aquí interesa, a saber, en el artículo 2, 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil, que al tratar de la presunción de conocimiento —publicidad material— se refiere el contenido de todos los libros del Registro, entre los que se encuentra el

libro diario (art. 14 del Reglamento del Registro Mercantil) y en concordancia con este artículo y a través de la remisión que en materia de publicidad formal la disposición adicional cuarta hace al Reglamento Hipotecario, su artículo 345 señala que cuando al expedir una certificación sobre un asiento del libro de inscripciones existiese algún título pendiente presentado, se copiará este último título literalmente, preceptos ambos que autorizan a entender que la fecha de inscripción a que hace referencia el artículo 26 del Código de Comercio no puede ser otra que la de presentación del documento en el Registro Mercantil, con lo que en este aspecto se coincide con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria;

Considerando que al haberse presentado la escritura de revocación de facultades del consejero en el Registro Mercantil el 20 de septiembre de 1982, a partir de esta fecha se producirán los efectos frente a tercero, por lo que al estar autorizada la escritura calificada el 19 de octubre queda afectada por la publicidad material del Registro;

Considerando que el segundo defecto, por el contrario, debe ser revocado, ya que en la escritura se verifica una descripción muy detallada de los tres remotes mecánicos hipotecados con sus accesorios que permitan una identificación de los bienes que han sido objeto de hipoteca, tal como señala el artículo 13, 2.º, y 43, 1.º, de la Ley, y en este sentido hay que entender que la minuciosa enumeración del artículo 16 del Reglamento tiene esta finalidad identificadora, pero que es simplemente enumerativa, y que la falta de mención de uno de sus datos, cuando los demás aparecen perfectamente detallados, no debe ser exigido.

COMENTARIO.—I. No resisto la tentación de encabezar el comentario con un interrogante que, a todo lector mínimamente atento de los hechos, asalta con mayor o menor intensidad morbosa: ¿Cuál es la razón de que se inscribiera la escritura de hipoteca inmobiliaria en la que la representación de la sociedad hipotecante era idéntica a la descalificada en la que motivó el recurso, siendo así que ésta fue presentada el 5 de enero de 1983 y aquélla fue inscrita exactamente un mes después? Y por otra parte: ¿Quién pidió y quién aportó la certificación del Registro Mercantil acreditativa de la revocación del consejero-delegado?

Estas cuestiones van a quedar sin respuesta y, sin embargo, la segunda de ellas es singularmente importante, pues parece lo más seguro que el título era, al menos en cuanto al primer defecto, formalmente correcto —lo que puede explicar la inscripción de la escritura de hipoteca inmobiliaria—, ya que la vigencia de la representación —circunstancias extintivas, negativas, de la apariencia, positiva, resultante de la exhibición material del título inscrito— no tiene más control que la propia manifestación del representante en el documento. Aunque quizá la conclusión maximalista que puede obtenerse de la Resolución comentada es que en el ámbito de la representación mercantil no existe «apariencia»; de un lado, porque la exhibición material del título de representación no es imprescindible; de otro, porque su exhibición con las sacramentales protestas de vigencia no es definitiva; sólo la inscripción es verdadera: suple la carencia de aquél y afirma incontestablemente su vigencia —aun cuando el hecho obstativo sea conocido por el tercero para los defensores de la

no exigencia de buena fe en éste (1)—. Así pues, es la certificación del Registro Mercantil la única acreditativa de la existencia y subsistencia de la representación en el momento del otorgamiento de la escritura por el representante. Y al Registrador le invade la duda de si debe exigir su presentación en todo caso o simplemente encomendarse al albur que la ponga en sus manos.

II. Desde luego el escrito del recurrente se desmaya por momentos, si no lo apuntalara con su brillante informe, en ampliación para mejor proveer, el Notario autorizante de la escritura calificada, quien centra perfectamente la cuestión —el problema de las fechas no aparece ni en la nota ni en el informe del Registrador—, y del que lo único que puede decirse, al menos en la transcripción del BOE, es que le traiciona el subconsciente cuando después de la pírrica defensa de la «apariencia» concluye, sin solución de continuidad, en que la «clave de la cuestión está en determinar en qué momento se producen los efectos de dicha publicidad material del Registro Mercantil».

La Dirección dedica los tres primeros larguísimos Considerandos a aclarar algo que en circunstancias normales hubiera resuelto con un no ha lugar por extemporáneo; sin embargo, la actuación imputada al Registrador Mercantil por el recurrente debió causar tal perplejidad en el Centro Directivo que éste se vio en la necesidad de recabar la oportuna certificación que viene en cierta medida a explicar la confusión de aquél.

El cuarto Considerando plantea el primer defecto; en los quinto y sexto se decanta por la publicidad frente a la apariencia, y en el séptimo por la fecha del asiento de presentación frente a la de inscripción, estableciendo en el octavo la conclusión ineludible.

El último Considerando plantea y resuelve el segundo defecto, y del que lo único que voy a decir es que la Dirección interpreta que la detallada descripción exigida por el artículo 16 del RHM no tiene otra finalidad que la de conseguir la perfecta identificación del bien hipotecado (artículos 13, 2, y 43, 1, de la LHM), por ello tales datos tienen carácter meramente enumerativo y sólo taxativo el de los que sirvan para alcanzar aquélla.

III. El núcleo central del recurso es, pues, el llamado principio de publicidad material del Registro Mercantil, y la Dirección General acoge sin dificultad la postura que con sorprendente unanimidad (2) se manifiesta en la doctrina que sobrepone la publicidad a la apariencia.

El principio se formula, en su doble aspecto, positivo y negativo, en

(1) Sobre las diversas posturas en torno a la exigencia de buena fe en el tercero en cuanto a la publicidad negativa y en general el Registro Mercantil puede verse AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ: «La buena fe y el Registro Mercantil», en *Curso de Conferencias sobre Registro Mercantil*, año 1971, Madrid, 1972.

(2) Puede verse al efecto, amén de los manuales al uso, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ: «Auxiliares del empresario», en *Revista de Derecho Mercantil*, abril-junio 1959, vol. XXVII, núm. 72; EFRÉN BORRAJO DACRUZ: «Los auxiliares del comerciante en Derecho español», en *Revista de Derecho Mercantil*, enero-marzo 1957, vol. XXIII, núm. 63; y desde el punto de vista registral, JOAQUÍN GARRIGUES: «El Registro Mercantil en Derecho español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año VI, septiembre 1930, núm. 69; CASIMIRO GARCÍA JIMÉNEZ: «Los principios registrales en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», en *Revista de Derecho Notarial*, año V, núms. XVII-XVIII, julio-diciembre 1957; MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: «Nota sobre el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», en *Revista de Derecho Notarial*, año VI, núm. XIX, enero-marzo 1958, y B. CAMY: *Derecho Mercantil Registrable*, Pamplona, 1979, págs. 97 y ss.

el artículo 2 del RRM: «Se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos, y no podrá invocarse su ignorancia. Los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efectos respecto de terceros,...». Y 26 del Código de Comercio: «Los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros anteriores o posteriores, no registrados». (Manifestaciones singulares del principio en su aspecto negativo son los artículos 24 y 29 del Código de Comercio, en cuyo examen destallado no podemos entrar por exceder del contenido del comentario; singularmente el primero: «Las escrituras de Sociedad no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen; pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable», es manejado con fruición en el debate sobre sociedades irregulares (3); quizá pudiera apuntarse como conclusión más segura que los efectos de la publicidad negativa se refieren a los pactos y cláusulas del contrato de sociedad, no a los contratos celebrados entre la sociedad y los terceros y tampoco a la existencia de la sociedad. Por lo que hace al artículo 29: «Los poderes no registrados producirán acción entre el mandante y el mandatario; pero no podrán utilizarse en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto le fueren favorables», puede entenderse que el tercero podrá optar por la existencia o inexistencia del poder, pero no rechazar alguna de las cláusulas del contrato, ni mucho menos rechazarlo después de aceptado» (4).

Y en punto a revocación de poderes inscritos el principio puede formularse así: «Conforme al artículo 291 del Código de Comercio, en relación con las normas sobre publicidad material del Registro, si se inscribe la revocación, los terceros quedan sometidos a sus efectos respecto de los contratos que hayan celebrado posteriormente con el factor; en tanto que si no hay inscripción no se sentirán afectados por la revocación, a no ser que tengan conocimiento de ella, pues entonces —como dice NÚÑEZ LAGOS— se ha logrado el efecto de la publicidad sin hacerla» (igual, CÁMARA) (5). Sin que por otra parte se observe desviación alguna en la tesis al hablar de la representación orgánica, de la que puede decirse que es voluntaria en su nacimiento y extinción (6).

Si bien se mira, aunque el Registro Mercantil se haya calificado como «institución de terceros» (RGD de 29 de diciembre de 1914) —y así hay que entenderlo como instrumento de publicidad—, es lo cierto que lo que realmente beneficia al tercero es la no inscripción, pues aquél podrá aprovecharse del hecho no inscrito; y lo que realmente beneficia al comerciante es la inscripción, que el tercero no podrá desconocer. «La prueba en contrario de que efectivamente no lo conoció es irrelevante. Y se

(3) Ver sobre éstas la bibliografía citada en el irrelevante comentario a las Resoluciones de la Dirección General de 27 de febrero y 3 de marzo de 1986, perpetrado en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, mayo-junio 1986.

(4) Así, Díez-PICAZO: *La representación en Derecho privado*, Madrid, 1975, págs. 154-155.

(5) A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *ob. ult. cit.*, pág. 282, y recogida en la *ob. prim. cit.*, pág. 175. Si bien el último inciso, como ya se dijo, es sumamente discutido: no exigen buena fe en el tercero, GARRIGUES y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ; a favor de su exigencia, A. MENÉNDEZ y GARCÍA JIMÉNEZ, todos *obras citadas*.

(6) Así, GARRIGUES-URÍA: *Comentarios* ..., tomo II, págs. 74 y ss.

explica que sea así, si no se quiere barrenar por su base todo el sistema registral» (7).

Este terrible alcance de la inscripción —estímulo del comerciante y contrapeso de las, no menos terribles para él, consecuencias de su dejadez— se halla muy reforzado con la legitimación registral que de aquélla resulta; artículos 1 y 3 del RRM: los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán todos sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad, que no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme al contenido del Registro, contenido que se presume exacto y válido.

De aquí se sigue que, en cuanto al representante, su inscripción en el Registro Mercantil, le legitima en el plano material para la actuación en el tráfico, vinculando válidamente a la sociedad con terceros y a éstos con la sociedad, en el plano formal para el otorgamiento documental, y en el plano registral para la inscripción de los actos o contratos que realice. Por ello el párrafo 2 del artículo 4 del RRM puede disponer que será necesaria la previa inscripción de las facultades de los gerentes o administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos; lo que debe entenderse más que como expresión de un principio de tracto sucesivo, como una consecuencia lógica del valor atribuido a la inscripción del representante o de un principio de «previa inscripción», según ha sido calificado (8); por otra parte, no me parece seguro que esté pensando precisamente en la inscripción de esos «actos o contratos» en el Registro Mercantil.

La consecuencia que se deduce es ineludible: la exhibición del título de representación no legitima por sí sola para la actuación representativa, sino en tanto en cuanto aquél lleve «certificada» su inscripción en el Registro Mercantil. La llamada «legitimación de urgencia», actuación del representante al margen del Registro, no sólo vulnera el artículo 95 del RRM («Tampoco admitirán dichos documentos —referentes a sociedades, comprendidos en el artículo 86, sin que conste su inscripción en el Registro Mercantil— los Notarios que, en vista de ellos, hubieren de autorizar cualesquiera otros, y deberán hacer constar en éstos la inscripción de aquéllos»), sino que ese un contrasentido, ya que en todo caso queda condicionada (*conditio iuris*) a la obtención de la inscripción. Las Resoluciones de la Dirección General de 17 de julio de 1956 y 27 de marzo de 1957 establecieron que no es admisible la comparecencia ante Notario del administrador no inscrito, salvo que se trate de actos internos de la sociedad para los que el nombramiento es eficaz desde su aceptación (artículo 72 de la LSA), si bien, aún en éstos, la omisión de la previa inscripción constituye un defecto subsanable mediante la presentación de los documentos adecuados en el Registro Mercantil. Aunque parece desviarse en esta línea de la Resolución de la Dirección General de 3 de marzo de 1986, más bien se trata de una redacción no demasiado afortunada, dado que de hecho se trataba de una actuación de orden interno.

No se sigue de ello que la inscripción del administrador sea constitutiva,

(7) GARCÍA JIMÉNEZ, *ob cit*; para GARRIGUES (*ob cit*) parece equitativo que los efectos de la publicidad positiva desaparezcan si el tercero demuestra que su ignorancia se debe a caso fortuito o fuerza mayor; en contra, hoy, aplicando el párrafo 2, artículo 2, del Registro del Reglamento Mercantil, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *ob cit*.

(8) OLIVENCIA RUIZ: «El principio de tracto sucesivo en el Registro Mercantil», en *Curso de Conferencias sobre Registro Mercantil* (año 1971), Madrid, 1972.

pues en este caso, con anterioridad a aquélla, no sería válida su actuación, que debería ser ratificada por la sociedad (aunque fuera por el mismo representante, ahora sí legitimado por la inscripción) (9). Sin embargo, con demasiada frecuencia la futura inscripción del representante es algo que se da por supuesto, olvidados de que el tamiz de la calificación registral es la base en que se sustenta el valor y la eficacia de la inscripción; de hecho, ¿qué pasaría de no obtenerse la inscripción del administrador?; las razones pueden ser muy varias —no sólo la calificación del Registrador— y las consecuencias muy casuísticas; el eje de la cuestión se centra, a mi modo de ver, en si habrá de permitirse al «tercero» representante que, no obstante la evidencia, alegue ignorancia del hecho no inscrito y utilice la publicidad negativa del Registro.

Y aún podría avanzarse más, pues ni tan siquiera la exhibición del título de representación resulta necesaria, cuando se acredita su inscripción, siempre y cuando, como no podía ser de otro modo, exprese el representante el carácter con que actúa. Como dice Díez PICAZO, «el Registro no suple, merced a la presunción de conocimiento, la *contemplatio domini* y la revelación del carácter representativo de la actuación» (10).

No otra conclusión es la que se sigue de la Resolución de la Dirección General de 19 de noviembre de 1985 (11), por más que ésta se empeñe en remarcar los efectos de un dudoso testimonio notarial de la copia del poder de representación (12).

Así, esta Resolución y la comentada se engarzan en una idea teóricamente irreproachable: sólo la inscripción, vigente y sin cancelar, del representante en el Registro Mercantil, acreditada mediante la(s) oportuna(s) certificación(es), le legitima para la actuación material y para la comparecencia formal. No voy a propugnar yo tal perturbación del tráfico, y la vigencia de la representación seguirá quedando encomendada a las manifestaciones del representante, a salvo los casos en que una azarosa certificación del Registro Mercantil revele lo erróneo o lo falso de tal aseveración.

Sin embargo, la Resolución de la Dirección General de 19 de noviembre de 1985, citada, con las reservas que se han dicho, en los Vistos de la comentada realiza afirmaciones muy dudosas a la vista de la última; así dice el Considerando sexto: «Considerando que a través de los datos obrantes en el expediente resulta que la revocación del poder tuvo lugar el 6 de diciembre de 1984 (un día antes del otorgamiento de la escritura de venta por el apoderado), se inscribió en el Registro Mercantil el 17 de diciembre del mismo año (tres días después de la presentación de la escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad) y se notificó al apoderado el 28 de enero de 1985, circunstancias todas ellas que en su conjunto permiten —si no existe otro obstáculo— entender que en la

(9) Si es constitutiva la inscripción del Consejero-Delegado por imperativo del artículo 78, párrafo 2, de la Ley de Sociedades Anónimas. Véase el demoledor informe a vuela pluma, según es su costumbre, de J. M. REY PORTOLÉS en el recurso que motivó el Auto de la Audiencia Territorial de Valencia de 5 de septiembre de 1985, recogido en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, número 224, junio 1986, págs. 1353 y ss.

(10) *Ob. cit.*, pág. 154.

(11) En los Vistos se cita una Resolución de la Dirección General de 19 de diciembre de 1985 que no he conseguido encontrar. De no tratarse de un error de imprenta, la cita de aquélla es de todo punto pertinente.

(12) En el mismo sentido véase M. CASERO MEJÍAS: «Comentario a la Resolución de la Dirección General de 16 de diciembre de 1985», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 573, marzo-abril 1986, pág. 466.

techa en que el mandatario otorgó la escritura de venta, se encontraba legitimado para hacerlo, ya que en ese día podía desconocer su cese como apoderado que sólo en un momento bastante posterior le fue notificado, y de otro lado los asientos del Registro Mercantil publicaban la vigencia del poder con las presunciones que respecto a la veracidad y exactitud de su contenido recogen los artículos 2 y 3 de su Reglamento».

Se observa que no se encuentra referencia alguna a la fecha de presentación de la escritura de revocación del poder en el Registro Mercantil; al contrario, se pone el énfasis en la fecha de inscripción, y se establecen una serie de comparaciones —fecha de las respectivas escrituras y singularmente fecha de inscripción en el Registro Mercantil ver sus fecha de presentación en el Registro de la Propiedad— que no pueden por menos de confundir.

De otro lado se condiciona la eficacia de la inscripción de la revocación en el Registro Mercantil a la buena fe del apoderado —«desconocimiento» de la revocación—, idea que aparece, aunque más difuminada, en la Resolución comentada —«y a la vez poder ignorar la renovación (*sic*) que ha tenido lugar», Considerando cuarto— y que tan sólo puede obedecer a una literalísima aplicación del artículo 1.738 del Código Civil. La Dirección no parece hacerse eco de la cuestión debatida en la doctrina sobre si la revocación es esencialmente recepticia o no, esto es, si la recepción por el representante es condición de validez o condición de eficacia del negocio de revocación (13). La Dirección plantea el problema de la recepción de la noticia desde el punto de vista de la buena o mala fe del representante; y probablemente sea esta la perspectiva con que debe verse en el ámbito mercantil, ya que entendida en el primer sentido no cabría coherentemente la inscripción del acuerdo de revocación en el Registro Mercantil, en tanto no constara su recepción por el interesado, y por otra parte la presunción de íntegro conocimiento de su contenido no debe reservarse a los terceros.

Evidentemente, si el revocante se limita a manifestar su voluntad revocatoria, pero consiente, aunque sea por omisión, que el mandatario siga provisto del documento de poder, permite imprudentemente una situación de apariencias capaz de suscitar la confianza de los terceros, frente a quienes el poder debe valer como subsistente. Otra cosa es que el apoderado no cumpla el requerimiento para la devolución del poder. En este caso debe valorarse en cada caso concreto la diligencia del poderdante en la retirada del poder. Pero con ciertos límites, así si la concesión recibió una cierta publicidad debe revestirla también la revocación. Por ello en el ámbito mercantil «el comerciante soporta la carga adicional de dar acceso al Registro al instrumento de revocación, cuya eficacia frente a terceros comienza a partir de dicho momento» (14).

Y ello no es sólo imperativo de la lógica, sino que viene expresamente establecido en el artículo 291 del Código de Comercio, que, después, de establecer la validez respecto del poderdante de los actos y contratos ejecutados por el factor anteriores al momento en que llegue a su noticia por un medio legítimo la revocación de sus poderes, añade: «También serán válidos con relación a terceros, mientras no se haya cumplido, en

(13) Puede verse FÉLIX LÓPEZ DE MEDRANO: *La separación de los administradores de la Sociedad Anónima*, Barcelona, Bosch, 1986.

(14) Díez-PICAZO, *ob cit.*, pág. 304.

cuanto a la revocación de los poderes, lo prescrito en el número 6 del artículo 21».

Evidentemente sería absurdo pensar que la costosa elaboración del principio de publicidad material en su doble aspecto, positivo —inscripción del poder— y negativo —no inscripción de la revocación—, queda en manos de la buena o mala fe del representante.

IV. Podríamos decir, exagerando los términos, que el asiento de presentación es una consecuencia de la calificación. El hecho de que el ingreso del título no cause automáticamente la inscripción, y que ese retraso no obedezca a razones materiales, sino singularmente a razones jurídicas, a veces contenciosas, obliga a reservar al futuro asiento la fecha ganada al presentar el título, y en consecuencia a una compleja construcción de aquél al convertirse en el eje de los efectos del Registro, en un intento no siempre alcanzado de conciliar el interés público y el particular del presentante.

En el ámbito inmobiliario la idea queda clara desde el primer momento. La Ley Hipotecaria de 1861 estableció la calificación registral (artículo 18) y en consecuencia consagró el principio que permanecerá inalterado, sin más que cambio en el número que lo acoge, artículo 28: «Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma».

Ahora bien, el asiento de presentación no estaba sometido a plazo, tan sólo se establecía la obligación del Registrador de inscribir en uno determinado. La Dirección, en Resolución de 28 de julio de 1863, sentó una doctrina coherente: «Recogido por el interesado un título presentado quede sin efecto el asiento de presentación; pero cuando se devuelve por faltas de que adolezca el documento subsiste el asiento de presentación que se hubiera verificado». Sin embargo, la idea no estaba consolidada. La Resolución de la Dirección General de 27 de febrero de 1864 declara la caducidad del asiento de presentación cuando se retire el documento para subsanar defectos (debía solicitarse anotación preventiva de suspensión), y, sin embargo, la de 6 de septiembre de 1864 sigue a aquélla cuando la devolución lo sea para pago del impuesto.

En este ambiente de alumbramiento y debate (15), la Ley de 19 de diciembre de 1869 estableció (art. 17) un plazo de vigencia para el asiento de presentación; y aunque propiamente no se precisaba si tal plazo lo era para subsanación de defectos o pago del impuesto, quedando indemne la primera idea de caducidad por la simple retirada, lo cierto es que se vino a admitir ésta «por simple capricho o a voluntad de los interesados», utilizando aquellas Resoluciones (16), lo que forzaba evidentemente su sentido literal, o bien expresando que nada obliga a devolver el documento retirado para pago del impuesto.

La evolución posterior se ha dirigido a perfilar su regulación en los casos de conflicto, a engarzarlo dentro de los principios de prioridad y tracto sucesivo, estableciendo un complicado sistema de suspensiones

(15) Puede verse la discrepancia entre GÓMEZ DE LA SERNA y GALINDO y ESCOSURA en estos últimos *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, 1890, tomo II, pág. 431.

(16) Así, MORELL Y TERRY: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 2.ª ed., 1930, tomo IV, página 613

y prórrogas que, sin embargo, ha funcionado a veces como un mecanismo de diabólica e injusta precisión. El último paso lo constituye la reforma reglamentaria de 12 de noviembre de 1982 —encaminada en buena medida a evitar la repetición de la Resolución de la Dirección General de 21 de septiembre de 1978 (17) [supresión de la «suspensión», establecimiento de la prórroga de asientos anteriores conexos (art. 432), consagración de la retirada «abstracta» del documento (art. 427), admisión restringida del «desistimiento» (art. 433)...].

Sin embargo, la reforma debe considerarse lejos de quedar cerrada cuando a su amparo se ha cometido el desaguisado de la Resolución de la Dirección General de 14 de enero de 1985, que contempla impasible cómo el presentante de un título lo retira y presenta sucesivamente «para dejar así caducado» (*sic*) un asiento de presentación posterior de un título del que aquél es previo, sin un asomo de lamentación, sin referencia alguna a las graves limitaciones impuestas al desistimiento cuando de él «se derive la imposibilidad de despachar otro documento presentado», sin recuerdo alguno para aquella Resolución de la Dirección General de 28 de julio de 1863 que en los pañales del sistema comprendió que la retirada caprichosa del título debía hacer caducar el asiento de presentación, que no cabe una voluntad de presentar y una voluntad de inscribir disociadas, que sólo cabe una voluntad: inscribir, y una expresión (o roga-ción): presentar, que no se puede presentar lo que no se quiere inscribir, que sólo los místicos pueden querer y no querer al mismo tiempo, y sin conceder que, en último extremo, cuando las sucesivas presentaciones y retiradas colmen el vaso de la paciencia o bien muevan al sonrojo las analogías con el desistimiento en perjuicio de tercero deben revelarse.

La calificación del Registrador Mercantil de los documentos sujetos a inscripción es algo que evoluciona lentamente, al compás del desarrollo del valor de la inscripción, y necesariamente condiciona el retraso en la formación del asiento de presentación.

El Código de Comercio de 30 de mayo de 1829 tan sólo se preocupa de la obligación de presentar los documentos (art. 25) y de la publicación de las tomas de razón en los estrados judiciales (art. 31), pero sin establecer la fecha de eficacia de la toma de razón ni la distinción entre presentación e inscripción.

El Proyecto de Código de Comercio de GONZÁLEZ HUEBRA de 1 de octubre de 1858 se revela hoy doblemente anticipador. El artículo 56 establecía que el Tribunal o Juez a quien corresponda acordará la inscripción y toma de razón de los documentos que se le presenten en el término de tercero día, a no ser que los considere insuficientes o los encuentre defectuosos, en cuyo caso suspenderá la inscripción hasta que se subsanen los defectos de que adolezcan; y el artículo 67 daba al secretario, bajo multa, un plazo de tres días, contados desde el acuerdo de inscripción y toma de razón, para practicarla. Sin embargo, no se preveía la existencia de un libro de presentaciones, ni la entrega de resguardos. Por otra parte, la eficacia de la inscripción no quedaba encomendada a la fecha de ésta, pues, aunque el tema no se trataba directamente, el artículo 78, al regular las sanciones al comerciante retrasado en la presentación, admitía la subsanación posterior, «en cuyo caso producirán todos los efectos que le competan desde

(17) Insuperable comentario de TIRSO CARRETERO en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 536, enero-febrero 1980.

el día en que se publique su inscripción o toma de razón». Publicación que debe entenderse referida a la regulada por los artículos 69 y 70: en los estrados de la Audiencia se publicaría un índice anual a continuación del cual se incorporarían las matrículas y tomas de razón hasta la con-tección del índice del siguiente año.

El Decreto de 20 de septiembre de 1869, en plena efervescencia revolucionaria, aprobó las bases para la redacción de un nuevo Código de Comercio y Ley de Enjuiciamiento Mercantil. En el Acta de la Comisión, creada a su amparo, de 21 de noviembre de 1869, se aprueba el artículo 26: «Los documentos inscritos causarán efecto desde la fecha de la inscripción, sin que puedan invalidarlos otros anteriores o posteriores no registrados», que pasa a ser el artículo 27 del Proyecto de Código de Comercio de 1875, y, perfilada su redacción, de nuevo el artículo 26 del Proyecto de Código de Comercio de 1882, y definitivamente con idéntica redacción, que más arriba se ha transcrito, el mismo artículo del Código de Comercio de 22 de agosto de 1885.

El desarrollo reglamentario se encomienda al Reglamento del Registro Mercantil de 21 de diciembre de 1885. En él se establece la existencia de un libro «que será talonario, de recibos de las solicitudes y documentos que se presenten para inscripción» (art. 13), aparece un atisbo de la calificación: «la inscripción se practicará en el mismo día en que tuere solicitada, a no existir algún obstáculo legal que lo impida» (art. 22), se impone la expresión de la presentación en la inscripción (art. 26), pero la publicidad no se extiende a los documentos presentados (arts. 57 a 63).

Pues bien, en la escueta dicción del artículo 22 de este primer Reglamento se encuentra el germen del desarrollo del asiento de presentación en el Registro Mercantil. Tampoco resisto la tentación de transcribir los siguientes párrafos de la Exposición de Motivos del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto de 20 de septiembre de 1919: «La inscripción perjudica a tercero, y la garantía de que ese perjuicio no se causa indebidamente está en la previa calificación jurídica de dichos documentos. Nada dice expresamente el Reglamento vigente respecto a este particular, pues si bien en el artículo 22 ya prevé el caso de que no se pueda practicar la inscripción en el mismo día en que se solicite, por existir algún obstáculo legal que lo impida, no expresa como es debido qué clase de obstáculo legal puede ser éste, ni quién ni cómo ha de apreciarlo, ni qué recursos caben contra tal apreciación. Esta falta de expresión ha dado lugar a dudas y dificultades en la práctica, y para evitarlas en los sucesivos se dictan en el nuevo Reglamento las disposiciones necesarias, que son análogas a las establecidas en la Ley Hipotecaria y en su Reglamento, toda vez que, siendo los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil, según el Código de Comercio, análogos a los de la inscripción en el Registro de la Propiedad, según la Ley Hipotecaria, parece natural que la calificación de unos y otros documentos se ajuste a reglas análogas, y que análogos sean también los recursos que se establezcan y el procedimiento que se señale. De aquí la necesidad de llevar en el Registro Mercantil un libro de presentación de documentos con las formalidades necesarias, que sustituya al talonario de recibos que se lleva actualmente; este libro de presentación venía requerido ya por la Ley de Hipoteca Naval, puesto que a él alude en su artículo 37. De ahí también la necesidad de determinar los efectos del asiento de presentación, el

establecimiento de las anotaciones preventivas por suspensión, las notas marginales consiguientes, todas las garantías, en fin, que la Ley Hipotecaria establece a favor del presentante para el caso de suspensión o denegación de la inscripción de los documentos, puesto que todas sirven perfectamente a los fines del Registro Mercantil».

Estas ideas tendrán su desarrollo en el articulado reglamentario; cerrándose el círculo al extenderse al asiento de presentación el principio de publicidad, tanto material como formal, del Registro Mercantil, artículo 206: «También se expedirán certificaciones de los asientos de presentación cuando expresamente lo soliciten los interesados, y en todo caso si estuviera presentado y pendiente de inscripción un título que afecte al comerciante, sociedad o buque a que la certificación haya de referirse».

Bien esa porque la eficacia, más limitada en el ámbito mercantil (18), del asiento de presentación no planteara graves problemas en la práctica, bien sea porque la dicción literal del artículo 26 del Código de Comercio —«desde la fecha de su inscripción»— no se opone a que se considere como ésta la del asiento de presentación, bien sea por el prurito de no incorporar a un Reglamento lo que es precepto legal (art. 24 de la LH), bien sea porque lo «sustantivo» —Código de Comercio— y lo «registral» —Reglamento del Registro Mercantil— se han desarrollado separadamente, bien sea por inadvertencia, es lo cierto que el artículo 26 del Código de Comercio ha permanecido inalterado tanto en el Proyecto de reforma de 1927 como en la reforma de 1973, que estableció la creación de un Registro Central y del *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, en ambos casos con carácter meramente «informativo».

Por su parte, el Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 mantiene en lo sustancial, en esta materia, la redacción del antiguo Reglamento, con la singularidad de remitirse en punto a publicidad formal al Reglamento Hipotecario (disposición adicional cuarta).

No cabe, pues, duda, tras este breve repaso histórico, que el Registro Mercantil se organiza sobre la base de retroacción de los efectos de la inscripción conseguida al momento en que fue solicitada. La dicción del artículo 26 del Código de Comercio se explica perfectamente en su nacimiento en que para el legislador «presentación» e «inscripción» coincidían, y las razones de su no adaptación a la evolución de la institución registral han quedado apuntadas; sería un grave contrasentido apoyarse, a pesar de todo, en su literalidad para desconocer el cuidado que el «legislador reglamentario» ha tenido en asegurar esa retroacción de efectos, singularmente en aquellos casos en que, por la calificación desfavorable del Registrador, los plazos normales de tiempo no podrán cumplirse, atribuyendo al presentante medidas que le garanticen el derecho ganado al solicitar el asiento —anotación preventiva de suspensión (arts. 44 y 48)—, o imponiendo una actuación al Registrador —nota marginal de suspensión del plazo de vigencia del asiento de presentación o de la anotación preventiva de suspensión (art. 52)— que garantice al interesado el mismo dere-

(18) «En el Derecho inmobiliario la fecha de presentación de los títulos sirve para discernir derechos, rango, prelación. En el Mercantil esa fecha sólo tiene relieve por excepción en determinados supuestos: en la constitución de poderes, más aún en su revocación, en las escrituras de adaptación, para precisar si se presentaron o no dentro de plazo, en las anotaciones judiciales, en la inscripción de ciertos acuerdos sociales, etc.» R. DE LA RICA Y ARENAL, «La nueva legislación de sociedades y el Registro Mercantil», en *Revista de Derecho Privado*, tomo XXXIX, diciembre 1955, pág. 1087.

cho si obtuviere en su día la inscripción mediando oportuno recurso gubernativo.

Evidentemente el derecho ganado por el interesado al solicitar un asiento se traduce en que desde ese momento operan los efectos propios del sistema —publicidad positiva— condicionados a la obtención de la inscripción que acredita la bondad de la solicitud. Por ello puede afirmar la Dirección que el artículo 2, 2, del Reglamento del Registro Mercantil, al fijar la presunción de conocimiento se refiere al contenido de todos los libros del Registro, entre los que se encuentra el libro Diario (artículo 14 del RRM). Y por ello es ineludible que la publicidad formal del Registro recoja el momento en que la expectativa de inscripción de un documento ha empezado a operar, así, la Dirección, con apoyo en la expresada disposición adicional cuarta, recoge el artículo 345 del Reglamento Hipotecario, de modo que en las certificaciones habrán de copiarse literalmente los asientos de presentación relativos a títulos que puedan afectar a la inscripción pedida; y no se diga que es argumento endeble, primero porque no es causa si no efecto, y segundo porque ya lo venía a establecer expresamente, según vimos, el artículo 206 del Reglamento del Registro Mercantil de 1919.

Obviamente la recta aplicación de esta norma obliga a incorporar al ámbito mercantil el artículo 426 del Reglamento Hipotecario, en la redacción de la reforma de 1982, de modo que tras la presentación de un título deberá extenderse al margen de la última inscripción de la hoja a la que afecte oportuna referencia, e incluso abrirse un libro o fichero auxiliar si la «persona mercantil» no tiene aún su hoja abierta.

[El legislador ha puesto gran cuidado en la determinación de la prioridad registral —«hora de presentación» (art. 25 de la LH)—, estableciendo oportunas cautelas en el caso de presentación simultánea de títulos (artículo 422 del RH). Sin embargo, hay supuestos en que la «prioridad» —entendida en el sentido poco técnico de momento de nacimiento de los efectos—, ganada por la hora de presentación en el Diario, se hace valer frente a la fecha de nacimiento de títulos en los que no hay constancia de la hora. Es tópico ya que la realidad supere a la ficción; en la Resolución comentada coincidían precisamente fecha de inscripción y fecha de escritura, lo que servía sin más al Notario informante para dar primacía a ésta sobre aquélla. ¿Qué habría de resolverse si la fecha del asiento de presentación y la de la escritura coincidieran? No es descartable *a priori* que ésta se haya otorgado antes de la práctica de aquél. Y no puede decirse que el problema se restringe, al ámbito mercantil, piénsese, por ejemplo, en la preferencia entre el asiento de presentación del mandamiento ordenando la práctica de una anotación preventiva de embargo y la escritura de transmisión de la finca por el deudor que tuvieran la misma fecha.]

V. Llegado(s) a este punto es hora, quizá tardía, de preguntarse si la Dirección General viene a entonar con esta Resolución el canto del cisne del asiento de presentación.

Como es bien sabido, la Primera Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 9 de marzo de 1968, dirigida a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías que en los Estados miembros se exigen a las Sociedades, con arreglo al párrafo 2 del artículo 58 del Tratado,

para proteger los intereses de los socios y de los terceros (19), establece que las inscripciones en el «Registro Central, Registro de Comercio o Registro de las Empresas» serán objeto de publicación «íntegra, en extracto o en forma de mención» en un boletín nacional designado por los Estados miembros (art. 3, apartados 1 y 4).

Pues bien, será la fecha de la publicación en el boletín la que determine el comienzo de la eficacia de la inscripción, aunque dentro del decimosexto día siguiente a la publicación sólo goza la publicidad positiva de una presunción *iuris tantum*: no será oponible a los terceros que prueben que les había sido imposible conocer los actos e indicaciones publicados (art. 3, apartado 5).

Como consecuencia, publicidad negativa, lo no publicado no será oponible a terceros, «salvo que la sociedad pruebe que los terceros lo conocían» (art. 3, apartado 5).

Sin embargo, no por ello el asiento de presentación deja de tener virtualidad:

Primero porque nada se opone a que su fecha determine el comienzo de la eficacia de la inscripción tratándose de supuestos no afectados por la Directiva: comerciantes individuales, sociedades colectivas y comanditarias.

Y además porque el apartado 7 del artículo 3 dice: «Los terceros podrán valerse siempre, además, de los actos e indicaciones respecto de los que aún no se hayan cumplido las formalidades de publicidad, salvo que la falta de publicidad los convierta en ineficaces».

Este apartado está claramente referido a la inscripción, que la Directiva califica siempre de «publicidad» y no a la «publicación» en el boletín. La conciliación de este apartado con el 5 antes reflejado no va a ser pacífica, pero ello quiere decir, tal como yo lo entiendo, que desde la fecha del asiento de presentación se enerva la posibilidad concedida al tercero de aprovecharse en lo que le beneficie del documento no inscrito. Supone, pues, la plasmación de la doctrina de los artículos 24 y 29 del Código de Comercio; incluso parece que la sanción a la no inscripción se hace más rigurosa en la Directiva, pues no obstante la expresión de A. MENÉNDEZ de que ésta recogía el principio general de «buena fe» (20), no se ha cuidado, como sí lo hace expresamente en otros apartados, de exonerar a la sociedad que pruebe que el tercero conocía el acto o indicación no inscrito —así, apartado 3, apartados 5 y 6; artículos 8 y 9, apartado 1, párrafo 2; singularmente el artículo 3, apartado 6, otorga preferencia al texto inscrito sobre el publicado, en el supuesto de divergencia entre ambos, en el solo caso de que la sociedad pruebe que el tercero conocía el texto depositado en el expediente o transcrito en el Registro—.

En materia de poderes, en la que estamos metidos, parece que la articulación de los apartados 5 y 7 del repetido artículo 3 debe realizarse así: poder no inscrito, el tercero podrá valerse de su existencia consi-

(19) Utilizo el texto publicado en la obra dirigida por el profesor GIRÓN TENA: *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1978. El inserto en la publicación en español del *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. 17, vol. 01, 1985, págs. 3 a 8, no sólo adolece de una traducción lamentable, sino de errores mecanográficos de bulto; así los apartados 4 a 7 del artículo 3 se sustraen a éste y se intercalan lastimosamente entre los dos supuestos, encabezados por guión, del artículo 6.

(20) *Ob. prim. cit.*, pág. 183.

derándose ligado o desligado de la sociedad, pero ésta no podrá oponerlo; poder inscrito y no publicado, el tercero no lo podrá «desconocer» y desligarse de la sociedad, pero ésta no podrá oponerlo, así como tampoco podrá oponer las limitaciones impuestas al apoderado en el poder —hay que decir que conforme al artículo 9, tratándose de órganos sociales no cabe más límite que el de la «actuación conjunta» que cada legislación nacional puede declarar oponible a terceros—; poder inscrito y publicado, la sociedad puede oponerlo válidamente a tercero que no podrá desconocerlo —salvo prueba de imposibilidad, como ya hemos dicho dentro de los primeros dieciséis días siguientes a la publicación—. Por otra parte: revocación no inscrita; el tercero podrá valerse de su existencia considerándose desligado de la sociedad, pero ésta no podrá oponerla; revocación inscrita y no publicada, ni el tercero la podrá desconocer ni la sociedad oponer; revocación inscrita y publicada, plenamente oponible a terceros con la repetida salvedad de los primeros dieciséis días.

De otro lado, el inciso final de dicho apartado, «salvo que la falta de publicidad los convierta en ineficaces», debe interpretarse en el sentido de que no sólo el carácter constitutivo de la inscripción (21), sino con ámbito general todo el valor y eficacia de ésta quedan encomendados a las respectivas legislaciones nacionales, sin más límite que el valor de la publicación impuesto por la propia Directiva.

Para terminar cabría apuntar la posible existencia de inscripciones que no gozan del efecto natural del Registro (publicidad material). (La situación recuerda a las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1897, 18 de febrero de 1899, 30 de octubre de 1909 y 25 de mayo de 1929, que declararon que sólo los documentos sujetos a inscripción según los artículos 21 y 22 del Código de Comercio y no otros pueden afectar a terceros una vez inscritos). Es el caso del «balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio» [art. 2, 1, f)]. Desde luego su falta de publicidad está incluida en la remisión genérica que, a efectos de aplicar los principios generales del sistema, hace el artículo 3 al íntegro contenido del artículo 2. Sin embargo, el artículo 6 viene a reconocer la dificultad de su aplicación cuando establece que los Estados miembros establecerán las sanciones adecuadas para el caso de falta de publicidad del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias. Asiste, pues, a la carencia de sentido negativo de la publicidad (22). Aún desde el punto de vista positivo las conclusiones no son fáciles —¿será oponible una situación deficitaria publicada al tercero contratante?—. No cabe duda, sin embargo, de que su publicación tiene un valor que excede del meramente informativo, y que su existencia o inexistencia se manifestará singularmente en las situaciones de crisis de la empresa para calificar la actitud de los terceros frente al comerciante y la conducta responsable de éste en la quiebra del negocio.

F. C. B.

(21) Así, J. M. REY PORTOLÉS, *inform. cit.*, pág. 1368, y B. GOLDMAN: *Derecho Comercial Europeo*, Madrid, 1984, pág. 169.

(22) B. GOLDMAN, *ob y pág. cit.*

B) REGISTRO DE LA PROPIEDAD

POR MANUEL CASERO MEJÍAS,
JUAN PABLO RUANO BORRELLA
ALFONSO PRESA DE LA CUESTA y
JULIO SOLER GARCÍA

DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS ACREEDORES QUE TENGAN DERECHO A PERSEGUIR BIENES GANANCIALES, NI LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD NI SIQUIERA LA ADJUDICACIÓN DE DETERMINADOS BIENES GANANCIALES A UNO Y OTRO CÓNYUGE A CONSECUENCIA DE LA LIQUIDACIÓN SIGNIFICA QUE SE HAYA PRODUCIDO LA SALIDA DEL BIEN GANANCIAL DE LA MISMA MASA AUTÓNOMA DE RESPONSABILIDAD. LOS ACREEDORES CONSERVAN SIEMPRE, SOBRE LOS BIENES GANANCIALES, LAS MISMAS POSIBILIDADES QUE ANTES DE LA DISOLUCIÓN.

Resolución de 25 de abril de 1986.

I. *Hechos*.—1.º En escritura autorizada por el Notario de Valencia don Ramón Fraguas Massip el 6 de junio de 1977, doña Matilde Sánchez Pérez, casada con don Manuel Pérez Sánchez, adquirió una vivienda en la calle de Ausías March, números 34 y 36, de la ciudad de Valencia, que se inscribió en el Registro de la Propiedad a favor de la sociedad conyugal.

Don José María Mayoral Meya entró en relaciones comerciales con don Manuel Pérez Sánchez, esposo de la anterior compradora del piso, a consecuencia de las cuales resultó acreedor por una cantidad de 2.582.910 pesetas que, al no ser satisfecha, dio lugar a la iniciación de un juicio ejecutivo en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia, por el que se ordenó el embargo de la referida vivienda, practicándose la oportuna anotación preventiva en el Registro el día 22 de mayo de 1981, si bien el mandamiento tuvo su entrada el 2 de marzo de dicho año. Del referido mandamiento resulta que la esposa del demandado, doña Matilde Sánchez Pérez, había sido notificada el día 25 de febrero del mismo año de la existencia del procedimiento y del embargo a los fines previstos en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario.

El día 5 de junio de 1981 se inscribió la vivienda antes indicada como privativa de doña Matilde Sánchez Pérez como consecuencia de la adjudicación que se le hizo en virtud de la liquidación de la sociedad conyugal habida con su esposo, según escritura otorgada ante el Notario de Valencia don Carlos Salto Dolla el 7 de noviembre de 1980. Y con fecha de 6 de julio de 1981 se expidió la preceptiva certificación de cargas para los referidos autos de juicio ejecutivo seguidos contra el marido, don Manuel Sánchez Pérez, en la que se hizo constar la nueva titularidad exclusiva sobre la finca ejecutada.

Con fecha 16 de junio de 1982 se expide por el Juzgado de Primera

Instancia número 2 de Valencia auto por el que se adjudica, junto con otros bienes que no hacen al caso, la vivienda situada en la calle de Ausías March de esta misma ciudad en precio de 3.200.000 pesetas al acreedor don José María Mayoral Meya por falta de postores en la subasta. Dicho auto tiene carácter de firme.

Y presentado el testimonio del mismo en el Registro de la Propiedad fue calificado con nota del tenor literal siguiente: Practicada anotación de suspensión de la inscripción de adjudicación por defecto subsanable y plazo legal de sesenta días hábiles, en este Registro de la Propiedad de Valencia número 4, en el tomo 1.301, libro 17 de la cuarta sección de Ruzafa, folio 75, finca número 632, letra B, por falta de previa cancelación de la inscripción precedente de adjudicación a la esposa del demandado don Manuel Pérez Sánchez, con carácter privativo en virtud de capitulaciones matrimoniales; y puestas notas afección impuesto y plusvalía en unión de acta suscrita ante el Notario de Barbastro don Pedro Soler Dorda, de 21 de abril de 1983, para hacer constar que esta finca se halla libre de inquilinos; y de adición al presente testimonio, para hacer constar que la esposa del adjudicatario es doña Pilar Mozos Calvo.—Valencia, 29 de septiembre de 1983.—El Registrador.—Firma ilegible.

Finalmente se presenta en el mencionado Registro de la Propiedad mandamiento de fecha 24 de enero de 1984, adicionado el 22 de febrero siguiente, en el que el Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia, dentro de los mismos autos de juicio ejecutivo ordena la cancelación de la anotación preventiva del embargo que oportunamente se tomó en el Registro a favor del actor, así como también la cancelación de la inscripción de adjudicación hecha en capitulaciones matrimoniales a la citada doña Matilde Sánchez Pérez de la finca embargada.

2.º El precedente mandamiento de 24 de enero y su adición del 22 de febrero último fue calificado en el Registro de la Propiedad con nota del tenor literal siguiente, teniendo en cuenta que se solicita exclusivamente la práctica de la segunda de las cancelaciones que en el mismo se indican por haber desistido el presentante de que se lleve a efecto la cancelación de la primera. La nota de calificación dice textualmente: «Se deniega la cancelación de la inscripción primera de la finca 632, al tomo 1.301, libro 17 de la cuarta sección de Ruzafa, antes finca 29.295, de la tercera sección también de Ruzafa, al tomo 1.102, libro 293, folio 181, por el defecto insubsanable surgido del Registro —art. 20 de la Ley Hipotecaria— de que la misma se practicó en virtud de un título especificativo-traslativo de derechos cual es la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales habida entre el ejecutado don Manuel Pérez Sánchez y su esposa, doña Matilde Sánchez Pérez, otorgada ante el Notario de Valencia don Carlos Salto Dolla, el 7 de noviembre de 1980, y por lo tanto, aún practicada esa inscripción después de la anotación preventiva de embargo ordenada en el procedimiento que ahora concluye, carecen de preferencia sobre ella dicha anotación y su secuela ejecutiva de acuerdo con el artículo 1.923, 4.º, del Código Civil interpretado por constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado; falta de preferencia que debe ser apreciada

incluso de oficio por el Registrador, como ha confirmado la reciente Resolución del meritado Centro Directivo de 12 de septiembre de 1983 (*Boletín Oficial del Estado* de 3 de octubre), sin que la opinión, al parecer contraria del juzgador aquí ordenante, pueda ser acatada por resultar incongruente con el proceso en que se ha dictado que no es el adecuado para la rectificación de un supuesto contenido registral inexacto de acuerdo con el artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria. Se ha dado cumplimiento al artículo 485, c), del Reglamento Hipotecario.—Valencia a 13 de marzo de 1984.—El Registrador. Firmado: Juan Manuel Rey Portolés».

3.º Don José María Mayoral Meya interpone recurso gubernativo contra la segunda nota de calificación y alega lo siguiente: Que no comparte la jurisprudencia que últimamente viene elaborando la Dirección General de los Registros y del Notariado especialmente en sus Resoluciones de 5 de marzo de 1982 y 12 de septiembre de 1983, en la que se apoya la calificación recurrida, ya que al amparo de esta doctrina se derivan sensibles perjuicios para quienes en uso legítimo de su derecho pretenden cobrar sus créditos ante la apariencia registral de que su deudor es solvente por figurar bienes inscritos a su nombre. Esta jurisprudencia protege la mala fe del deudor al actuar en connivencia con un tan presunto como ficticio tercer adquirente que no inscribe en un plazo prudencial su fingida adquisición, con quiebra del principio de publicidad del artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Por eso creemos que esta Ley debe ser reformada. A continuación hace historia de los hechos que ya han sido relacionados anteriormente.

Los artículos 1.317 y 1.365 del Código Civil en relación con los artículos 6 y 7 del Código de Comercio son de por sí suficientes para invalidar las capitulaciones matrimoniales realizadas el 7 de noviembre de 1980, en cuanto que perjudican a un tercero, toda vez que la deuda fue contraída por el marido comerciante en el ejercicio del comercio bastante antes de dicha fecha. No cabe aplicar a este supuesto la doctrina de la Resolución de 12 de septiembre de 1983, ya que en el supuesto de hecho que motivó esta Resolución se contempla una finca que cuando fue embargada ya había sido vendida a un tercero, sin que en el momento de anotarse el embargo estuviese inscrita la venta. En el caso de ese expediente no hay venta, sino disolución de la sociedad de gananciales y su naturaleza jurídica es muy distinta a la de una compraventa, ya que la primera es el caso más claro y frecuente de acto traslativo del dominio, mientras que la segunda, prescindiendo de controversias doctrinales, no es un acto de disposición, sino de concreción de cuotas, por lo que el bien no pasa a un tercero. En la compraventa el adquirente tiene de ordinario la condición de tercero hipotecario protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; en cambio, en la división de gananciales el cónyuge no puede tener esa condición ni estar protegido. Además la esposa adjudicataria del bien embargado responde de las deudas gananciales contraídas antes de la disolución de la sociedad y en este caso la deuda nació a cargo de la misma y además se le notificó la existencia del procedimiento y del embargo a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario y posteriormente se la requirió de pago bajo apercibimiento de que la finca podría ser sacada a subasta sin que interpusiera la correspondiente tercera, por lo que su inactividad debe interpretarse como conformidad.

4.º El Registrador de la Propiedad en defensa de su nota alega: El recurrente incurre en una cierta imprecisión acerca de la doctrina de la Dirección General de los Registros, ya que no fue ella, sino el Tribunal Supremo quien la ha venido elaborando y no recientemente, sino que la viene reiterando de modo invariable desde el pasado siglo al dictarse la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861. Esa jurisprudencia ha sido aceptada por la práctica totalidad de los autores y sólo muy pocos han discrepado de ella. Es indudable que la solución dada al problema por nuestras leyes, autores y jurisprudencia no suele ser la seguida en otros ordenamientos extranjeros, pero es indudable que nuestro Derecho sigue un invariable criterio con el que el recurrente no está de acuerdo, y en la innovación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria acaso incurre en un desenfoque de su sentido, ya que el legislador quiso conscientemente atribuir al Registro de la Propiedad el dar seguridad a los adquirentes del dominio u otros derechos reales que actuaban confiados en las situaciones tabulares, pero no a los meros acreedores que en su día no exigieron garantías reales a su deudor.

No hay duda, sin embargo, que en el caso del presente recurso se presenta un aspecto nuevo que no se había producido en ninguno de los abundantes fallos anteriores y es el que el acto dispositivo previo a la anotación consiste en una adjudicación en pago de haber ganancial como consecuencia de la disolución y liquidación de una comunidad conyugal y es porque esta peculiaridad no ha podido producirse hasta la entrada en vigor de la Ley de 2 de mayo de 1975, que viabilizó las modificaciones capitulares postnupciales. Frente a la opinión del recurrente de que la disolución de comunidad no es un acto de disposición, sino de concreción de cuotas, el Registrador expone en un detenido estudio la consabida polémica sobre la naturaleza traslativa o declarativa de la disolución de comunidad, así como la naturaleza de la aportación a la comunidad y de la comunidad en sí, para terminar afirmando que la disolución de la sociedad de gananciales envuelve una transmisión dominical interpatrimonial, máxime tras la reforma llevada a cabo en el Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, en la que hay que partir de la existencia de tres patrimonios en caso de cónyuges casados bajo dicho régimen, a saber el ganancial y los dos privativos, que es lo que explica la posibilidad de trasvase entre los tres por cualquier título (art. 1.323 y Resolución de 2 de febrero de 1982), y sólo así tiene sentido la existencia de relaciones credituales entre los patrimonios privativos y el común y viceversa (arts. 1.398 y 1.403).

Frente a que el cónyuge adjudicatario en caso de disolución de comunidad pueda ser calificado de tercero hipotecario, indica que sería un interesante problema de la parte general del Derecho inmobiliario registral determinar si entre los adquirentes a que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria está el comunero adjudicatario en la disolución de una comunidad, tema teórico y en este caso superfluo, del que no obstante manifiesta su opinión. Pero esta cuestión aquí carece de trascendencia, ya que la jurisprudencia bien claramente ha subrayado que el titular registral que prevalece sobre el anotante anterior constituye un personaje distinto del tercero hipotecario (germánico), tanto por la diversidad de preceptos que la amparan (1.923, 4.º, del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria, de un lado, y 34 y concordantes de esta Ley, por otro) como por

el diferente designio que guió al legislador al perfilar su protección, y esto se comprueba claramente en la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1910 y en la Resolución de 23 de agosto de 1983, y por eso también se ha reconocido preferencia a un adquirente por usucapión consumada antes de la anotación. En resumen, tanto autores como jurisprudencia deslindan con suma nitidez los ámbitos de la fe pública registral y de la colisión anotante —adquirente anterior— sin involucrarlos.

El recurrente sostiene que la responsabilidad directa del patrimonio ganancial por las deudas de gestión, unida al criterio de la indemnidad del tercero en caso de disolución de aquél, convierte en intrascendente la escritura de capitulaciones matrimoniales. Lo basa en el artículo 1.317 del Código Civil, aunque en realidad los preceptos a alegar deberían ser los artículos 1.323 final y 1.438, versión 1975, bajo cuyo imperio se produjeron los hechos controvertidos. Es indudable que *prima facie* parece que frente a los acreedores los actos realizados con motivo de la modificación o separación son para ellos *res inter alios acta*. Pero hay que tener en cuenta que tal alcance ha sido precisado con nitidez por las Resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981, así como *a contrario sensu* por la de 23 de noviembre de 1983. Del apresurado repaso de estas cuatro Resoluciones parece inferirse que la indemnidad que otorga el actual artículo 1.317 del Código Civil, lo mismo que la de sus antecesores, puede ser pretendida incluso en un proceso sumario de oposición tasada cual el ejecutivo, pero siempre que la demanda se hubiese dirigido también contra el cónyuge titular registral, lo que no ha tenido lugar en el procedimiento de que dimana el mandamiento calificado y recurrido. En el presente caso además no se justificó en ningún momento al calificador que la deuda perseguida era realmente anterior a la fecha de la escritura de capitulaciones, e incluso el documento de reconocimiento de deuda ahora aportado al expediente carece de fecha fehaciente conforme al artículo 1.227 del Código Civil.

En cuanto a la referencia que hace el recurrente al artículo 1.365 del Código Civil y 6 y 7 del de Comercio no aparece desarrollada por el mismo, preocupado más en llegar a una solución justa que dar razones válidas en este recurso.

Por último alega el recurrente que el silencio de la esposa del demandado, dadas las oportunidades procesales que dentro del juicio ejecutivo se le ofrecieron, hay que interpretarlo como conformidad con la ejecución, hay que entender que se refiere a la notificación de embargo que se le hizo con arreglo al artículo 144 del Reglamento Hipotecario y al posterior requerimiento específico de pago. Aceptar tal situación por la esposa del deudor supone estimar que se la estaba tratando procesalmente como si fuera un tercer acreedor de bienes anotados (art. 38 final de la Ley Hipotecaria) y podría entender que no le convenía aceptar tácitamente tan incómoda situación con las consecuencias que ello conlleva y que pasa a examinar el Registrador dentro del informe. Precisamente esta hipotética explicación del comportamiento del titular registral justifica el alcance de la nota de calificación, que referida a un documento judicial no puede ir más allá de los aspectos permitidos por el actual artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Por un lado, surgía el obstáculo derivado del Registro de que la titularidad exclusiva de la

señora Sánchez le provenía de un título de fecha fehaciente anterior a la anotación de embargo, lo que excluye su condición de tercer poseedor. De otro, al estimarse en el mandamiento que la titularidad de la señora Sánchez debía ceder ante el derecho del anotante por adolecer el negocio que le proporcionó aquélla, verbigracia, de un vicio de rescindibilidad por fraude o cualquier otra causa de inexactitud del título, entonces aparece una incongruencia del mandato cancelatorio con el procedimiento o juicio en que había sido dictado. Véase artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Por ello a los trámites procedimentales (notificación, requerimiento de pago), que no implican constitución en auténtica parte procesal, no cabe atribuirles significación alguna de aquiescencia o consentimiento.

5.º El Magistrado-Juez de Primera Instancia informó que en la colisión que se produce al aplicar el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1.317 del Código Civil entiende que ha de prevalecer la protección que el último supone para los derechos adquiridos por terceros, como sucede en el caso del recurrente, que es el adjudicatario de la finca al quedar desierta la subasta. Tras relatar los hechos más importantes y precisar algunos de ellos, entiende que aparece claramente deducido el conocimiento por el titular registral actual de la finca de todas las vicisitudes no sólo del procedimiento, sino incluso de la obligación contraída por el marido bajo el régimen de la sociedad de gananciales, así como la inactividad de aquélla a lo largo del proceso y singularmente con relación al ejercicio de la tercería que tenía expedito promover a partir del embargo, ya que desde el 7 de noviembre de 1980 gozaba del título a que se refiere el artículo 1.537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por eso su actuación debe ser interpretada como un reconocimiento de la ineficacia de aquélla, incluso comportar la declaración de nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales, habida cuenta de la doctrina jurisprudencial según la cual el principio de congruencia de las resoluciones judiciales perseguido por el artículo 359 de la Ley Procesal no queda conculcado cuando los Tribunales efectúan declaraciones, aun no específicamente pedidas, si las mismas surgen como indispensables, incluso en materia de nulidad de contratos, siendo laudable la tendencia de que el Derecho produzca realidades prácticas y no meras especulaciones teóricas. La posibilidad de dirigir la demanda ejecutiva contra la esposa está vedada por las normas legales constituidas por los artículos 1.427 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no cabe admitir la demanda sino contra la persona o personas que aparezcan como obligadas a la vista del título esgrimido, y desde un punto de vista ético, la denegación de la cancelación supone una frustración de un derecho subjetivo para el recurrente que ha observado todos los preceptos sustantivos y fórmulas para obtener el amparo que le concede el ordenamiento jurídico.

6.º El Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia confirmó la nota del Registrador tras señalar que el supuesto contemplado presenta una manifiesta complejidad y variados matices. Que a la vista de los hechos, la consecuencia que se obtiene es que su actuación los esposos han obtenido un resultado prohibido por el legislador mediante la reali-

zación de un acto —separación absoluta de bienes— que se ampara en el texto de una norma creada para otros fines, y por ello eluden el cumplimiento de lo ordenado en el artículo 1.317 del Código Civil. Pero cualquier argumento cede ante la reiterativa solidez e inmutable jurisprudencia mantenida por el Tribunal Supremo y por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros que pregonan el firme criterio de que las transmisiones producidas antes del acceso de una anotación de embargo al Registro prevalecen sobre esta medida procesal cautelar aunque ingresen en los libros registrales con posterioridad.

II. *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 392, 405, 406, 1.003, 1.021, 1.023, 1.082, 1.084, 1.252, 1.317, 1.401, 1.402, 1.410, 1.733 a 1.735, 1.738 y 1.923 del Código Civil; 1.322, 1.428, 1.413 y 1.438, también del Código Civil, en su redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981; 6.º y 7.º del Código de Comercio; 1, 17, 20, 38, 40, 44, 71, 79, 83, 84 y 126 de la Ley Hipotecaria; 9.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 77 de la Ley del Registro Civil; 100, 144, 166, 173 y 174 del Reglamento Hipotecario; 144, también del Reglamento Hipotecario, en su redacción anterior al Real Decreto de 10 de noviembre de 1984; las Sentencias de 5 de diciembre de 1958, 26 de marzo de 1971, 25 de mayo y 3 de julio de 1976, 26 de marzo de 1979 y 26 de enero de 1985, y las Resoluciones de este Centro Directivo de 9 de noviembre de 1955, 6, 10 y 19 de noviembre de 1981, 5 de marzo de 1982, 12 de septiembre y 23 de noviembre de 1983 y 3 de octubre de 1985.

1.º En tanto esté vigente la anotación de embargo, los principios de legitimación registral (art. 38-I de la Ley Hipotecaria) y de salvaguardia judicial (art. 1.º-III de la Ley Hipotecaria) y el de prioridad determinan que cualquier asiento ulterior ha de dejar incólume la validez y preferente eficacia de tal anotación, a salvo la posible rectificación o cancelación en virtud sólo de la pertinente resolución judicial [cfr. arts. 40, d), 79-3.º, 83 y 84 de la Ley Hipotecaria, y 173 y 174 del Reglamento Hipotecario].

2.º De acuerdo con esta doctrina, cuando en el Registro se practica la inscripción de la adjudicación del bien ganancial —ya embargado— a la esposa, se expresa por el Registrador en el nuevo asiento que la finca está «gravada» con el «embargo» objeto de dicha anotación, y esto a pesar de que la escritura de adjudicación del bien a la esposa, a consecuencia de la liquidación de gananciales, fue otorgada en 7 de noviembre de 1980, es decir, meses antes de ordenarse el embargo objeto de la anotación.

3.º Así pues, aun después de practicada la ulterior inscripción de la adjudicación del bien en favor de la mujer sigue en vigor la presunción de validez y eficacia de la garantía que el embargo implica y el valor preferente de la misma. No obsta, pues, por sí solo a esta preferente validez y eficacia del embargo el que del Registro resulte por el asiento ulterior que cuando la finca ganancial fue embargada ya no pertenecía al marido demandado. Además, también resulta del Registro que cuando el embargo fue acordado y la anotación preventiva practicada, el marido demandado en el juicio era todavía según el Registro, dada la Ley entonces en vigor, el administrador de la sociedad de gananciales y, por tanto, con la suficiente potestad de representación procesal de esta masa

patrimonial (cfr. en este sentido la Sentencia de 25 de mayo de 1976). Y no cabe que pueda invocarse ahora en contra de esta suficiente potestad del marido, que ya entonces marido y mujer habían acordado entre sí la disolución de la sociedad de gananciales o cualquier otra alteración del régimen de la representación procesal del patrimonio ganancial que no hubiera sido llevada oportunamente al Registro de la Propiedad. Pues por uno u otro camino —sin que en este momento importe determinar por cuál— es posible la validez del embargo —que conforme al art. 38 de la Ley Hipotecaria ahora hay que presumir— en beneficio del acreedor demandante, bien porque entonces no se hubiera hecho todavía mención de la disolución de la sociedad de gananciales al margen de la inscripción de matrimonio, y el demandante, por tanto, quedara amparado por el artículo 77 de la Ley del Registro Civil, bien por resultar el acreedor amparado por la doctrina que manifiestan los artículos 1.733 a 1.735 y 1.738, y las Sentencias de 5 de diciembre de 1958 y 3 de julio de 1976, según la cual los poderes de representación, una vez extinguidos por cualquier causa, subsisten en beneficio de los terceros de buena fe, dadas las particulares circunstancias del caso.

4.º El Registrador suspende la inscripción de la adjudicación acordada judicialmente en el juicio ejecutivo entablado contra el marido, porque ni se ha cancelado ni se puede cancelar la inscripción de la adjudicación del bien ganancial a la esposa por un obstáculo que, según él, surge del Registro —art. 20 de la Ley Hipotecaria—, pues de éste resulta que, con anterioridad al embargo, se había producido un acto específico traslativo de la finca en favor de la mujer, cual es la escritura de liquidación de gananciales, y por ser acto traslativo anterior al embargo es preferente a éste de acuerdo con el artículo 1.923, 4.º, del Código Civil y con la doctrina del Tribunal Supremo y de este Centro Directivo sobre la interpretación de este último precepto.

5.º Ciertamente esta doctrina sobre los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código Civil establece que la anotación de embargo sólo confiere preferencia frente a las deudas contraídas o actos traslativos otorgados con posterioridad a la constitución de la garantía que el embargo implica, y no frente a las deudas contraídas o actos traslativos otorgados con anterioridad. Por eso un acto traslativo del bien anterior al embargo, aunque se inscriba después de la anotación, vendrá a impedir la cancelación que ordene el Juez a consecuencia de la ejecución en que desemboque el embargo (Resoluciones de 9 de noviembre de 1955, 5 de marzo de 1982 y 12 de septiembre de 1983). Pero, desde el punto de vista de los acreedores que tengan derecho a perseguir los bienes gananciales, ni la disolución de la Sociedad, ni siquiera la adjudicación de tales o cuales bienes gananciales a uno u otro cónyuge a consecuencia de la liquidación, significan que se haya producido la salida del bien ganancial de la misma masa autónoma de responsabilidad en que por el régimen de la sociedad de gananciales el bien está incluido. No es el bien el que cambia —en virtud de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales— de masa patrimonial, sino la masa patrimonial misma con sus especiales afecciones, la que, sin perjuicio de las posibilidades de los acreedores, va a pasar a tener uno u otro régimen en su titularidad de gestión y representación, a partir de la disolución y variando según las distintas vicisitudes que sigan a la disolución. En todo caso, los acreedores conservan

—hay que repetirlo—, sobre los bienes gananciales, las mismas posibilidades que antes de la disolución (cfr. arts. 1.322 y 1.438 del Código Civil en su redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, y 1.317 en la redacción vigente) y al igual que ocurre con los acreedores del causante en relación con las vicisitudes de la herencia (cfr., principalmente, artículos 392-II, 405, 406, 1.003, 1.021, 1.023 y 1.084 del Código Civil en relación con los arts. 1.428 en su redacción originaria, y 1.401, 1.402 y 1.410 en su redacción vigente).

6.º No cabe, en particular, apoyar la calificación desfavorable en las exigencias del tracto sucesivo según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, puesto que la adjudicación judicial cuyo reflejo registral se pretende ahora es derivación y desenvolvimiento de la garantía que el embargo supone, el cual aparece registralmente, por lo ya dicho, como vigente y con preferencia sobre el asiento al que el Registrador considera obstáculo registral, sin que proceda entrar ahora, dados los términos del recurso, en la cuestión no planteada, de decidir si para la inscripción de la adjudicación judicial es siquiera necesario, o incluso procedente, la previa cancelación denegada.

7.º Aunque desde el punto de vista de los acreedores consorciales los bienes gananciales, disuelta la sociedad, siguen igualmente perteneciendo a la misma masa de responsabilidad, ha de reconocerse que las distintas vicisitudes de la titularidad y régimen de gestión del patrimonio determinan un distinto régimen de la representación procesal de los bienes gananciales y, consiguientemente, la correcta constitución inicial de la relación jurídica procesal va a tener otras exigencias para poder ser eficaz frente a los bienes gananciales. Es decir, la potestad de gestión y la de representación procesal de los bienes gananciales no está sujeta al mismo régimen cuando la sociedad de gananciales está vigente, cuando ha quedado disuelta (cfr. Sentencia de 26 de marzo de 1971), cuando uno y otro cónyuge pasen, después, a responder solidariamente por no ajustarse al rigor del inventario y cuando —gocen o no del beneficio de inventario— los bienes gananciales hayan sido ya distribuidos entre uno y otro. Y ciertamente, en este último supuesto, la demanda frente a un cónyuge, si se pretende que tenga efectividad frente a los bienes gananciales ya adjudicados al otro, debe ser dirigida contra los dos (Resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981).

Ahora bien, esta doctrina general debe dejar a salvo la efectividad de un embargo tomado en un juicio ejecutivo entablado sólo contra el marido, si por las razones ya explicadas el embargo aparece registralmente como adoptado con plena validez, a pesar de que ya se había producido la disolución de la sociedad. Entablado el juicio ejecutivo contra el marido, el conocimiento ulterior de esa disolución y de la adjudicación del bien a la mujer no puede menoscabar la eficacia de tal embargo. Y desde la protección de los intereses de la mujer, nada cabe oponer ahora si resulta del Registro y de los documentos judiciales presentados a la calificación que respecto de la mujer y a pesar de que como adjudicataria —por participación de los bienes gananciales— no puede considerarse como un tercero en el proceso entablado han quedado cumplidas sobradamente (con la notificación previa al embargo a los efectos del art. 144 del Reglamento Hipotecario y con el requerimiento de pago) incluso las garantías exigidas en favor de un tercero poseedor.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

II. COMENTARIO.—La presente Resolución plantea nuevamente el conocido tema de la preferencia de créditos anteriores a la anotación de embargo sobre la misma, aunque aquéllos hubieran sido reflejados en el Registro de la Propiedad con posterioridad a ella. Dice el artículo 1.923, 4, del Código Civil: «Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores... gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor». Y el artículo 44 de la Ley Hipotecaria: «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo 42 tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923 del Código Civil».

Sin embargo, en este supuesto la cuestión está matizada por el hecho de tratarse de una persecución de bienes gananciales. Por ello creo que, como punto de partida, es necesario deslindar ambos grandes temas: la preferencia de los créditos anteriores respecto a la anotación de embargo y la responsabilidad del patrimonio ganancial.

1. La anotación preventiva de embargo y los créditos anteriores

1.º Hay que distinguir:

1. Derecho sustantivo.

En el Derecho sustantivo encontramos dos ideas fundamentales que apoyan la preferencia citada:

— La anotación preventiva de embargo no varía la naturaleza de la obligación, que sigue siendo personal, por lo que nunca tendrá preferencia sobre un derecho real anterior a ella, aunque en el Registro éste se hubiera inscrito después que la anotación.

— En el embargo únicamente pueden afectarse los bienes que fueran del deudor en ese instante, por lo cual, si ya los había vendido en dicho momento, la anotación de aquél no puede gozar de preferencia sobre el adquirente anterior del bien o bienes, aunque no hubiera inscrito su derecho.

2. Derecho Registral.

En el Derecho Registral dos principios pueden entrar en colisión con esta doctrina: el de prioridad y el de legitimación, a los que la Resolución que comento añade un tercero: el de salvaguardia judicial contenido en el artículo 1.º, 3.º, de la Ley Hipotecaria.

2.º La jurisprudencia y la doctrina ante esta perspectiva:

1. La jurisprudencia.

— Sentencia del TS de 28-I-1903: La anotación preventiva de embargo

no varía la naturaleza de la obligación ni puede convertir en real e hipotecaria la acción personal ejercitada, por lo que nunca tendrá preferencia sobre un derecho real anterior a ella, independientemente de las fechas de inscripción.

— Sentencia de 21-II-1912: Las anotaciones preventivas de embargo no alteran la naturaleza jurídica de la obligación cuyo cumplimiento se pretende asegurar con ellas, por cuya razón, si a causa de un crédito personal el acreedor promovió juicio ejecutivo contra el deudor, el cual vendió la finca embargada, y aunque aquella se anotara antes de la adquisición, el dominio del comprador será preferido al derecho de crédito del acreedor en la tercería de dominio entablada.

— Sentencia de 5-VII-1917: Goza de preferencia una anotación posterior sobre otra anterior cuando la primera lo era en reclamación de un crédito escriturario y, consiguientemente, preferente sobre el otro crédito que sólo constaba en documento privado, a pesar de que éste hubiera servido de base para la anotación de embargo de fecha anterior.

— Sentencia del TS de 29-XI-1962: El embargo ha de recaer sobre bienes que pertenezcan al deudor en tal instante, es decir, sobre bienes que realmente posea y se hallen incorporados a su patrimonio, por lo cual la anotación preventiva de embargo no puede lesionar los derechos previamente adquiridos sobre la finca embargada ni producir efectos contra terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación, ya que ésta no prevalece sobre los actos dispositivos otorgados con anterioridad, aunque no estén inscritos, conforme a los artículos 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria.

— Sentencia del TS de 31-I-1978: La anotación preventiva de embargo no afecta a los actos adquisitivos de fecha anterior a la misma, aunque tales actos no se hubieran inscrito en el Registro de la Propiedad.

— Resolución de la DGRN de 9-XI-1955: No es inscribible, una vez inscrito el título del adquirente anterior, la adjudicación recaída en procedimiento seguido exclusivamente contra el transmitente, pues se opone a ello el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

— Resolución de la DGRN de 16-X-1974: El comprador en virtud de una escritura de fecha anterior a la anotación de embargo tiene preferencia sobre ésta aunque inscriba su derecho con posterioridad a dicha anotación, conforme resulta de los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923, 4, del Código Civil, así como de constante jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de la propia Dirección General.

— Resolución de la DGRN de 13-XII-1974: La anotación de embargo únicamente otorga prioridad respecto a actos dispositivos posteriores, pero no frente a los anteriores, incluso aunque la escritura de compra-venta se hubiera otorgado en el período de tiempo comprendido entre el decreto judicial del embargo y su anotación en el Registro, ya que, a estos efectos, la fecha del embargo no es la del momento en que se dicta, sino la del momento en que se anota.

— Resolución de la DGRN de 5-III-1982: La anotación preventiva de embargo sólo otorga preferencia sobre actos dispositivos posteriores, pero no sobre los anteriores; por tanto, si después de la anotación se inscribe una escritura de venta otorgada por el deudor con anterioridad, no será posible cancelar esta inscripción para inscribir la venta otorgada a favor del adjudicatario en el procedimiento ejecutivo.

— Resolución de la DGRN de 12-I-1983: La anotación preventiva de embargo no crea ni declara ningún derecho ni altera la naturaleza de las obligaciones ni mucho menos convierte en real e hipotecaria la acción que anteriormente no tenía ese carácter, y por eso tal anotación no lesiona los derechos adquiridos previamente sobre la finca embargada ni produce efectos contra terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación, ya que ésta sólo otorga preferencia sobre los actos dispositivos posteriores hechos por el deudor, pero no en cuanto a los anteriores al embargo anotado, y ello aunque tales actos no se hubieren inscrito; todo ello de acuerdo con los artículos 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria.

— Resolución de la DGRN de 12-IX-1983: Se considera correcta la calificación del Registrador que respecto a un mandamiento ordenando la cancelación de las inscripciones de segregación y venta la practica sólo en cuanto a las derivadas de escrituras posteriores a la anotación de embargo y deniega respecto a las de anterior fecha.

— Resolución de la DGRN de 3-X-1985: El problema sustantivo planteado aparece resuelto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, en su remisión al artículo 1923, 4, del Código Civil, a través de la interpretación de reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General al declarar que las anotaciones de embargo sólo otorgan preferencia sobre los actos dispositivos que han tenido lugar con posterioridad a la propia anotación, pero no en cuanto a los anteriores al embargo anotado que hayan sido otorgados por el mismo deudor y que después han accedido al Registro; por lo cual, al no ser procedente que se cancele la inscripción hecha a favor del primer comprador, surge un obstáculo para que pueda inscribirse la segunda escritura de compraventa hecha a favor del adjudicatario, que tiene su fundamento en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

— Etc.

2. La doctrina.

— Postura mayoritaria: La anotación preventiva de embargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria y 1923, 4, del Código Civil, únicamente goza de preferencia respecto a créditos contraídos con posterioridad a la fecha de dicha anotación. Lo mismo es aplicable en cuanto a actos dispositivos; por tanto, si el acto dispositivo es anterior a la anotación, aunque se hubiera inscrito en el Registro con posterioridad a la misma, no puede ser cancelado por el Registrador (ROCA, CHINCHILLA, LACRUZ, etc.) (1).

(1) ROCA (*Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., tomo IV-1.º, pág. 132) señala al respecto: «El embargo anotado preventivamente ha sido ordenado sobre la finca o derecho pensando que ello pertenecía al deudor, pues a su favor figuraba inscrita en el Registro esta finca o derecho. Pero el Registro sobre este particular ofrecía un contenido inexacto, ya que en la realidad jurídica extrarregistral la misma finca o derecho pertenecía a otra persona. Y como el favorecido con dicha anotación preventiva de embargo no tiene la consideración de tercero adquirente protegido por la fe pública registral, ya que, al menos respecto de las inscripciones anteriores a la anotación, no es titular de derecho real alguno de hipoteca, o asimilado a ésta, de ahí que la expresada anotación preventiva de embargo practicada adolezca de un vicio que puede conducir a su cancelación».

MOLINA RAVELLO (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1958, págs. 60 y ss.) cita el artículo 38, 3, de la Ley Hipotecaria («se sobreseerá todo procedimiento de apremio en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro, que dichos bienes constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento»), estimando que para que tal sobreseimiento tenga lugar no se establece que los bienes debieran haberse inscrito antes de la anotación.

— Postura minoritaria: Para RAMOS FOLQUÉS tiene preferencia la anotación preventiva de embargo porque es equiparable a una hipoteca judicial y el anotante tendrá la condición de tercero protegido por la fe pública. Además —sigue diciendo este autor—, el principio de legitimación consagrado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria es aplicable a todos los supuestos sin excepción.

3. Conclusiones a la construcción jurisprudencial y doctrinal.

— La anotación preventiva de embargo no goza de preferencia respecto a créditos contraídos con anterioridad a la fecha de la misma. Tampoco respecto a actos dispositivos anteriores a la anotación. Y ello aunque el crédito o la adquisición se hubiesen inscrito en el Registro con posterioridad a la anotación (2).

— El anotante no tiene la condición de tercero protegido por la fe pública. No obstante, si el adquirente anterior a la anotación no inscribe su derecho y la finca se adjudica al anotante, éste, una vez inscrito, podría quedar protegido por la fe pública si reuniese los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

— Una vez inscrito el título adquisitivo del adquirente anterior el principio del tracto sucesivo jugará a su favor e impedirá la inscripción del título del anotante-adjudicatario

II. La responsabilidad del patrimonio ganancial

Después de la reforma del Código Civil el 2 de mayo de 1975, los cónyuges pueden pactar el cambio de su régimen económico-matrimonial (artículo 1.325: «En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo»). Consiguientemente, pueden disolver la sociedad de gananciales. Ahora bien, ¿cuál es la posición de los acreedores anteriores a tal disolución respecto al patrimonio ganancial? O, dicho de otro modo, ¿por la disolución de la sociedad de gananciales desaparece automáticamente el patrimonio ganancial como masa responsable respecto a deudas anteriores?

(2) El apoyo jurídico de este razonamiento se encuentra en el Derecho sustantivo, que se impone, o, mejor dicho, no permite el juego de los principios registrales: la antigüedad del crédito se superpone a la antigüedad del asiento porque la naturaleza jurídica del derecho de crédito —personal— no es suficiente para imponer su prioridad registral mediante la anotación de una simple medida cautelar —como es el embargo— sobre un auténtico derecho real —como es el derecho de propiedad del adquirente anterior—. Es decir, la anotación de embargo (reflejo registral de la medida cautelar que aquél representa) no puede quedar amparada, en este caso, por el principio de prioridad: las fechas de preferencia, otorgadas por la fecha del derecho de crédito, permanecen inalterables. Dicha anotación —publicitaria— sólo pretende evitar la aparición de un tercero protegido por la fe pública que hiciera inútil el procedimiento del acreedor ejecutante, pero un tercero adquirente posterior, porque la fecha de preferencia del derecho de crédito sigue siendo la misma y éste no adquiere carácter real por su anotación preventiva en el Registro.

En este sentido señalaba la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 «Las anotaciones preventivas no declaran ningún derecho ni menos convierten en real el que no tenía este carácter. . no modifican el carácter de las inscripciones, cambiando las simples en hipotecarias, ni hacen al Juez agente de los litigantes, compeliéndole a que supla la negligencia del acreedor y le otorgue garantías que tal vez el deudor mismo al tiempo de obligarse no habría constituido. . El que contrata y no exige hipoteca se contenta con la garantía que le da el crédito personal del deudor y no debe tener preferencia alguna sobre los que se hallan en el mismo caso. Si el deudor deja de cumplir lo pactado al tiempo convenido, podrá el acreedor compelerlo al pago acudiendo a la vía judicial, pero esta demanda no cambia la naturaleza del crédito ni la fuerza del título».

(3) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en *Derecho de Familia*, 1982, pág. 421.

Quizá, antes de seguir adelante conviniera tener en cuenta unas palabras de DÖLLE que recogen LACRUZ y SANCHE: «La masa común no es una persona jurídica, sino un patrimonio autónomo. Por consiguiente, no puede ser deudora, y sí sólo objeto de responsabilidad. Tampoco la mano común constituida por la unión del marido y la mujer responde como tal. Deudores son siempre los cónyuges, aislada o conjuntamente, como personas individuales. Cuando responde la masa común por la deuda de uno de los cónyuges hay responsabilidad por deuda ajena, al pertenecer parcialmente el objeto de responsabilidad a uno que no es deudor».

La Resolución de la Dirección General de 23 de noviembre de 1983 señala: «Considerando que en relación a la nueva regulación de la sociedad de gananciales con el régimen general de coadministración impuesto y las excepciones y matizaciones que a este principio el propio Código Civil establece, se ha puesto de relieve por la doctrina las dificultades en que pueden encontrarse los acreedores al intentar ejecutar sus créditos y determinar los bienes comunes o privativos que según los distintos supuestos pueden quedar afectos a las responsabilidades contraídas por ambos o uno cualquiera de los esposos, así como la dificultad o incluso imposibilidad de que sea el juicio ejecutivo el procedimiento adecuado para poder hacerlos efectivos, pero juzgándose por este sector doctrinal una reforma de las Leyes procesales que resolviese la dificultad apuntada». A lo que cabe añadir lo dicho por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de enero de 1985: «... El régimen de separación de bienes establecido por escritura de 24 de enero de 1978 no puede perjudicar ningún derecho adquirido por terceros, de acuerdo con el artículo 1.322 del Código Civil, además de que conforme el artículo 1.408 del Código previene, todas las deudas y obligaciones contraídas por el marido durante el matrimonio han de responder con cargo a dicha sociedad..., dado que, en otro caso, sería fácil burlar a los acreedores, a los que únicamente puede afectar la separación desde la fecha de inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, en el caso de bienes inmuebles...». Teniendo presente el reformado artículo 1.317 del Código Civil: «La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros».

Y cuando el cónyuge interviniente es comerciante se abunda más en la misma idea, pues ya desde el 2 de mayo de 1975 decía el Código de Comercio en su artículo 6.º: «En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos por esas resultas... Para que los demás bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges». Y en el 7.º: «Se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando se ejerza el comercio con consentimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo». Y en el 8.º: «También se presumirá prestado el consentimiento... cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro».

Por tanto, en el ejercicio del comercio por persona casada responderán los bienes comunes cuando medie el consentimiento de ambos cónyuges, que se entenderá otorgado por el no comerciante siempre que ejerza el

comercio con consentimiento y sin oposición expresa del otro; es decir, debe presumirse tal consentimiento siempre que no hubiera oposición por parte del cónyuge no comerciante (como dice OLIVENCIA, «La Ley presume que consiente el ejercicio del comercio el cónyuge que, conociéndolo o debiendo conocerlo, no se opone»).

Partiendo, entonces, de tal consentimiento y facultad de obligar del cónyuge comerciante al patrimonio ganancial, se puede decir:

- Los bienes gananciales quedan obligados como propios del actuante.
- No hay una persona jurídica responsable que se disuelve, sino, desde el primer momento, dos cónyuges deudores (4).

III. Conclusión

Hasta ahora las cosas están así: 1) preferencia de los créditos anteriores sobre la anotación de embargo; 2) responsabilidad del patrimonio ganancial por las deudas anteriores a la disolución de la sociedad, con independencia de dicha disolución.

¿Qué dice a esto la Dirección General?

1.º Parece partir de la postura mayoritaria sobre preferencia del crédito anterior: «Ciertamente esta doctrina sobre los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código Civil establece que la anotación de embargo sólo confiere preferencia frente a las deudas contraídas o actos traslativos otorgados con posterioridad a la constitución de la garantía que el embargo implica, y no frente a las deudas contraídas o actos traslativos otorgados con anterioridad».

2.º Pero entiende que tal doctrina no es aplicable al supuesto en cuestión por la peculiaridad concurrente de la responsabilidad del patrimonio ganancial: «Pero desde el punto de vista de los acreedores que tengan derecho a perseguir los bienes gananciales, ni la disolución de la sociedad, ni siquiera la adjudicación de tales o cuales bienes gananciales a uno u otro cónyuge a consecuencia de la liquidación, significa que se haya producido la salida del bien ganancial de la misma masa autónoma de responsabilidad en que por el régimen de la sociedad de gananciales el bien está incluido: Y matiza: «No es el bien el que cambia —en virtud de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales— de masa patrimonial, sino la masa patrimonial misma... la que, sin perjuicio de las posibilidades de los acreedores, va a pasar a tener uno u otro régimen en su titularidad de gestión y representación. . En todo caso, los acreedo-

(4) De LACRUZ y SANGHO (*ob cit*, págs. 484 y ss.) extraigo las siguientes notas: a) Aunque para el régimen anterior a 1981 el Tribunal Supremo (Sentencia de 26 de marzo de 1979) sostenía que, a diferencia de las herencias, la responsabilidad no se transmitía al cónyuge no deudor, después de dicha reforma el artículo 1.402 del Código Civil contiene una norma distinta: «Los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la participación y liquidación de las herencias» (no obstante —pienso yo—, el contenido de la Sentencia de 1979 no era aplicable al cónyuge comerciante del artículo 6.º del Código de Comercio). b) Actualmente es posible embargar bienes gananciales por deudas privativas (art. 1.373 del Código Civil). c) Los acreedores de la sociedad de gananciales son preferentes frente al crédito de cada cónyuge por reintegros e indemnizaciones (art. 1.399 del Código Civil). d) Después de la división cada cónyuge responde con sus propios bienes por las mismas deudas comunes que antes de la disolución del consorcio (art. 1.401 del Código Civil). e) El cónyuge demandado, si es el deudor, responderá con todos sus bienes, y si es el no deudor sólo podrá relegar al acreedor a los gananciales que hubiera recibido en la partición.

ies conservan —hay que repetirlo—, sobre los bienes gananciales, las mismas posibilidades que antes de la disolución».

3.º En el punto 7 viene a decir que una cosa es la responsabilidad del patrimonio ganancial y otra la representación procesal del mismo, dejando una importante doctrina: «La potestad de gestión y la de representación procesal de los bienes gananciales no está sujeta al mismo régimen cuando la sociedad de gananciales está vigente, cuando ha quedado disuelta, cuando uno y otro cónyuge pasan... a responder solidariamente, y cuando los bienes gananciales hayan sido ya distribuidos entre uno y otro». Y respecto a este último caso añade: «Y, ciertamente, en este último supuesto, la demanda frente a un cónyuge, si se pretende que tenga efectividad frente a los bienes gananciales ya adjudicados al otro, debe ser dirigida contra los dos» (pueden verse, en relación con este punto, las Resoluciones de 28 de marzo de 1983 y 27 de mayo de 1986).

Está claro el contenido final de la Resolución. Sin embargo, en el aire puede haber quedado una pregunta respecto a la doctrina hasta ahora vigente en cuanto a la preferencia del crédito anterior. Dejando al margen el matiz ganancial del supuesto, ¿existe en esta Resolución un cambio de criterio de la Dirección General en cuanto a la repetida preferencia del crédito anterior sobre la anotación de embargo? Recojo al respecto los siguientes puntos de la Resolución:

«1. En tanto esté vigente la anotación de embargo, los principios de legitimación registral... y de salvaguardia judicial... y el de prioridad determinan que cualquier asiento ulterior ha de dejar incólume la validez y preferente eficacia de tal anotación...».

«2. Cuando en el Registro se practica la inscripción de adjudicación del bien ganancial —ya embargado— a la esposa, se expresa por el Registrador en el nuevo asiento que la finca está 'gravada' con el 'embargo' objeto de dicha anotación...».

«3. Aún después de practicada la ulterior inscripción de la adjudicación del bien en favor de la mujer sigue en vigor la presunción de validez y eficacia de la garantía que el embargo implica y el valor preferente de la misma».

¿Nos encontramos ante una formulación de principios generales o, por el contrario, se trata de unas afirmaciones que deben considerarse como inseparables del especial contenido del supuesto de hecho?

J. P. R. B.

NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA OTORGADA EN UN PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA SI NO CONSTA HABERSE REALIZADO LAS NOTIFICACIONES A LOS TITULARES DE DERECHOS INSCRITOS O ANOTADOS CON POSTERIORIDAD A LA HIPOTECA, NO PREFERENTES A ÉSTA, CON ARREGLO A LA REGLA CUARTA DEL ARTÍCULO 235 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

Resolución de 24 de marzo de 1986 (B. O. del E. de 10 de junio).

I. *Hechos.*—El 8 de noviembre de 1977 y en escritura autorizada por el Notario de Gijón don José Manuel Iglesias, don Luciano Secades Vázquez hipotecó un piso sito en la avenida del Mar, número 2, de la ciudad de Oviedo en garantía de un préstamo de 700.000 pesetas, recibido por mitad de don Modesto Méndez Fernández y don Indalecio Parrondo Cosmen en escritura autorizada por el también Notario de Gijón don César Gutiérrez Herrero el 31 de agosto de 1979, el acreedor don Indalecio Parrondo Cosmen asumió la totalidad del crédito hipotecario anterior.

En 18 de enero de 1985 se inició ante el Notario don Alfredo García-Bernardo Landeta procedimiento ejecutivo extrajudicial regulado en los artículos 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Se hizo el requerimiento al deudor y se solicitó la correspondiente certificación registral de cargas a que se refiere el número tercero del artículo 235 de dicho Reglamento, de la que resulta que con posterioridad a la constitución de la anterior hipoteca y aparte de otros gravámenes que no interesan a efectos del recurso, se indicaba la existencia de una anotación preventiva de embargo a favor de la Entidad «Pescados Fanjul, Sociedad Anónima», practicada con fecha 2 de junio de 1984 en reclamación de 3.181.349 pesetas y en donde consta igualmente que se expidió la correspondiente certificación de cargas para el procedimiento a que se refiere esta anotación, con fecha 5 de junio de 1984. El 26 de febrero de 1985 hace constar el Notario en la diligencia correspondiente que no puede hacer la notificación que previene la regla cuarta del artículo 235 del Reglamento Hipotecario, a «Pescados Fanjul, Sociedad Anónima», porque en la certificación registral expedida no figura el domicilio de dicha Entidad. Seguidos los trámites se adjudicó el inmueble al único licitador don Manuel López González en el tipo de 924.000 pesetas. El 29 de marzo de 1985 y ante el mencionado Notario, don Alfredo García-Bernardo Landeta se otorgó la escritura de compraventa por don Indalecio Parrondo Cosmen, en nombre del deudor don Luciano Secades Vázquez actuando como vendedor y don Manuel López González como comprador del piso subastado en la avenida del Mar de la ciudad de Oviedo.

Presentado el precedente título el 13 de mayo de 1985 y vuelto a presentar el 12 de julio del mismo año: «Se deniega su inscripción en cuanto

a la adjudicación de la finca hipotecada y cancelación de la anotación preventiva de embargo letra a) posterior a la hipoteca que se ejecuta, por no acreditarse la notificación al titular de la misma 'Pescados Fanjul, Sociedad Anónima', conforme a las reglas cuarta y quinta del artículo 235 del Reglamento Hipotecario. Esta calificación se hizo de acuerdo con lo prevenido en el artículo 485 letra c) del mismo Reglamento. Oviedo a 24 de julio de 1985. El Registrador. Firmado Manuel Avello Estrada». «Presentado nuevamente el precedente documento a las diez horas del día 28 de los corrientes y persistiendo el mismo defecto que se dice en la nota anterior extendida el 24 de julio pasado, se reitera la calificación, contenida en la misma. Se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 485, c), del Reglamento Hipotecario. Oviedo a 30 de septiembre de 1985. El Registrador, Manuel Avello».

Don Alfredo García-Bernardo Landeta, Notario autorizante de la escritura de compraventa calificada interpuso recurso gubernativo solicitando la revocación de la nota, para lo cual alegó: Que la regla quinta del artículo 235 exige que la notificación se haga personalmente al interesado lo que ha provocado confusión en la doctrina y en la práctica que han creído ver en este carácter personal de la notificación una especial tutela a los titulares de esos derechos que se estima desproporcionada. La teoría de la notificación ha sido tratada en profundidad en la doctrina italiana y es conceptuada certeramente como una participación no de exigencia como los requerimientos o intimidaciones, sino representativa o de previsión, ya que notificar es participar o poner en conocimiento de alguien un hecho futuro o un hecho pasado o de presente como es en el presente caso la iniciación del procedimiento extrajudicial. Las notificaciones pueden ser individuales o personales y se pueden hacer por carta, telegrama o por medio del Juzgado o del Notario, y también pueden ser colectivas, cuando se hacen por anuncios en periódicos, boletines oficiales o expuestos en tablones de los Juzgados o Ayuntamientos. La regla cuarta del artículo 235 del Reglamento Hipotecario, interpretada lógicamente, lo que hace es excluir la notificación colectiva; la judicial, por tratarse de un procedimiento extrajudicial, así como las notificaciones no fehacientes. La notificación que al hacerse como todas las notariales puede tener lugar por correo certificado con acuse de recibo, aunque de la lectura de esa regla cuarta puede pensarse otra cosa. Se trata, pues, en suma, de una notificación normal que hay que hacer en el domicilio del acreedor interesado (art. 40 del CC). Si este domicilio no consta, así como tampoco otro sitio designado por el requirente y si éste no se presenta en la Notaría a recibir la notificación, ésta no es posible jurídicamente hacerla y si no es posible verificarla, no hay obligación ni carga de tenerla que hacer, como prescribe el artículo 1.272 del Código Civil para las obligaciones contractuales.

El procedimiento extrajudicial sumario es un procedimiento registral y lo que no está en el Registro, no está en el mundo. El acreedor hipotecario y el Notario no tienen la obligación ni la carga de subsanar ese defecto del asiento registral que, por otra parte, sería de muy difícil cumplimiento, ya que la Sociedad notificada puede no estar inscrita en el Registro Mercantil de Oviedo por tenerlo fuera de este Principado

o aun estándolo, pudo señalar en el juicio otro domicilio. La regla quinta del mencionado artículo 235 del Reglamento tutela jurídicamente el derecho del titular de la anotación preventiva, aunque económicamente casi pueda debilitarse constitutivamente su derecho, lo que no es previsible, por la omisión de la notificación en la que no han tenido culpa tanto el acreedor hipotecario como este Notario. El *ius distrahendi* del acreedor hipotecario no se puede aplazar por el hecho de tener que encontrar el domicilio de un ulterior acreedor y tal motivo no es causa de suspensión del procedimiento, tal como señala el artículo 236 del mismo Reglamento. Las consecuencias de convertir en nulo el procedimiento extrajudicial porque el posible perjudicado no ha cumplido con la carga de fijar el domicilio supondrían la encarnación de la antijuricidad, ya que los daños y perjuicios los sufriría no el acreedor hipotecario, sino el comprador de buena fe de la finca.

El Registrador en defensa de su nota alegó: Que el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria constituye un procedimiento singular derivado del pacto comisorio, de naturaleza muy dudosa, ya que durante la ejecución se plantean problemas de rango de derechos, de liquidación de cargas y de cancelación de gravámenes en inscripciones y anotaciones posteriores que no es propia de la actuación notarial, y ello justifica su reducida aplicación práctica y la prevención con que fue regulado en el artículo 201 del Reglamento Hipotecario de 1935, e incluso ahora, cuando expresa que su tramitación habrá de ajustarse necesariamente a las reglas para el mismo establecidas. Omitida toda notificación de la iniciación del procedimiento a «Pescados Fanjul, Sociedad Anónima», titular de una anotación preventiva de embargo, resulta incumplida la regla cuarta del artículo 235 del Reglamento y supone la nulidad del procedimiento. No parece suficiente la alegación hecha por el Notario para omitir la notificación, pues entonces debió suspender la tramitación del procedimiento. El legislador quiere que la notificación se haga de manera cierta y ello podría no acontecer así aunque figurase un domicilio en el Registro de la Propiedad, ya que el artículo 234 del Reglamento, a diferencia del artículo 130 de la Ley, no establece un domicilio paccionado para el deudor hipotecario. Seguir el criterio del recurrente supondría no dar cumplimiento a las exigencias del artículo 201 de la Ley y concordantes, cuando las personas designadas no aparezcan con sus domicilios en el Registro. En cualquier caso el domicilio cierto y actual del embargante es fácil de conocer ya que de la certificación de cargas aparece que «Pescados Fanjul, Sociedad Anónima», estaba ejecutando sobre la misma finca bajo el número 107/1984, del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Oviedo, su derecho, por lo que la certificación registral daba la pauta para llegar a conocer el domicilio, aparte de que ponía de manifiesto la existencia de dos ejecuciones simultáneas sobre la misma finca con los inconvenientes que ello lleva aparejado. La celeridad que puede conseguir con el procedimiento extrajudicial el acreedor hipotecario, ha de estar coonestada con los derechos de los demás afectados por la ejecución.

El Presidente de la Audiencia desestimó el recurso interpuesto y confirmó la nota de calificación señalando que la notificación de la regla cuarta del artículo 235 del Reglamento no puede omitirse por ningún concepto al estar establecida en garantía de los derechos inscritos o ano-

tados con posterioridad a la hipoteca y no es lícito prescindir de la misma mediante la diligencia realizada en la tramitación del procedimiento ya que además de la propia certificación expedida se deduce la existencia de un procedimiento judicial sobre la misma finca y sin que sea válido invocar intereses del acreedor hipotecario e incluso del adjudicatario de la subasta, y que el precepto comentado tiende a proteger los del propio ejecutado y acreedores posteriores.

11. *Doctrina de la Dirección General.—Fundamentos de Derecho.* Vistos los artículos 192, 2, y 132 de la Ley Hipotecaria, 234 a 236 del Reglamento para su ejecución y 202 del Reglamento Notarial.

1. El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria fue reglamentado por primera vez en el artículo 201 del Reglamento Hipotecario de 1915, y dio así sanción legal a una práctica anterior, en que a semejanza del establecido en el artículo 1.872 del Código Civil para la prenda, se pactaba en la escritura de constitución de hipoteca la posibilidad de que el procedimiento se pudiera sustanciar ante el Notario, en lugar de ante la Autoridad judicial.

2. La Ley Hipotecaria vigente en su artículo 129, 2.º, refrenda la innovación reglamentaria, si bien se aparta de la legalidad anterior, fundamentalmente, y en lo que a este recurso afecta en: a) a diferencia del Reglamento de 1915, enormemente permisivo en cuanto que era lícito a las partes alterar, en base al artículo 1.255 del Código Civil, total o parcialmente la regulación establecida, el vigente Reglamento Hipotecario en el párrafo primero de su artículo 235 dispone la necesidad de que las partes se ajusten a las reglas que a continuación establece; y b) en el anterior artículo 201 del Reglamento, el procedimiento extrajudicial no podría tener lugar si existían terceros que hubiesen inscrito su título antes de la nota marginal a que hace referencia dicho artículo, e incluso según la Resolución de 1 de junio de 1930 antes incluso que la inscripción de la hipoteca que iba a ejecutarse, mientras que ahora cabe la posibilidad, aunque existan terceros poseedores de la finca hipotecada o se haya inscrito sobre la misma otro derecho real o practicada anotación preventiva.

3. Ambas modificaciones introducidas por los artículos 234 y 235 del Reglamento Hipotecario están íntimamente relacionadas, ya que al existir terceros pueden originarse difíciles problemas durante la tramitación del procedimiento en materia de liquidación de cargas, cancelación de inscripciones posteriores, etcétera, y de ahí que al autorizarse o permitirse que pudiera tener lugar en estos casos este procedimiento extrajudicial, a cambio de ello, el Reglamento vigente, en defensa de los intereses de unos terceros y del mismo deudor, exigen con un rigor totalmente necesario, que se cumplan los trámites establecidos, sin que puedan ser alterados por las partes.

4. Entre los trámites ordenados en dicho artículo 235 destaca en su regla cuarta la notificación personal de la iniciación del procedimiento a los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca, o en su defecto a las personas determinadas en el artículo 202 del Reglamento Notarial y el hecho de exigirse que se practique una notificación en forma tan rigurosa tiene su fundamento en la propia esen-

cia de este procedimiento extrajudicial, y que antes se ha expuesto, a fin de proteger a estos terceros durante la sustanciación del mismo, no queden indefensos y puedan ejercer las facultades que a través de ese conocimiento la Ley les reconoce.

5. La circunstancia de que no se haya practicado la notificación al titular de la anotación preventiva de embargo practicada con posterioridad a la de la hipoteca ejecutante, por desconocimiento de su domicilio, supone la omisión de un trámite fundamental, no imputable indudablemente su desconocimiento al Notario ante quien se sigue el procedimiento, pero que no impide el que debiera haberse paralizado su tramitación hasta poder realizarla en la forma establecida en el artículo 202 del Reglamento Notarial, dados todos los intereses en juego, máxime cuando de los escritos del recurso, y de la certificación de cargas expedida se deduce que el anotante del crédito sobre la finca de ejecución, ha instado a su vez judicialmente la suya, con las consecuencias que ello podría originar.

6. Por último, es cuestión diferente la suspensión del procedimiento por las causas que señala el artículo 132 de la Ley Hipotecaria (al que se remite el artículo 236 del Reglamento Hipotecario) del hecho de que por no haberse cumplido uno de los trámites necesarios del procedimiento, exista un obstáculo que ha impedido su normal desarrollo.

La Dirección General ha acordado confirmar el acuerdo apelado.

III. COMENTARIO —No es frecuente encontrar una Resolución referente al proceso extrajudicial de ejecución hipotecaria, como ocurre con esta (que yo sepa la última es del año 1939, y por lo tanto, anterior a la Ley Hipotecaria de 1944-1946, y a su Reglamento de 1947). Y no es frecuente por dos razones fundamentales: Por un lado su escasísima aplicación (a pesar de que suele pactarse su posibilidad en la mayoría de las escrituras de hipoteca; en las otorgadas por instituciones financieras se ha convertido prácticamente en una cláusula de estilo); y por otro porque la regulación del mismo hoy en día es tan minuciosa en el Reglamento Hipotecario, que no parece fácil que se produzcan dificultades de interpretación en sus reglas, como, sin embargo, se ha producido en el supuesto examinado por la Resolución (salvo la dificultad de determinar qué personas deben ser notificadas, como veremos).

A pesar de que como digo antes es frecuente su pacto, no lo es su aplicación, como por otra parte no podía ser de otra forma, porque con este procedimiento de ejecución «rechina» más de un principio hipotecario, y alguna norma procesal, especialmente en el supuesto de aparecer terceros, como ocurre en este caso. Es de sobra conocido el origen histórico de la admisión de este procedimiento, inicialmente por la Jurisprudencia (por ejemplo, Sentencias del TS de 21 de octubre y 3 de noviembre de 1902, o Resoluciones de 28 de noviembre de 1893, 5 de diciembre de 1903, etc.), basándose fundamentalmente en el artículo 1.872 del Código Civil, hasta su expreso reconocimiento por el Reglamento de 1915, que lo reguló en su artículo 201. Interesa resaltar cómo este Reglamento lo admitió, pero sólo para el supuesto de que NO HUBIERA SURGIDO NINGUN TERCERO POSTERIOR A LA INSCRIPCION DE LA HIPOTECA. Esto llevó a MORELL, defensor de este procedimiento, a decir en conocida e ingeniosa frase que este procedimiento se había convertido en un castillo de naipes construido a duras penas para ser

destruido después. ROCA SASTRE, por su parte, con impecable lógica, sentenció que si no cabía su aplicación para el caso de aparición de terceros, su establecimiento se convertía en un pacto puramente personal, que no había que recoger en la inscripción de la hipoteca. Resulta evidente que con estas limitaciones era de casi nula aplicación, además de fácil de evitar por parte del deudor. Esta limitada introducción por parte del Reglamento de 1915 demuestra la «mala conciencia» del legislador al admitirlo. Curiosamente, sin embargo, permitió el establecimiento por los particulares de las reglas para su tramitación, fijando el citado artículo 201 sólo unas reglas fundamentales (nótese cómo dicho precepto disponía que... se observaran las reglas siguientes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil, con lo que las partes podían establecer reglas distintas). No obstante, resultaba evidente que las partes tampoco podían establecer cualesquiera reglas, sino que deberían respetar las normas esenciales establecidas en el Reglamento.

La Ley Hipotecaria de 1944-1946 admitió expresamente la posibilidad de pactar este procedimiento, «aún en el caso de que existan terceros», si bien sujetándose a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario. LA RICA (en sus comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria, hoy recogidos en el Libro Homenaje a dicho autor, editado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores, tomo I, págs. 90 y siguientes) criticó fuertemente esta posibilidad en el caso de existir terceros, por entender que se desnaturaliza la función notarial, obligándola a invadir campos acotados reservados hasta ahora a la judicial. A favor de dicha novedad se manifestaron, sin embargo, autores tan caracterizados como ROCA SASTRE y ANGEL SANZ. Lo cierto es que el Reglamento Hipotecario, cumpliendo el mandato legal, reguló este procedimiento en sus artículos 234, 235 y 236. La tramitación propiamente dicha se contiene en el segundo de dichos preceptos, que en su primer párrafo ya dice que el procedimiento se ajustará NECESARIAMENTE a las reglas que a continuación establece, suprimiendo, por tanto, la relativa libertad que a este respecto admitía el Reglamento de 1915, como vimos, compensando con ello la posibilidad de su aplicación aun en el caso de aparecer terceros.

Centrándonos ya en el recurso, el mismo se ha planteado precisamente en un supuesto de aparición de terceros. Antes de examinar la regla cuarta del artículo 235, que regula la notificación a estos terceros, veamos brevemente la regla tercera, que en su segundo párrafo ordena al Registrador hacer constar por nota al margen de la inscripción de hipoteca la expedición de la certificación en la que entre otros datos constará «la circunstancia de que no se entenderá dicho procedimiento con los que posteriormente inscriban o anoten cualquier derecho sobre la misma finca». ¿Significan estas palabras que el procedimiento NO PUEDE SEGUIRSE contra un tercer poseedor de la finca? CHICO ORTIZ (*Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, tomo II, pág. 984) así parece sugerirlo, siguiendo a RUIZ ARTACHO (este último en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1953, pág. 525). En sentido contrario se manifiesta ROCA SASTRE (en su *Derecho Hipotecario*, tomo IV, 2.º, séptima edición, página 1088), entendiendo que la expresión empleada por el Reglamento no quiere decir que esté prohibido entender el procedimiento con los adquirentes posteriores, pues rige entonces el artículo 134 de la Ley

Hipotecaria, queriendo dichas palabras decir que por iniciativa del acreedor no será preciso dirigir el procedimiento contra un nuevo adquirente de la finca ejecutada. En igual sentido parece manifestarse LA RICA, quien equipara esta nota con la de la regla cuarta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Vimos antes cómo la utilización de este procedimiento aun en el caso de existir terceros es una novedad de la Ley Hipotecaria de 1944-1946, y es precisamente en este punto donde el procedimiento bordea los principios hipotecarios y procesales. Aborda la cuestión la regla cuarta del artículo 235 exigiendo la notificación del procedimiento a los titulares de derechos «inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca, no preferentes a ésta». Prescindiendo por ahora de la forma de hacerse la notificación, veamos a quién hay que notificar. La regla lo dice bien claro: A los titulares de derechos anotados o inscritos con posterioridad, no preferentes a la hipoteca, añadiendo que para la determinación de cuáles sean los asientos posteriores y no preferentes, se estará a lo dispuesto en el artículo 227 del propio Reglamento (establece este precepto que se considerarán preferentes a los efectos del artículo 131 de la Ley las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor). Pues bien, la regla dice bien claro a quién hay que notificar, pero la aplicación en la práctica de esta regla no sólo no resultará siempre tan clara, sino que muchas veces será extremadamente difícil. Por lo pronto, al igual que no hay que notificar a los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad pero que sean preferentes, a la inversa habrá que notificar a los titulares de derechos inscritos o anotados con anterioridad a la hipoteca, pero que no sean preferentes a ésta. Es decir, la necesidad de notificar o no vendrá determinada por el rango del derecho; que aunque normalmente deriva de la fecha de su inscripción o anotación, no siempre será así. Será el Notario quien, a la vista de la certificación del Registro, deberá decidir a quién es necesario notificar, asumiendo funciones que más bien corresponderían al Juez; de ahí que, como vimos, LA RICA hablase de la desnaturalización de la función notarial (igual ocurre con las cancelaciones que este procedimiento genera, como veremos). La determinación de la preferencia de los derechos, como digo, normalmente no planteará excesivas dificultades, pero puede no ser así: Basta pensar, por ejemplo, en la alteración del rango de los derechos por voluntad de las partes, cada día más frecuente, y con claro apoyo jurisprudencial; o la igualdad de rango de diversos derechos (sólo en materia de hipotecas puede verse el reciente trabajo de GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO «Algunos problemas actuales de la hipoteca a la Ley de sus principios hipotecarios», hoy recogido en el tomo II de las *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, editado por el Colegio de Registradores, páginas 1353 y sigts., en donde estudian los graves problemas que plantea la igualdad de rango en las hipotecas, o la división de fincas hipotecadas sin distribución de la responsabilidad, etc.). Estos y otros muchos ejemplos que podrían ponerse demuestran la peligrosidad de la utilización de este procedimiento en caso de existir terceros, y la necesidad de asumir el Notario funciones (y responsabilidades) que en principio le deberían ser ajenas. En todo caso el Registrador deberá extremar las precauciones

al calificar para determinar si se han realizado todas las notificaciones exigibles.

Veamos ahora LA FORMA DE HACERSE LAS NOTIFICACIONES: El Registrador en su nota alegó no acreditarse la notificación al titular de una anotación posterior, reiterando en su informe dicha falta de notificación. El Notario, por su parte, tras hacer un estudio doctrinal sobre las clases de notificaciones para apoyar su postura, justificó la no notificación por no conocerse el domicilio de la sociedad titular de la anotación, al no constar en el Registro, alegando que al ser el procedimiento extrajudicial un procedimiento registral «lo que no está en el Registro no está en el mundo». La Dirección General, confirmando el auto de la Audiencia, como no podía ser menos, ratifica la calificación registral. Y es que, como ya vimos antes, el actual artículo 235 del Reglamento Hipotecario expresa que el procedimiento habrá de ajustarse NECESARIAMENTE a las reglas que sienta, y entre éstas la cuarta no sólo exige que se haga la notificación a los titulares de cargas posteriores, sino que taxativamente ordena que la misma habrá de hacerse PERSONALMENTE, con arreglo al artículo 202 del Reglamento Notarial (hoy redactado en la forma que establece el Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio). Caso de desconocerse el domicilio de la persona que debe ser notificada, como al parecer ocurría en el supuesto contemplado, el procedimiento no podrá continuar, sin que se trate de una suspensión del mismo, sino de la omisión de un trámite fundamental, como explícitamente establecen los fundamentos quinto y sexto de la Resolución.

Nótese cómo mientras la regla cuarta exige la notificación personal, la regla segunda habla de requerimiento notarial hecho al deudor en la forma establecida en el artículo 222, lo cual implica, con arreglo al párrafo segundo de dicho artículo que si no se conoce el domicilio del deudor, la notificación (notarial, nunca judicial, tratándose del proceso extrajudicial) se hará al administrador o al poseedor de hecho de la finca hipotecada, si fuera rústica, o al portero o alguno de los inquilinos si fuera urbana, incluso de no ser hallada ninguna de estas personas el requerimiento se tendrá por efectuado. LA RICA, comentando esta regla segunda del artículo 235, entiende que es dudoso que pueda fijarse por parte del deudor un domicilio a efectos de notificaciones, y en cuanto al tercer poseedor parece fuera de duda que el requerimiento ha de hacerse en su domicilio real.

Al exigir el artículo 235 la notificación personal, resulta claro que no será admisible efectuarla por medio de correo certificado, pues el propio artículo 202 del Reglamento Notarial en su párrafo quinto admite dicho sistema, «siempre que de una norma legal no resulte lo contrario». AVILA ALVAREZ (en su libro *el Instrumento Público en la Reforma de 1984*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 92 y 93) matiza cómo para que este precepto sea aplicable es necesario no sólo que la Ley no lo prohíba, sino que ni siquiera resulte de ella lo contrario; es decir, lo contrario a la posibilidad de la utilización del correo, como resulta evidente en el supuesto estudiado.

Plantea dudas de qué ocurrirá en el caso de que la persona que deba ser notificada tenga su domicilio en lugar donde el Notario ante quien se sustancia el procedimiento no pueda efectuar el requerimiento. ¿Qué Notario deberá entonces efectuar el requerimiento o la notificación en

su caso? LA RICA, y en el mismo sentido ROCA SASTRE, entienden que el requerimiento en todo caso habrá de hacerlo el Notario ante quien se sustancia el procedimiento, debiendo realizarse la notificación por acta del Notario competente para actuar en el lugar del domicilio del deudor o persona a quien deba notificarse, si bien por conducto del Notario ante el cual se siga el procedimiento. Esta laguna en la tramitación del procedimiento demuestra una vez más lo extraño que resulta su existencia y regulación. Lo que está fuera de toda duda, mucho más tras la Resolución que comentamos, es que si alguno de los titulares de inscripciones o anotaciones posteriores no puede ser notificado personalmente, el procedimiento no podrá continuar.

Termino con una alusión, aunque ello escape al tema planteado en el recurso, a la anomalía que supone la regla décima del artículo 235, que prevé que la escritura de venta que se otorgue será título bastante para la cancelación de la inscripción de hipoteca y la de TODOS LOS ASIENTOS POSTERIORES Y NO PREFERENTES A ESTA. Pone de relieve ROCA SASTRE cómo esto supone una extraordinaria facilidad cancelatoria. Esta regla décima siempre me pareció una norma más que discutible, pues choca que un precepto reglamentario pueda contradecir normas legales claras, como, por ejemplo, el artículo 83 de la Ley Hipotecaria, cuyo primer párrafo establece que las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria, y, sin embargo, al amparo de la citada regla décima podrán perfectamente cancelarse anotaciones preventivas vigentes, ordenadas por mandamiento judicial, en base a una escritura pública de venta. Además, a pesar de o decirlo así dicha regla entiendo, con CHICO ORTIZ, que habrán de cancelarse igualmente todos los asientos posteriores a la nota marginal en que se hizo constar la iniciación del procedimiento, puesto que éste no se entenderá con sus titulares.

M. C. M.

NO ES NECESARIA LA NOTIFICACIÓN DE LA DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO A LOS ARRENDATARIOS DE VIVIENDAS EN ÉL INTEGRADAS, CUANDO DICHA COMUNIDAD CONSTITUYA UN CONJUNTO PATRIMONIAL CON EL QUE SE EJERCE UNA ACTIVIDAD EMPRESARIAL POR LOS CONDUEÑOS.

Resolución de 18 de abril de 1986 (B. O. del E. de 14 de mayo).

I. *Hechos*—En escritura autorizada el día 18 de octubre de 1983 por don Ramón Alarcón Cánovas, Notario de Cieza, los hermanos don José y don Jesús Torres Piñera procedieron a extinguir la comunidad de bienes existente entre ellos, y en la que se incluían diversos inmuebles construidos por aquéllos y posteriormente arrendados.

Presentado el anterior documento en el Registro de la Propiedad de Murcia, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito el precedente documento en cuanto a las fincas números 9, 10, 18, 20, 21 y 22 de las radicantes en este Distrito Hipotecario, en los libros, folios y bajo los números de fincas e inscripciones que se indican al margen de sus.

respectivas descripciones. La inscripción de la finca número 22 se practica sólo en cuanto a la superficie de 81 metros 65 decímetros cuadrados, única inscrita, suspendiéndose en cuanto al exceso de 25 metros 96 decímetros cuadrados por falta de previa. Del derecho inventariado en el número 23 no se han pedido operaciones. Suspendida la inscripción respecto de las fincas números 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 19 de las radicantes en este Distrito Hipotecario, por el defecto subsanable de no justificarse haberse practicado la notificación a los inquilinos de las mismas exigida por el artículo 55 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con el artículo 47, párrafo tercero, y artículo 48 de la citada Ley de Arrendamientos, tomando en su lugar anotación preventiva de suspensión por término de ciento ochenta días naturales, al amparo del artículo 55 de dicha Ley, también en los libros, folios y bajo los números de fincas y anotaciones que se indican al margen de sus respectivas descripciones.—Murcia a 23 de abril de 1984.—El Registrador.—Firma ilegible».

El Notario autorizante del documento calificado interpuso recurso gubernativo y alegó: Que resulta paradójico que precisamente en el momento en que la comunidad se disuelve y se fija la parte que corresponde a cada condueño, éste se ve privado de la cosa mediante el ejercicio de un derecho de retracto que sustituye la cosa por una cantidad de dinero, modificando la situación jurídica del condueño de un modo radical. Que la mecánica de la subrogación, característica básica del retracto, opone a este derecho obstáculos casi insalvables para su actuación. Que el derecho de retracto en las disoluciones de comunidad supone considerar a las mismas con un carácter puramente económico, cuando en la práctica desempeñan multitud de funciones. El artículo 47, párrafo tercero, de la Ley de Arrendamientos Urbanos tiene un carácter absolutamente excepcional, por lo que su interpretación ha de hacerse conciliándolo con la estructura general de la comunidad, del retracto y de la protección del inquilino. Analizando los precedentes históricos hay que entender que no es que el legislador haya querido decir que la disolución de comunidad produzca o deba producir el efecto de una venta, sino que más bien se debe interpretar que lo que se dice es «que cuando la disolución de la comunidad provoca que una persona que, al tiempo en que la vivienda se arrendó, no era dueña de ella (ni en todo ni en parte), la adquiere, se ha producido, por una vía indirecta, la misma consecuencia que si la vivienda se hubiera vendido directamente, y, en tal caso, el retracto debe proceder». Algunos elementos que se encuentran en la propia Ley revelan la misma idea: La sanción del mecanismo completo de constitución-disolución y la contemplación del fraude como elemento decisivo de la consecuencia prevista en el precepto. Del espíritu y finalidad de la norma se desprende que ésta resulta inaplicable a las comunidades que existan antes que el arrendamiento, o más exactamente, al propietario de cosa común cuya propiedad sobre la cosa sea anterior al arrendamiento. La realidad del tiempo en que ha de ser aplicada la norma es igualmente contraria a la procedencia del derecho de retracto. La dicción legal del artículo 47, tercero, de la Ley de Arrendamientos Urbanos no es impropia, sino que está precisamente pensando más en el fenómeno de división que en el de disolución, porque en aquél es donde encuentra la vía especialmente abierta el fraude al derecho de retracto, y donde

más que frecuente sería casi natural. Entre piso y edificio hay un límite, traspasado el cual no se puede conceptuar la venta de una pluralidad de pisos como venta «por pisos», ni por plantas o agrupados, sino que más allá del límite procede el retracto porque estaríamos más cerca del concepto de finca total para la Ley de Arrendamientos Urbanos. La comunidad disuelta en la escritura calificada se caracteriza por ser antigua, extensa, uniforme y activa o dinámica, con actividad habitual. En el lote adjudicado a don José Torres Piñera se aprecia, de una parte, el mantenimiento de la unidad estructural de los edificios, y de otra el reforzamiento de la estabilidad en el arrendamiento. Y, por último, en cuanto al edificio en plaza de Fuensanta, su ingreso en la comunidad es anterior a cualquier arrendamiento concertado sobre el mismo.

El Registrador de la Propiedad de Murcia emitió informe, y afirmó: Que no cree necesario rebatir los argumentos teóricos empleados en el recurso, pues de lo que se trata es de aplicar la Ley, y ésta atribuye la facultad de tanteo o retracto al inquilino en el caso de adjudicación de vivienda por causa de división y adjudicación de cosa común, excepto cuando fuere adquirida por herencia o legado o con anterioridad al 1 de enero de 1947, título y fecha que no concurren en el caso que nos ocupa. El artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos impone como requisito para inscribir en el Registro de la Propiedad los documentos de adquisición de fincas urbanas el justificar que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los artículos 47 y 48, con los requisitos exigidos en los mismos. Y que la facultad calificadora del Registrador, si bien no alcanza a declarar o denegar derechos, sí abarca el control de todos los requisitos legales para producir el asiento registral.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Albacete dictó auto en que confirmó la nota de la Registradora, en base a fundamentos análogos a los expuestos por la Registradora de la Propiedad.

El Notario recurrente se alzó contra el auto presidencial, reiterando los argumentos expuestos en el escrito inicial.

II. *Doctrina jurisprudencial.*—Vistos los artículos 400 y 406 del Código Civil, 47 y 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1956, 12 de noviembre de 1960, 20 de enero y 16 de junio de 1962, 12 de marzo de 1963, 7 de junio de 1968, 15 de junio de 1974, 4 de febrero de 1975 y 5 de enero de 1981, y las Resoluciones de este Centro de 13 y 30 de enero de 1980 y 21 de septiembre de 1983:

1. Los hermanos Jesús y José Torres Piñera, de ochenta y cinco y ochenta y dos años de edad, al otorgar la escritura calificada, acordaron liquidar el negocio de construcción que habían venido desarrollando durante más de treinta años, y que consistía en la edificación, para después arrendar, en solares, heredados unos y adquiridos otros, a título oneroso durante sus respectivos matrimonios, unos antes de 1 de enero de 1947 y otros con posterioridad a esa fecha. Cada edificio construido pertenecía a ambos hermanos en condominio ordinario, y aparecen en el Registro como una sola finca registral, a excepción de uno de ellos, sobre el que se constituyó en régimen de propiedad horizontal mediante su división en pisos y locales comerciales que se adjudicaron en *pro indiviso* a nombre

de los dos hermanos, salvo algunos que fueron enajenados a terceras personas. La mayor parte de las viviendas de todos los edificios se encuentran arrendadas.

En la escritura discutida se extingue el mencionado condominio sobre todo el conjunto patrimonial que estaba integrado por las construcciones ya indicadas y una cantidad en metálico de 4.000.000 de pesetas. En la disolución de comunidad efectuada, en el aspecto que aquí interesa, se adjudicó en pleno dominio a uno de los dos hermanos todos los pisos y locales que como fincas independientes les pertenecían en el edificio constituido en régimen de propiedad horizontal.

Inscritas las adjudicaciones a favor de cada condueño respecto de las edificaciones completas, así como de los locales comerciales, se suspende, por el contrario, la inscripción respecto de aquellas viviendas arrendadas que aparecen registralmente como fincas independientes ante la falta de notificación al inquilino que impone el artículo 47, tercero, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo que en este recurso hay que decidir si es o no necesaria su práctica para que puedan tener acceso al Registro estas concretas adjudicaciones de viviendas efectuadas.

2. Cuando uno o varios bienes inmuebles pertenecen a una pluralidad de sujetos en proindivisión ordinaria, y forma parte de una actividad empresarial realizada en común por los copropietarios, surge, según declaró la Resolución de 20 de marzo de este año, una situación que trasciende de la mera copropiedad, y aunque en este conjunto patrimonial creado no puede afirmarse que ha nacido un objeto jurídico nuevo, de modo que la titularidad que recaiga sobre el mismo haga desaparecer las titularidades sobre cada uno de los bienes, es indudable que se produce una matización que forzosamente ha de influir en el tratamiento y resultado de la cuestión planteada.

3. La norma del artículo 47, tercero, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que exige la notificación al inquilino en los supuestos de adjudicación de vivienda como consecuencia de división de cosa común, tuvo su antecedente en el Decreto-ley de 8 de febrero de 1952, en donde se justificaba la introducción de esta norma como una medida para evitar el que quedaran enervados a través de esa operación los derechos de tanteo y retracto que correspondían al inquilino en caso de renta. Por ello, la norma exceptúa aquellos supuestos en que el fraude no puede tener lugar, como en el caso de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, y de adquisiciones realizadas antes de 1 de enero de 1947. Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ampliado la excepción, entre otros, a supuestos de donación (cfr. Sentencias de 20 de enero de 1962 y 4 de febrero de 1975, así como la Resolución de 13 de febrero de 1980), transmisión y constitución de renta vitalicia (Sentencia de 29 de mayo de 1957), o aportación de inmueble a Sociedad (Sentencia de 12 de junio de 1964).

4. Parte de la argumentación del Notario recurrente se centra en que en este caso concreto no pudo haber intención de defraudar por parte de los arrendatarios, ya que el espíritu y la finalidad de la norma legal la hacen inaplicable a aquellas comunidades *pro indiviso* anteriores a los arrendamientos celebrados, pues, al constituirse tales copropiedades, no han podido contemplar la desviación del derecho del inquilino. Pero, aunque se aceptara este tipo de argumentos, no hay que olvidar que su

percepción escapa a la misión del Registrador, que únicamente califica por los documentos presentados y que tiene a la vista, sin que en un recurso gubernativo pueda decidirse sobre cuestiones que son más propias y tiene su cauce dentro de un proceso judicial.

5. No hay que olvidar, por otra parte, que este artículo 47, tercero, tiene un carácter excepcional al separarse su contenido de lo que constituye la esencia de la institución del retracto, y su difícil correlación con lo ordenado en el artículo 50 de la misma Ley, y de ahí la interpretación restrictiva y finalista con que se viene aplicando por la jurisprudencia. Y, en este sentido, hay que acoger la afirmación del Notario recurrente de que lo que contempla el artículo 47, tercero, no es la simple disolución de la comunidad sin más, sino un mecanismo completo de constitución-disolución, a través del cual alguien que primitivamente no tenía ninguna relación con la vivienda se convierte en dueño único de la misma.

6. En efecto, en el presente caso se está ante una unidad patrimonial integrada por una pluralidad de elementos que, en su transmisión, se configuran como un todo, y por eso en las disoluciones de este tipo, los diversos lotes que se originan comprenden una pluralidad de bienes que rebasa la individualidad de cada uno de ellos. Lo que se pretende con el negocio divisorio, su causa, es poner fin a la interdependencia del patrimonio de los comuneros, y por eso el consentimiento y la causa recaen sobre un objeto único, sin que pueda estimarse que hay tantos negocios jurídicos como bienes en proindivisión. Contemplado así, el retracto queda excluido (véanse Sentencias de 12 de marzo de 1969 y 5 de enero de 1981).

La Dirección General ha acordado revocar el auto apelado.

III. COMENTARIO.—Como ocurre en esta materia, la Resolución de la Dirección General se desenvuelve en un terreno excesivamente resbaladizo, rozando los límites que marcan la frontera entre su competencia y la del orden jurisdiccional. De todas formas, la propia Resolución se preocupa de aclarar que un recurso gubernativo no puede decidir «sobre cuestiones que son más propias y tienen su cauce dentro de un proceso judicial», con lo que muestra su profundo respeto por las materias reservadas a la apreciación de los Tribunales de Justicia. Esto no obstante, en mi modesta opinión se puede afirmar que algunos de sus fundamentos de Derecho son más propios de una Sentencia que de una Resolución gubernativa. Dicho esto, pasemos al examen crítico de esta Resolución.

Son tres básicamente los elementos que la Resolución contempla: el elemento material o real (relativo al objeto de la disolución de condominio), el funcional (referente a la mecánica de aplicación del párrafo tercero del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) y, por último, el elemento intencional (que versa sobre el posible *consilium fraudis* en relación a los derechos de tanteo y retracto arrendaticios); analicemos cada uno de ellos.

A) *Elemento material o real*.—Viene presidido por la idea de patrimonio; la Resolución concibe al conjunto de bienes que pertenecen a los recurrentes en *pro indiviso*, y sobre los cuales versa la extinción de comunidad, no como un conjunto heterogéneo sin cohesión entre sí, sino como

un todo unitario. De esta forma se nos dice que «en el presente caso se está ante una unidad patrimonial integrada por una pluralidad de elementos que, en su transmisión, se configuran como un todo»..., de ahí expresiones tales como «negocio de construcción», «actividad empresarial», etcétera..., que la propia Resolución utiliza en sus razonamientos.

No ofrece duda, según se desprende de sus fundamentos de Derecho que, aunque la Resolución no lo diga expresamente, en ella late la idea de patrimonio, o más exactamente de patrimonio empresarial, pues al fin y al cabo el único vínculo que puede cohesionar al conjunto de bienes sobre los que recae la disolución de comunidad, no puede ser otro que esa «actividad empresarial» o «negocio de construcción» de que se hace mérito en la propia Resolución; si bien es cierto que no se atreve a denominar «patrimonio» a tal pluralidad de bienes, al menos de forma expresa, si le da a los efectos de su transmisión el carácter de «universalidad que forma un todo unitario».

La consecuencia de todo ello es que, siendo imprescindible para la procedencia de los tanteos y retractos arrendaticios la identidad entre el objeto de la locación y el de la transmisión (con las excepciones previstas en la propia Ley), en este caso quedarían excluidos tales derechos, pues la disolución no versa sobre unos bienes concretos y determinados de los cuales algunos se encuentran en situación de arrendamiento, sino sobre un conjunto de bienes que forman un todo único, con lo que el requisito de identidad a que antes se ha hecho referencia quedaría desplazado.

Varias son las cuestiones que plantea el punto que tratamos. ¿Puede existir sobre un conjunto de bienes en proindivisión esa configuración de patrimonio sin que la misma venga determinada por disposición legal?, o dicho de otro modo, ¿cabe la posibilidad de que un patrimonio se configure por la simple y única voluntad (expresa o tácita) de los interesados?; ¿no estaremos en este caso ante tantas comunidades *pro indiviso* como bienes existan?; ¿se hace preciso una disposición legal que prevea tal situación, tenga o no aquella su origen en la voluntad de las partes?, y en todo caso, ¿se encuentra dentro de la competencia del Registrador de la Propiedad, y, por tanto, de la Dirección General, la facultad de apreciar la existencia de tal vínculo cuando éste no deriva de una norma jurídica, sino de un mero hecho, tal como es la actividad empresarial en cuestión?; ¿no debería ser materia de prueba ante los Tribunales de Justicia y, por tanto, ser a éstos a quienes competa tal función?, etc... Estas y otras muchas preguntas con ellas relacionadas pasan constantemente por mi mente cuando releo la Resolución para escribir estas líneas; intentaré darlas solución lo mejor que sepa y que pueda.

A mi modo de ver, la apreciación de una situación patrimonial por parte del Registrador de la Propiedad es posible siempre que aquella venga impuesta por la propia Ley (herencia yacente, patrimonio del ausente, sociedad de gananciales, etc...), al igual que cuando aquella faculta para constituirla (sociedades, fundaciones, etc...), pues al fin y al cabo resulta del Derecho positivo, quien la crea directamente o bien faculta para crearla; pero cuando la existencia del vínculo que liga los diferentes bienes deriva de un simple hecho, al que la Ley no atribuye efecto alguno, tal como es la actividad económica o empresarial (sin que se encuentre constituida persona moral), entiendo que tal apreciación excede del ámbito de la calificación registral, la cual, según la propia legislación hipotecaria,

sólo podrá descansar en el Derecho positivo, sobre la base de lo que resulte de los libros y del título presentado, y no puede dicho funcionario comenzar a meditar sobre si cree o no que unos señores (o señoras) han vinculado los bienes que en *pro indiviso* les pertenecen a un negocio de construcción. Además, como ya he advertido, la Resolución no se atreve a emplear expresamente la palabra «patrimonio», lo cual me parece prudente, dada la discusión doctrinal y el conflicto jurisprudencial creado en torno a dicho concepto, pero ello crea aún más abstracción, puesto que si no es un patrimonio (porque desde luego empresa no es) no se sabe lo que es.

Por otro lado, si bien en la legislación fiscal vemos algún atisbo de este tipo de presunciones cuando considera como sociedades, a efectos de su liquidación por disolución, a ciertas comunidades de bienes, es lo cierto que su único alcance resulta ser fiscal y no sustantivo, y además la situación que analizamos no parece ser enfocada en el mismo sentido por la Dirección General.

B) *Elemento funcional*.—Como acertadamente expresa la Resolución, los derechos de tanteo y retracto arrendaticios por consecuencia de la operación prevista en el párrafo 3.º del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos han de ser interpretados restrictivamente, dado el carácter excepcional que reviste tal norma; en primer lugar, porque no se trata de verdaderos tanteos o retractos, ya que éstos exigen, respectivamente, la intención de enajenar o la enajenación consumada, mientras que en el caso de la disolución de comunidad no hay propiamente enajenación, al menos desde el punto de vista de la doctrina dominante, sino una simple concreción de los derechos que abstractamente pertenecían a cada condueño en la comunidad. De otro lado, por el alcance restrictivo que impera en el Decreto-ley de 8 de febrero de 1952, introductor de esta posibilidad, que va destinado única y exclusivamente a impedir una actuación fraudulenta que enerve los derechos de preferente adquisición del locatario. Por último, la Resolución añade como punto que también induce a la posición restrictiva, la difícil conciliación de este párrafo del artículo 47 con el artículo 50 de la misma Ley, el cual confiere preferencia al tanteo y retracto de comuneros frente al arrendaticio. Por ello la Dirección General acepta la tesis del Notario recurrente en cuanto al hecho de que el artículo 47, 3.º, es aplicable tan sólo a determinados supuestos, sobre la base de una mecánica de constitución-disolución de la comunidad.

En este punto la Resolución de la Dirección General me parece acertada; en él sí podrá descansar la calificación registral, pues se trata de determinar los supuestos de hecho a los que resulta aplicable el párrafo 3.º del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Pone de relieve cómo dicha norma no va referida a la disolución de cualquier comunidad, sino tan sólo a la de aquellas que por virtud del mecanismo de su constitución-disolución permitan el acceso como propietario único de la vivienda a alguien que primitivamente no tenía relación alguna con la misma. A continuación, el Centro Directivo vuelve, con base a lo dicho, por los derroteros de la idea de patrimonio implícito, cuando lo lógico hubiera sido, como el Notario recurrente, rechazar la aplicabilidad del precepto a este supuesto, no por efecto de la pretendida unidad patrimonial, sino porque al ser el arrendamiento posterior a la situación de comunidad el

condueño no es un extraño respecto a la vivienda antes de ser arrendada.

Por otro lado, esta Resolución responde perfectamente a la actual política legislativa, tendente a evitar en lo posible los abusos a que dio lugar en muchos casos la rigurosa aplicación de la Ley en cuestión; así, el Real Decreto-ley 2/1985, de 5 de abril, suprimió la prórroga forzosa para todos los arrendamientos que en el futuro se celebren.

Resalta el Centro Directivo la difícil correlación entre el párrafo 3.º del artículo 47 y el 50 de la misma Ley; para evitar al lector la molestia de utilizar los textos legales, transcribo a continuación dichas normas:

Art. 47, párrafo 3.º—«De igual facultad (tanteo y retracto) gozará el inquilino en caso de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común, exceptuados los supuestos de división o adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, y de adquisiciones realizadas antes del 1 de enero de 1947»...

Art. 50.—«El derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, con excepción del retracto reconocido al condueño de la vivienda o local de negocio transmitido».

En mi modesta opinión, la contradicción entre ambas normas es más aparente que real, ya que ambas responden a un mismo sentimiento jurídico tradicional en nuestra legislación: el rechazo de las situaciones de indivisión. En principio podría parecer contradictorio el hecho de que una norma atribuya preferencia al, mal llamado en este caso, tanteo y retracto arrendaticio frente a los condueños en las disoluciones de comunidad, y otra la atribuya al condueño en las enajenaciones de cuotas indivisas; sin embargo, creo que ambas normas son perfectamente congruentes. En el caso de la disolución de condominio la extinción de la comunidad se va a producir siempre, dando lugar a una propiedad única, ya sea en manos de un condueño o en manos del arrendatario (si es que éste utiliza su derecho de preferente adquisición). Por el contrario, en los supuestos de enajenación de cuota indivisa de la vivienda, conferir preferencia al retracto arrendaticio frente al de condueños hubiera supuesto el mantenimiento de la situación de indivisión, a base de sustituir a un comunero (enajenante) por otro (inquilino); al conceder en este caso prioridad a los derechos de los comuneros, la finalidad es clara: la extinción o, en todo caso, reducción de la comunidad. En consecuencia, siempre que el condominio deba desaparecer (supuesto del párrafo 3.º del artículo 47) el legislador prefiere al arrendatario frente al condueño, mientras que prefiere a este último sobre aquél, cuando tan sólo su actuación pueda poner fin a la comunidad, o al menos produzca el efecto de reducirla.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación del artículo 47, 3.º, cabe extraer las siguientes conclusiones: no se aplicará a las comunidades constituidas con anterioridad al año 1947 o al contrato arrendaticio (aunque resulten posteriores a dicho año); tampoco resultará aplicable a las comunidades que se hubieran constituido por títulos que excluyen por su propia naturaleza los derechos de tanteo y retracto, tal como son herencia, legado, donación, renta vitalicia (que por lo general suele ser *intuitu personae*), etc..., por cuanto el mecanismo de constitución-disolu-

ción previsto según esta Resolución en el precepto, obliga a excluir el derecho de preferente adquisición cuando el título constitutivo de la comunidad no sea atributivo de tales facultades.

C) *Elemento intencional*.—Versa sobre la imposibilidad de fraude a los derechos arrendaticios en este caso concreto, ya que el contrato de arrendamiento es posterior a la constitución de la comunidad y además no existe propiamente división de cosa común, sino tan sólo disolución del condominio, siendo así que es en aquélla donde suele darse la actuación fraudulenta.

Este planteamiento del Notario recurrente es acertadamente rechazado por la Dirección General, pues el Registrador no puede apreciar el ánimo de fraude, sino tan sólo si el acto documentado se ajusta o no a Derecho... No obstante, lo dicho anteriormente sobre el elemento funcional (mecanismo de constitución/disolución) da que pensar, ya que si lo que se pretende con él es evitar «que alguien que primitivamente no tenía ninguna relación con la vivienda» se convierta en dueño único de la misma, habrá que valorar esa «primitiva relación», lo que obliga al Registrador a examinar extremos de dudosa competencia suya. No habrá lugar a problema alguno si se acredita mediante documento de fecha fehaciente la constitución anterior de la comunidad respecto al arriendo, pero si aquélla fuera posterior, se plantearía la cuestión de si es lo mismo que la comunidad se hubiera constituido un año antes de su disolución que treinta años antes, por ejemplo; no se puede decir que en este último caso el condueño no tenga «una primitiva relación» con la vivienda (treinta años). Ahora bien, entiendo que esa primitiva relación a efectos de calificación (no jurisdiccionales), sólo podrá ser valorada cuando el título de constitución tenga fecha fehaciente anterior al arrendamiento, es decir, cuando esa situación resulte objetivamente valorable.

A. P. de la C.

ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA OTORGADA, POR RAZONES DE URGENCIA, SÓLO POR LA PARTE COMPRADORA, CON RATIFICACIÓN DE LOS VENDEDORES EN COMPARECENCIA AL DÍA SIGUIENTE. AUNQUE NO SEA DEL TODO CORRECTA DESDE EL PUNTO DE VISTA FORMAL.

Resolución de 18 de marzo de 1986 (B. O. del E. de 23 de abril).

I. *Hechos*.—Mediante escritura autorizada por el Notario de Barcelona don Tomás Giménez Duarte el día 9 de diciembre de 1982, don José Luis Galindo Delgado y su esposa, doña Pilar Alguacil Díez, compraron una vivienda; el representante de la Compañía vendedora —«Centro de Marketing Inmobiliario, Sociedad Anónima»—, don José María Barrau Compte, no compareció en el momento de la autorización del documento, «procediendo a otorgarse la presente por don José Luis Galindo Delgado y doña Pilar Alguacil Díez, previa advertencia que les hago de la necesidad imprescindible de la aceptación por parte de aquélla, insistiendo en su otorgamiento. Doy fe. Están las firmas de los comparecientes».

Mediante diligencia extendida a continuación, se hizo constar la comparecencia, al día siguiente de aquel otorgamiento, de don José María Barrau Compte, «en representación indicada de 'Centro de Marketing Inmobiliario, Sociedad Anónima (CMI)', quien, previa lectura íntegra que a su elección efectuó de la escritura que precede, la aprueba y consiente, adhiriéndose en todas y cada una de sus partes, y en lo menester, la ratifica».

Presentada copia del anterior documento en el Registro de la Propiedad número 5 de Barcelona fue calificado con nota del siguiente tenor: «Denegada la inscripción del presente documento por adolecer de los siguientes defectos: A) Al ser la compraventa un contrato consensual y bilateral, y resultar otorgada la escritura de compraventa únicamente por la parte compradora, la adhesión y ratificación que hace el representante de la Sociedad vendedora en la diligencia posterior es nula, ya que el negocio jurídico contenido en la escritura resulta inexistente conforme al artículo 1.445 y concordantes del Código Civil. B) El otorgamiento y los pactos formalizados en la citada escritura no se han podido producir en realidad, al no comparecer en ella una de las partes, ya que aquéllos presuponen el encuentro de voluntades y el consentimiento de ambas partes para el nacimiento de la compraventa ante el Notario autorizante de la misma, por lo que no se ha podido cumplir lo exigido por la estructura básica de los instrumentos públicos y por los artículos 176 y 193 del Reglamento Notarial. C) El documento presentado, en el que se observa la unidad de acto —artículos 180, 197 y 210 del Reglamento Notarial—, no puede ser incluido en ninguno de los supuestos en que aquélla se dispensa, a los que se refiere el párrafo segundo del artículo 176 del Reglamento Notarial. No se formaliza en la escritura, evidentemente, una oferta de contrato contempladas en el artículo 1.262 del Código Civil, ni la citada diligencia puede ser de aceptación o de ratificación, ni de adhesión a una oferta o a un negocio jurídico preexistente, pues en este caso dicha oferta o el negocio bilateral no existen; la oferta, porque no ha sido realizada, y el negocio jurídico, por haber sido otorgados los pactos exclusivamente por una de las partes y, además, sin asumir ni poder asumir la intervención ni los pactos de la otra parte que no comparece. D) Se infringen los artículos 147 y 176 del Reglamento Notarial, ya que al comparecer una sola parte se tendría que haber formalizado necesariamente un instrumento distinto, que podría haber sido el de la oferta de compra de la finca u otros posibles legalmente. También se vulnera el artículo 148 del citado Reglamento, ya que no se ha podido cumplir, al no otorgarse otra escritura diferente, con la regla imprescindible de la 'severidad en la forma', con lo que tal vez pueda explicarse por motivos de urgencia, pero éstos y cualesquiera otros no pueden admitirse y justificarse legalmente al producir las infracciones expresadas. E) En la diligencia no se hace constar que el compareciente tiene capacidad para otorgarla, ni se da fe especial de que le ha sido leída la misma o que se le ha permitido leerla; tampoco se dice que presta consentimiento a su contenido, por lo que, respecto a dicha diligencia, se infringen los artículos 25, párrafo tercero, de la Ley del Notariado, y el 167 y 193 de su Reglamento. Siendo insubsanables los defectos a), b), c) y d), y subsanable el e), no se practica anotación preventiva de suspensión, la que no ha sido solicitada. Esta

nota se extiende con la conformidad del Registrador cotitular en este Registro. Barcelona, 27 de abril de 1983.—El Registrador. Firma ilegible».

Don Tomás Giménez Duart, Notario autorizante de la escritura, interpuso recurso gubernativo, a efectos meramente doctrinales, y alegó: Que el presentante de la Sociedad vendedora no pudo comparecer en el momento de la autorización, y ante la imposibilidad de la parte compradora de reiterar la comparecencia en fechas inmediatas posteriores, optó por autorizar el título mediante otorgamientos sucesivos, en la forma prevista por el artículo 176, párrafo segundo, del Reglamento Notarial, en la redacción dada por el Decreto de 22 de julio de 1967; que aceptando el defecto subsanable señalado con la letra e) de la nota —pese a contener, a su juicio, un exceso de formalismo—, recurre contra los demás, calificados de insubsanables; que en contra del sentido general de la nota de calificación, no existe en nuestro Derecho positivo ningún precepto sustantivo que imponga, con carácter general, la unidad de acto o prestación simultánea del consentimiento por ambas partes, sino que se deduce la regla general contraria de diversos preceptos del Código Civil, tales como el 1.258 —los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento—, 1.262, 2.º —contratación por carta y, por extensión, entre ausente—; 1.278 —los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones necesarias para su validez—, 633 —sobre aceptación de donaciones—; que en el presente caso no estamos ante un supuesto regulado en el 1.262, 2.º, del Código Civil, sino ante la formalización de un negocio jurídico ya perfecto, e incluso en gran parte consumado, con anterioridad a la mera formalización del título, es decir, ante una recíproca compulsión y aceptación de lo dispuesto en el artículo 1.279 del Código Civil; que aun cuando se entendiera, frente a la postura del Registrador y Notario, que el título contiene una sucesiva oferta y aceptación, resulta evidente que la llamada «teoría del conocimiento» que se desprende del párrafo segundo del artículo 1.262 no es de orden público, ni tal precepto imperativo, como lo prueba la solución contraria —«teoría de la emisión o mero conocimiento»—, dada por el artículo 54 del Código de Comercio para una categoría tan amplia como la de los contratos mercantiles; que la parte que primeramente comparece manifiesta no que eleva a público un documento privado que quizá no existiera, sino que da forma al negocio jurídico que con la parte que posteriormente comparecerá ya ha concluido, manifestando incluso a determinados efectos fiscales que «la operación que se formaliza es anterior al 31 de diciembre de 1981, de donde se deduce que el contrato ya se ha perfeccionado antes del otorgamiento del título notarial al no tener éste carácter constitutivo»; que frente a lo argüido por el Registrador, precisamente por no ser la compraventa un contrato formal, sino consensual, se perfecciona con independencia del otorgamiento de la escritura; que en cuanto a la bilateralidad, ambas partes han otorgado que aceptan en su integridad el título, y parece absurda la postura del Registrador, según la cual los títulos se otorgan al unísono o no existen; que el sucesivo encuentro de voluntades no tiene un significado físico —como parece entender el señor Registrador—, sino jurídico; que en cuanto al principio de unidad de acto conviene distinguir sus dos aspectos, formal-instrumental y material-negocial; que la unidad de acto formal significa que la lectura, la conformidad del uno o los

varios comparecientes, y la autorización por el fedatario deben producirse en una cadencia temporal no interrumpida, y es competencia de la legislación sustantiva reguladora del negocio concreto, y, en nuestro caso, el Código Civil en ningún momento exige la unidad de firma, como antes quedó expuesto, y por ello el artículo 176 del Reglamento Notarial permite el otorgamiento sucesivo o por adhesión «cuando la Ley no exigiere expresamente el requisito de la unidad del acto»; que frente a esta argumentación nada prueban los artículos 180, 197 y 210 del Reglamento Notarial, invocados por el Registrador, pues se refieren a la unidad del acto en su sentido formal; que el Notario no debió redactar un instrumento distinto, en contra de lo que deduce el Registrador del artículo 147 del Reglamento Notarial, sino que fue, precisamente, la interpretación de la voluntad de ambas partes lo que llevó a redactar el instrumento en los términos discutidos; en cuanto al artículo 148 del Reglamento Notarial, también esgrimido en la nota, que el ajustarse a lo realmente querido por las partes es lo que ha dado lugar a la calificación negativa del Registrador, y ello, probablemente, no hubiera sucedido si, como se dice en la nota, se hubiera redactado un documento distinto que hubiera resultado conceptualmente no verdadero; que en orden a la propiedad del lenguaje, que el documento no está redactado en un aceptable castellano, aun reconociendo ciertas deficiencias de puntualización y acentuación que no cree sean susceptibles de calificación; respecto a la severidad de la forma, que una forma, para ser severa, ha de ser, ante todo, conceptualmente verdadera, como ocurre en el presente caso, no haciendo asumir a una de las partes el mandato verbal de la otra cuando en realidad no lo ostenta, aunque ello vaya en detrimento de la elegancia estructural del instrumento.

El Registrador informó que cuando se trata de un negocio jurídico que pretende acceder al Registro, la forma pública adquiere el carácter de elemento esencial, aunque el negocio que en ella se recoja sea sólo consensual; que este recurso recae, por exigencias de los artículos 18 y 3.º de la Ley Hipotecaria, sobre la legalidad de las formalidades extrínsecas y la validez del contenido del documento y en él se discute si un instrumento público preparado para otorgarse en unidad de acto puede utilizarse y autorizarse igualmente sin unidad de acto, mediante la simple indicación al final de aquél de que no comparece una de las partes que al principio se da como compareciente, ratificando ésta a continuación, mediante una diligencia considerada de adhesión; que la no comparecencia de una de las partes exige legalmente al Notario, en aras a la exactitud y autenticidad esenciales a su función, modificar la escritura preparada, ya que su estructura jurídica y sus formalidades legales quedaron esencialmente alteradas al no comparecer el representante de la parte vendedora; que al no comparecer el representante aludido no pudo exponer que «la Compañía ... es propietaria de la siguiente finca», ni convenir los elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato de compraventa, ni en el otorgamiento, vender y transferir ..., ni tampoco el Notario pudo dar fe de conocer al señor Barrau en el día del otorgamiento, pese a que en la escritura puede leerse «del conocimiento del señor Barrau ... yo, el Notario, doy fe»; que por todo ello el pretendido negocio jurídico contenido en la escritura, tal y como se formaliza en la misma, no podía producirse legalmente y, por consiguiente, la diligencia

posterior, llamada de adhesión, a dicho negocio inexistente resulta necesariamente nula; que aun cuando no exista falsedad de carácter penal ni dolo, se produce una inexactitud manifiesta en la autenticación del instrumento público, que deviene contradictorio al estar redactado para otorgarse y formalizarse en unidad de acto, y después de aprovechar para otorgarse y formalizarse sin unidad de acto; que existe, además, una incoherencia sustancial, pues pacta, por seis veces, quien ni siquiera comparece; se da, además, una inexactitud básica al darse fe de la capacidad y de la prestación del consentimiento del señor Barrau, y una falta de precisión al decir el funcionario autorizante que están las firmas de los comparecientes; que lo correcto en estos casos es retrasar la autorización del instrumento hasta el día en que puedan comparecer ambas partes simultáneamente, o bien redactar un instrumento distinto, ya mediante un mandatario verbal, con lo cual el mandante puede ratificar su contenido en escritura o diligencia posterior, ya haciendo constar en la escritura la voluntad negocial de una persona de celebrar con otra el contrato que se determina, si ésta presta su consentimiento en determinado plazo, el cual puede hacerse constar mediante diligencia de adhesión; que, en rigor, el procedimiento que se discute en este recurso no puede considerarse correcto y utilizable cuando no comparece una de las partes que debía comparecer en las escrituras preparadas con unidad de acto, porque el instrumento autorizado no se adapta a los hechos auténticos ni a la voluntad de la parte compareciente; que el fedatario emplea principalmente tres argumentos: Primero, la escritura de compraventa es una mera formulación notarial de un contrato previo ya perfecto. Segundo, se trata de un otorgamiento sucesivo o de un simple caso de contratación entre ausentes. Tercero, siendo aceptable el castellano utilizado, de lo que adolece el título es de una excesiva severidad formal; que frente al primer aserto del recurrente la generalidad de la doctrina considera que cuando se pasa del negocio privado a la forma pública notarial se produce una *renovatio contractus*, siendo el consentimiento «nuevo, distinto e independiente del que las partes hubieron prestado al negocio preliminar»; que no se trata el caso controvertido de un supuesto otorgamiento sucesivo, pues ello requiere, conforme al artículo 176 del Reglamento Notarial, la aceptación de una oferta, previa y debidamente formalizada en la escritura anterior, y la voluntad negocial de la parte compareciente de celebrar con otra, no presente, la compraventa; que tampoco se trata de un caso de contratación entre ausentes, pues aparte de otras consideraciones, no se cumple el requisito de comunicación fehaciente de la aceptación del oferente; que en cuanto a la severidad de la forma, el funcionario autorizante ha incumplido el artículo 176 del Reglamento Notarial, pues no ha redactado el documento de acuerdo con la declaración de voluntad de los otorgantes —y otorgantes son únicamente los que comparecen, por sí o representados—, el artículo 147 del mismo Reglamento, pues no ha adaptado la voluntad de los otorgantes a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia, y el 148 del citado texto, pues no ha empleado en la redacción un lenguaje claro, puro, preciso, sin términos oscuros ni ambiguos, ni se ha ajustado a la verdad en el concepto.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó auto desestimando el recurso y manteniendo la nota de calificación por estimar

que «la escritura ratificada ha de calificarse de incorrecta en sus términos y contenido, porque lo que en ella se afirma queda desvirtuado con la diligencia final», que aunque el lapso de tiempo que media entre el otorgamiento y la ratificación es corto, «es, sin embargo, suficiente para que las circunstancias que en aquella ocasión se tuvieron en cuenta pudieran haber cambiado en el momento de la ratificación, por lo que resulta ineludible la unidad de acto para el tipo de contrato que en la escritura se consigna»; y que, aun cuando la falsedad de lo consignado en la escritura no sea punible, la diligencia posterior al acto no la dota de validez ni la convalida.

Recurrida la decisión presidencial, la Dirección General, mediante esta Resolución, ha acordado revocar el Auto apelado y los cuatro primeros defectos de la nota del Registrador, únicos sobre los que se ha sostenido debate.

Todo ello en virtud de los siguientes:

II. *Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 1.218, 1.223, 1.258 y 1.445 del Código Civil; 3.º y 18 de la Ley Hipotecaria; 27 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 y 147, 176, 2.º; 178, 180, 193, 197 y 210 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944;

Considerando que la cuestión a la que pueden ceñirse los cuatro defectos recurridos es la de dilucidar si puede tener acceso al Registro de la Propiedad una escritura redactada formalmente como de compraventa, pero en la que no comparecen las partes simultáneamente, sino sólo una de ellas, y después, al día siguiente, la otra, lo que se hace constar mediante una diligencia de adhesión;

Considerando que el control de la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos (cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria) cobra la misma importancia que el de los demás extremos de la calificación, puesto que la forma, si no es requisito esencial de la compraventa, sí supone, a efectos registrales, un presupuesto necesario para la inscripción (art. 3.º Ley Hipotecaria);

Considerando que la esencia de la unidad de acto formal, según se patentiza en las escrituras de un solo otorgante, consiste en que la lectura, consentimiento, firma y autorización del texto documental tengan lugar *in continenti*, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero, según establecen para el testamento abierto el artículo 699 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, así como el artículo 180 del Reglamento Notarial para las escrituras referentes a actos entre vivos;

Considerando que la Ley Orgánica del Notariado responde, sin lugar a dudas, a este sentido esencial o nuclear de la unidad de acto, aunque sin elevar su falta de observancia a causa de la nulidad de los instrumentos públicos en el artículo 27, y así lo han puesto de relieve los sucesivos Reglamentos Notariales, a partir del de 30 de diciembre de 1982, pues si bien el Reglamento vigente, siguiendo al de 1935, carece de norma expresa que lo establezca, su omisión puede fácilmente llenarse para las escrituras públicas en base a los artículos 176 y 180, así como de la interpretación a contrario del artículo 197, referente a las actas;

Considerando que en las escrituras públicas con pluralidad de otor-

gantes el concepto de unidad de acto se amplía, comprendiendo la comparecencia simultánea en todos ellos ante el Notario para llevar a cabo, ininterrumpidamente, la lectura, consentimiento, firma y autorización del texto documental;

Considerando que esta comparecencia simultánea ofrece grandes ventajas en los casos en que la escritura contiene un negocio bilateral o plurilateral al proporcionar a las partes contrapuestas una última y decisiva reunión en la que se pueden deshacer equívocos y erróneas interpretaciones y aclarar o corregir, en su caso, el texto propuesto, y todo ello bajo el imparcial asesoramiento del Notario;

Considerando que lo anteriormente expuesto hace conveniente que el Notario procure por todos los medios a su alcance la comparecencia simultánea de los otorgantes, a pesar de las incomodidades que ello pueda ocasionarles, pero todas aquellas razones no tienen alcance suficiente para que la legislación notarial haya tratado de imponer esa ampliación de la unidad de acto formal o documental en todos aquellos casos en que no viene previamente exigida la unidad de acto sustantiva;

Considerando, sin embargo, que esta frustración de la unidad de acto ampliada no puede conducir a otorgamientos sucesivos dentro de un mismo texto documental, que nuestro Derecho desconoce, sino al paralelo fraccionamiento de la unidad de contexto, en que el acto único se disgrega, por tanto, en dos o más actos regidos, cada uno, por la unidad de acto esencial o nuclear, ya que han de consistir en la lectura, consentimiento, firma y autorización ininterrumpidas de su propio texto, y siendo indiferente, por lo demás, que los varios textos documentales resultantes de la ruptura de la unidad de contexto se configuren como instrumentos públicos distintos, según prevé para la donación de inmuebles el artículo 633 del Código Civil, o como sucesivas diligencias de un documento formalmente único, según permite también el artículo 176, 2, del Reglamento Notarial;

Considerando que los contratos no precisan unidad de acto sustantiva, según se deduce del artículo 1.262, 2, del Código Civil para la contratación entre ausentes y, por tanto, la compraventa que nos ocupa pudo documentarse sin unidad de acto formal ampliada, mediante dos otorgamientos sucesivos en textos diferentes, aunque se recogieran en un solo instrumento público;

Considerando, finalmente, que este instrumento no fue preparado desde un principio para tales otorgamientos sucesivos, y ello origina distorsiones en su redacción que hubieran debido evitarse, pero que no son suficientes para rechazar la inscripción.

III. COMENTARIO.—El supuesto que da lugar a la Resolución objeto de estudio ha de ser calificado de complejo, pues si bien el fondo de la cuestión parece que no tiene gran importancia para los propios intervinientes, ya que el recurso se interpone a efectos meramente doctrinales, la variedad de cuestiones que van surgiendo a lo largo de su estudio permiten calificarla en la forma antes señalada. En principio, el Registrador se opone a la inscripción de una escritura de compraventa por comparecer sólo a su otorgamiento una de las partes, adhiriéndose la otra a continuación, pero en esa calificación se incluyen aspectos tan diversos como la existencia del contrato, la necesidad o no del principio de unidad

de acto en las escrituras notariales relativas a contratos, y el alcance de la calificación del Registrador en cuanto a la redacción de la escritura.

El primer defecto planteado por el Registrador en su nota denegatoria es el de la inexistencia de la compraventa al tratarse de un contrato bilateral. Discrepamos de la opinión del Registrador en esta materia. El artículo 1.450 del Código Civil nos dice que el contrato se perfecciona si hubiese convenio en la cosa y el precio, aunque ni una ni otra se hayan entregado, y será obligatorio para ambos. Esta misma posición es la mantenida por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre las que podemos señalar la de 31 de octubre de 1951 que en la cuestión que nos ocupa podemos resumir como sigue: a) del contrato³ consensual de compraventa surge la obligación de entregar la cosa vendida y la de pagar el precio estipulado; b) una vez perfecto el contrato por el consentimiento, al añadirsele la tradición real o ficticia de la cosa entra en la esfera de la consumación; c) la ligazón del título de compra con el modo de adquirir determina que se transforme el originario *ius ad rem* en un *ius in re* mediante el cual se transmite el dominio de lo comprado. Distinta cuestión es que para que tenga acceso al Registro de la Propiedad el acto o contrato deba venir revestido de una forma especial, como se deduce de nuestra legislación hipotecaria que nos vale también de apoyo para la tesis propuesta, pues si bien es necesaria la forma requerida en el artículo 3 de la misma, esto es escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, ello es para que en ellos se recojan los títulos a que se refiere el artículo 2, entre los que se encuentran los que sean traslativos o declarativos del dominio de los bienes inmuebles.

Intimamente unida a esta cuestión se encuentra la que se refiere al carácter que tiene el sentimiento otorgado en las escrituras públicas con respecto al que se dio en el acuerdo consensual. Es principio aceptado en nuestro ordenamiento que la forma no es esencial para la existencia del contrato, salvo que la Ley establezca lo contrario para determinados casos. Nos encontramos por ello con carácter general con la forma como fuerza de valer y no como fuerza de ser. Pero, sin embargo, la doctrina no es unánime en lo relativo a los efectos del consentimiento prestado. El Registrador en su informe dice que al pasar del negocio privado a la forma pública notarial se produce una *renovatio contractus*, siendo el consentimiento nuevo, distinto e independiente del que las partes hubiesen prestado al negocio preliminar. La doctrina, como ya hemos señalado, no es unánime a este respecto. Así, NÚÑEZ LAGOS nos dice que ese consentimiento nuevo se refiere al íntegro texto documental y, por lo tanto, perfecciona simultáneamente el acto o contrato que aparece en el documento. En sentido contrario podemos señalar a GONZÁLEZ PALOMINO, que dice que el consentimiento de la nueva declaración puede ser nuevo o no; lo será si esa declaración es de voluntad y no se identifica con la precedente, por identidad de personas, cosas y causas, pues si se da tal identidad, la declaración no constituirá un negocio nuevo, sino que se encubrirá una declaración de ciencia. AVILA ALVAREZ se inclina hacia la tesis expuesta en primer lugar entendiendo que el nuevo negocio se superpone al ya existente y lo relega, y en caso de discordancia entre ambos ha de prevalecer sobre éste. Lo afirma en base a lo dispuesto en el artículo 1.224 del Código Civil: si en caso de discordancia entre la escritura de reconocimiento y la anterior forma documental del negocio prevalece ésta, salvo

novación, *a sensu contrario* prevalecerá la escritura cuando no sea de reconocimiento del negocio anterior. Esta tesis ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre las que podemos señalar la de 24 de octubre de 1944. Esta interpretación de que se trata de un nuevo consentimiento es lo que ha llevado a varios autores a oponerse a la existencia de las diligencias y escrituras de adhesión, pues por el transcurso del tiempo de un instante a otro se ha podido producir una modificación en las circunstancias que motivaron el acuerdo y es uno de los motivos que llevan al Presidente de la Audiencia a rechazar el recurso planteado.

La segunda cuestión que se plantea es la unidad de acto en este contrato. En principio la realización del instrumento público no puede realizarse sin interrupción, pues en el período preparatorio, esto es, la exposición al Notario por los otorgantes y la redacción de la escritura, pueden producirse largos transcurros de tiempo. Pero la parte restante, o sea, la lectura del texto por o a las partes, la manifestación por éstas de conformidad con lo redactado, y las firmas oportunas, puede realizarse de forma continuada; a esto se llama unidad de acto y la Ley lo exige a veces con carácter necesario. ¿Es precisa esta unidad de acto en nuestro Derecho? Es preciso distinguir entre los actos unilaterales y los bilaterales, pues la situación es distinta para cada uno de ellos. En los primeros la Ley de modo taxativo lo impone; pero no lo hace de igual modo respecto a los segundos. Lo hizo el Reglamento de 1862 que dispuso que tendría lugar en un solo acto la lectura, consentimiento y firma, pero los Reglamentos posteriores suprimieron el mandato. La doctrina se divide en cuanto a la situación actual. Algunos autores piensan que debe considerarse subsistente dicha interpretación a tenor de lo que señala el artículo 180 del Reglamento Notarial, así como de la deducción *a contrario sensu* del artículo 197 del mismo cuerpo legal. Otros opinan que si la Ley no lo impone, no puede imponerse por otros medios. ¿Qué efectos produciría entonces su falta? Tampoco es unánime la respuesta. La mayoría de los autores entienden que al no estar sancionada por la Ley su falta con la nulidad del instrumento, pues autoriza las escrituras de adhesión, la sanción tendría el carácter de falta reglamentaria. Esta es la postura sostenida entre otros por LÓPEZ PALOP y GIMÉNEZ ARNAU. Otra parte de la doctrina entiende que la sanción a esta falta de unidad de acto sería la nulidad del instrumento. En la Resolución que nos ocupa, la Dirección General da una solución que evita la unidad de acto en conjunto. Distingue entre la unidad de acto en sentido material y formal, entendiendo que esta última no es aplicable a los casos en que no viene exigida de modo terminante por la Ley, siendo, por tanto, posible el traccionamiento de la unidad de contexto, disgregándose el acto único, en dos o más actos, en los que es precisa la unidad de acto en sentido estricto, esto es que la lectura, consentimiento, firma y autorización sean realizadas sin interrupciones. Esta tesis es la que en realidad era aceptada por la doctrina más reciente y así podemos señalar en este sentido a CÁMARA ALVAREZ y a RODRÍGUEZ ADRADOS. Finaliza la Dirección añadiendo un nuevo argumento en apoyo de su tesis y es el de que los contratos no necesitan la unidad de acto sustantiva por permitirse en el Código Civil en su artículo 1.262, 2, la contratación entre ausentes.

La última cuestión que se plantea es la de defectuosa redacción de la

escritura, pues estaba pensada para ser firmada por las dos partes al mismo tiempo, y, ante la imposibilidad de una de ellas de presentarse, se firmó exclusivamente por la otra lo que se indica por el Notario autorizante al final de la escritura, pero que provoca determinadas distorsiones a lo largo del texto. La Dirección entiende que, en efecto, tiene razón el Registrador en el sentido de que el lenguaje de la escritura no es todo lo claro que debería ser, pero que no es por sí solo motivo suficiente como para negar la inscripción. En un primer aspecto podemos estar de acuerdo con la idea del Centro Directivo, aunque tampoco creemos, como dice el Registrador, en su informe, que hubiese sido tan difícil la redacción de un nuevo instrumento acorde con lo que efectivamente pasó. Pero hay a lo largo del informe del Registrador algunas afirmaciones, que luego no son planteadas, que nos hacen dudar más no en el sentido de la claridad o corrección del lenguaje empleado, sino en la posibilidad de que el Notario diese fe de cosas de las que no podía darla. Como ya he señalado, no se discute posteriormente, por lo que no es posible en vista de la Resolución dar una solución definitiva a esta cuestión, pero sí que es conveniente tocar la cuestión. En efecto, las escrituras notariales tienen el valor que tienen por la gran importancia que tiene la actividad notarial en el sentido de dar fe de lo que ve y escucha. Pero se parte del principio de que lo que consta en la escritura es lo que efectivamente ha ocurrido. ¿Qué pasaría en caso de que el Notario diese fe de cosas que no han ocurrido en su presencia? Lógicamente el documento carecería de eficacia por lo menos en la parte incorrecta, pudiendo llegar a la nulidad completa del instrumento. Ya hemos señalado que en el caso que nos ocupa no debió ser la cosa de este tipo, pues entonces la Dirección hubiese entrado en el estudio del mismo, pero creo que convenía hacer una referencia al tema.

J. S. G.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

DERECHOS REALES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

ZONA MARITIMO TERRESTRE.—CONCESION (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos de casación por infracción de ley interpuestos por las partes litigantes y mantiene a la Sociedad en la posesión del terreno cuestionado en virtud de la concesión, aunque no le corresponda la propiedad del mismo.

Los fundamentos del fallo son los siguientes:

Que ya las Sentencias de esta Sala, desde la de 28 de noviembre de 1973 hasta las de 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975 (que abandonaron la tesis de la de 19 de junio de 1967, de la Sala Cuarta), seguidas por las de 25 de octubre de 1976; 2 de diciembre de 1976, 19 de diciembre de 1977, 23 de junio de 1981 y últimamente por la de 15 de septiembre de 1984, han sentado la doctrina siguiente: *a)* los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como bienes de dominio público *per se*, sin necesidad de declaración expresa o particular, *ope legis* (dominio natural), lo que no impide la posibilidad de derechos a favor de los particulares, respetables según los casos, pero correspondiendo por ello mismo al particular que se oponga a la acción reivindicatoria ejercitada por el Estado, titular natural y legítimo, la carga de probar los hechos obstructivos al dominio público o, en su caso, los derechos que sobre los mismos aduzcan; *b)* la pretensión obstructiva del particular, puesto que los bienes de dominio público (art. 339 del Código Civil) son inalienables e imprescriptibles, *extra commercium*, sólo podrá prosperar si prueba la desafección de los bienes o que su alienabilidad ha sido autorizada o que el terreno integrado en la zona pública pasó al dominio particular antes de la Ley de Puertos de 1880, o que, posteriormente, se ha operado un

cambio de destino o desafectado del dominio público por un acto de soberanía; c) por su propia y peculiar condición, no tienen estos bienes acceso al Registro de la Propiedad (art. 5.º del Reglamento Hipotecario) y, consiguientemente, la oposición del particular no podrá fundarse en la inscripción registral de su pretendido derecho sobre la finca, dada la inmunidad indicada, y en ese sentido los derechos legalmente adquiridos a los que se refiere la Ley de Costas de 26 de abril de 1979, no son los que provienen de un título de dominio o usucapión tabular o de una posesión más o menos dilatada, ya que se exige un acto de soberanía para incluirlos en el comercio o tráfico inmobiliario, es decir, la desafectación o cambio de destino para que el particular pueda invocar un derecho legalmente adquirido; d) al estar el demanio exceptuado de inscripción registral, ajeno, por tanto, a las ventajas y garantías tabulares, no puede perjudicar al titular, es decir, al Estado, el contenido del Registro, por lo que el principio de legitimación (art. 38 de la Ley Hipotecaria), constitutivo de una presunción *iuris tantum*, puede ser enervado por la realidad extrarregistral, y e) esta realidad, en los supuestos como los del recurso, está constituida por la pertenencia o integración de la finca en la zona marítimo-terrestre, determinada y fijada, con carácter de acto firme, por el deslinde administrativo practicado.

Que la sentencia recurrida (por ambas partes: el Estado y la sociedad demandada poseedora), luego de recoger correctamente la doctrina jurisprudencial expuesta, sienta como hechos acreditados que la parcela que reivindica el Estado, perfectamente identificada, está enclavada en la zona marítimo-terrestre y así lo estaba ya tanto en el año 1907, en el que se hizo por la Administración a los causantes de la sociedad demandada la concesión para establecer en el trozo reivindicado una fábrica de conserva y salazón de pescado, como según el deslinde practicado por Orden Ministerial de 1974, por lo que debe ser considerado como de dominio público —y así lo hace el fallo— a tenor de lo dispuesto en los artículos 339, 1.º, del Código Civil; 1 de las Leyes de Puertos de 7 de mayo de 1928 y 1 de la Ley de Costas de 23 de abril de 1969, en definitiva, justo título para reivindicar, salvo los derechos alegados por la demandada, pese a la inscripción registral del trozo de terreno y edificación de fábrica a favor de dicha sociedad, quien lo adquirió por escritura pública, circunstancias que la sentencia recurrida no estima válidas, amén de añadir que el terreno en cuestión no pasó nunca, por desafectación, al dominio particular.

Que alegado por la segunda recurrente —la sociedad demandada— la violación de los artículos 348, 2.º, del Código Civil (motivo primero); 34 de la Ley Hipotecaria (motivo segundo) y 1.957 del Código Civil (motivo tercero), es claro y evidente, a la luz de los hechos probados y de la legalidad y jurisprudencia expuesta, que ninguno de dichos motivos pueden prosperar por las siguientes razones: a) en cuanto al primero porque la dicción genérica del párrafo segundo del artículo 348 del Código Civil, que se dice violado, se limita a reconocer al propietario el derecho a ejercitar la acción reivindicatoria contra el poseedor de la cosa, con los requisitos consabidos y señalados por la jurisprudencia (Sentencias de 5 de octubre de 1972, 14 de febrero de 1979, 12 de abril de 1980, 25 de febrero de 1984, 12 de junio de 1982, etc.), sin que sea preciso, como se alega en el recurso, que se declare la nulidad del título opuesto por el poseedor,

pues obvio es que la comparación del que se alega por éste con la del claro y tajante del Estado excusa cualquier declaración en aquel sentido y en el indiscutible y eminente del dominio público va explícita la invalidez del que se atribuye el susodicho poseedor, respecto del cual, por otra parte, ya se hace en la sentencia impugnada suficiente alusión y declaración de invalidez, incluso decretando la nulidad y cancelación de las inscripciones existentes en el Registro a favor de dicho oponente, como se pedía en la demanda, y b) en cuanto a los motivos segundo y tercero, porque, como ya se ha visto, ni el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni el 1.957 del Código Civil, en sus efectos a favor del titular inscrito de buena fe o del poseedor que prescribe por el tiempo legal pueden afectar al dominio público, ajeno al Registro e inmune a la prescripción (salvo adquisición anterior a 1880).

Que, por ello, procede desestimar el recurso planteado por la demandada «Marina Hispánica, S. L.», con los pronunciamientos anejos previstos en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (salvo en cuanto al depósito), y pasar al estudio del recurso formalizado por la representación del Estado.

Que la única finalidad del recurso va dirigida a obtener la casación o nulidad de la sentencia impugnada en aquella parte de la misma que niega al Estado la devolución del trozo ocupado, de pertenencia a la zona marítimo-terrestre, en tanto en cuanto por éste no se cumpla lo dispuesto en el artículo 361 —en relación con los 453 y 454— del Código Civil, es decir, la opción de hacer suya la obra realizada, previa indemnización de su importe, dado —según la sentencia— que la construcción autorizada por las concesiones administrativas de 1907 (una fábrica de conservas y salazón de pescado, de nave de fábrica y madera cubierta de teja), fue realizada de buena fe, como originada por dicha concesión administrativa, sin plazo limitado, sin constancia de estar caducada, sino realmente disfrutada durante más de veinte años (art. 57 de la Ley de Puertos de 1928) y por ello con derecho a continuar mientras se cumplan los requisitos legales, cese la concesión, o se deniegue ésta, materia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Que no puede dudarse, tanto desde el punto de vista legal como de su ponderación por vía de equidad, de la correcta solución de la Sala de instancia y, consiguientemente, de la nula posibilidad de éxito de ninguno de los seis motivos articulados por la representación del Estado, ya que todos ellos parten de una base al menos equívoca; cual es la de afirmar como supuesto que la sentencia recurrida no ha sentado la conclusión de que el terreno reivindicado pertenece al demanio como bien de dominio y uso público o al menos que no ha sacado la tajante consecuencia de que todo lo existente en dicho trozo pertenece también al dominio público, tal la construcción permanente o fábrica construida, tesis que no se corresponde con el texto y fallo de la sentencia atacada, la cual, como se ha visto, afirma el derecho del Estado, define el trozo reivindicado como de dominio público y, eso sí, deniega su entrega temporalmente para salvaguardar el derecho del particular demandado o quien, como poseedor de buena fe y dueño de lo edificado, le mantiene en la posesión por obra de lo dispuesto en el artículo 361 del Código Civil y de la concesión administrativa de 1907, acto que legitima (y que incluso permite la inscripción registral) al poseedor autorizado de terreno pú-

blico para su uso y aprovechamiento exclusivo mientras la concesión dure (y no consta su extinción o caducidad) o la Administración no ordene el cese (*ad exemplum*: artículos 37 y 38 de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 y 70 del Reglamento), como muestra, por lo demás, del respeto legal a los «derechos legalmente adquiridos» por los particulares (art. 1.º de la Ley sobre Costas de 28 de abril de 1979).

Que por ello, consecuentemente, no puede decirse que se haya emitido por la sentencia que se recurre error de derecho con violación del artículo 1.218 del Código Civil (motivo primero) por aceptarse por la Sala de Instancia la existencia de esa concesión administrativa que no resulta de la escritura notarial que la demanda alega como base de su derecho, ya que esa prueba de la concesión la tuvo en cuenta la sentencia por obra de la aportación documental del Estado relativa a esa concesión y no de la escritura, por ello no valorada indebidamente como documento público, puesto que la prueba no se obtuvo de ella; ni tampoco de violación del artículo 339 del Código Civil (motivo segundo) y doctrina jurisprudencial relativa al dominio público de la zona delimitada y deslindada como marítimo-terrestre, pues ya se ha visto que es aplicada correctamente por la sentencia recurrida; ni de violación del artículo 437 del Código Civil, por ser elocuente la existencia de la buena fe en la posesión y la construcción de la fábrica, fue autorizada por la concesión (no caducada ni extinguida, o no consta así) y, por tanto, fue y es susceptible de posesión, legalmente permitida, lo que, por lo mismo, invalida el motivo cuarto, que alega la aplicación indebida de los artículos 453 y 454 del Código Civil, por ser elocuente la existencia de la buena en en la posesión dicha; sin que, finalmente, pueda tampoco estimarse la aplicación indebida del artículo 57 de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 (motivo quinto), citado por la Sala de Instancia al solo efecto de afirmar la no constancia del cese de la concesión —como así ocurre—, ni la violación del artículo 348 del Código Civil (motivo sexto), por cuanto la sentencia que se impugna en modo alguno ha desconocido ese precepto, dado que la acción reivindicatoria ejercitada por el Estado no ha sido negada cumpliéndose los requisitos de la misma, sino simplemente limitada por la consideración del derecho contrario, respetable en los términos expuestos; tesis, en definitiva, ya sostenida por las Sentencias de 11 y 17 de junio de 1985.

F. C. L.

SERVIDUMBRE DE PASO Y DE LUCES.—«SERVENTIA»—*Artículos 530 564, 565, 568 y 571 del Código Civil* (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la actora y apelante contra la Sentencia de la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que había confirmado íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia de Los Llanos de Aridane, estimando la existencia de la servidumbre y estableciendo la diferencia entre este derecho real, que aparece tipificado en la legislación positiva,

y la llamada «serventía», que no es, como pretende la actora, ni consiste, según el uso del lugar, en el camino o el signo del derecho de servidumbre; sino que la «serventía», institución vigente en las Islas Canarias y en otras regiones españolas, de donde pasó a algún país hispanoamericano, como Cuba y México, sin carácter legislativo típico, no requiere la existencia de predios dominante y sirviente, pues viene a ser, conforme a la definición del *Diccionario de la Real Academia*, «camino que pasa por terrenos de propiedad particular y que utilizan los habitantes de otras fincas para comunicarse con los públicos». Se trata, según la sentencia, de una institución distinta de la servidumbre propiamente dicha, dotada de un valor jurídico del que merece la «serventía», que sólo se refiere a camino privado, sin requerir la existencia de predio dominante y sirviente, consustanciales de la servidumbre, por lo que no pueden confundirse ni mucho menos presentarse como aspectos de la misma cosa; constituida sobre terrenos de la propiedad particular de cada uno de los colindantes, añade, éstos tienen el derecho de usar, disfrutar y poseer en común, a los efectos del paso, no pudiendo hablarse de propiedad de la misma, ni sea concebible el derecho individual a pedir su extinción, reducido sólo a la posibilidad de renunciar al derecho de su utilización. Y la califica de institución existente desde tiempo inmemorial.

No he encontrado en las numerosas obras que he consultado referencia alguna a la «serventía», salvo en la *Enciclopedia Jurídica Seix*, que dice así: «SERVENTIA. Voz antigua y equivalente a servitud, servidumbre, trabajo del siervo y estado o condición del mismo.

También el camino público que una finca está obligada a dejar a través de ella». Como se observa, un sentido distinto y menos técnico que el recogido por la sentencia y la definición del *Diccionario de la Real Academia*.

F. C. L.

SERVIDUMBRES DE LUCES Y VISTAS EN CATALUÑA.—PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL.—Artículos 283 de la *Compilación catalana* y 38 de la *Ley Hipotecaria* (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1985).

Ejercitada acción negatoria de servidumbre e interpuesta por el demandado reconvencción, el Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar estimó parcialmente la demanda y estimó totalmente la reconvencción condenando al demandado a cerrar cuatro ventanas, Sentencia que confirmó la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por la parte actora y apelante, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al mismo, rechazando la alegación del recurrente consistente en que la servidumbre de luces y vistas se había adquirido por prescripción extraordinaria, en base al citado artículo 283 de la *Compilación de Cataluña*; e incidentalmente reitera la conocida doctrina de que el principio de legitimación registral establece una presunción *iuris tantum*.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—LIBRO DE ACTAS.—CARACTER ESENCIAL (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1985).

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, sin entrar en la cuestión de fondo, teniendo por no celebrada la junta de propietarios que no consta reflejada en el libro de actas de la comunidad. Por cuanto ha de atribuirse carácter imperativo al artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, exigencia de tipo formalista que habrá de ser cumplida por quien ostente la Presidencia de la Comunidad, ya que a la vista del contenido de los acuerdos transcritos, con expresión de la fecha y hora de celebración, asistentes, cuotas de participación que representan, forma de adopción de acuerdos, protestas formuladas, en su caso, y suscripción del acta por los asistentes, se garantiza, tanto a la comunidad como a cualquiera de los propietarios que con tales reflejos en el libro de actas pueden disponer de los elementos precisos para el ejercicio de las acciones impugnatorias que la Ley les concede.

NOTA.—No parece que sea requisito esencial la suscripción del acta por los asistentes, tanto conformes como disconformes, pues tal suscripción choca con la práctica generalmente observada, consistente en que conste el acta por certificación del secretario —si existe— con el visto bueno del presidente o sólo por certificación del presidente-secretario. Ello es así por la imposibilidad material de firmar todos los copropietarios en comunidades muy numerosas, por la reticencia o negativa de algunos a hacerlo, aun estando conformes con los acuerdos adoptados y finalmente porque el acta no suele redactarse inmediatamente de celebrada la junta, sino con posterioridad.

F. C. L.

SERVIDUMBRES PERSONALES.—CORRALIZA.—DERECHO FORAL NAVARRO (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1985).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pamplona, por la parte demandada y apelante, declarando que los derechos cuestionados, concedidos no a Corporaciones públicas, sino: a) que los derechos en cuestión, concedidos no a corporaciones públicas, sino a particulares vecinos del Valle de Baztán y recayentes sobre finca de propiedad privada, deben configurarse a tenor de las disposiciones del llamado Fuero Nuevo de Navarra como «derecho de uso o aprovechamiento establecidos en favor de una o varias personas sobre finca ajena, con independencia de toda relación de predios», los cuales, según la Ley 394, apartado 2, del citado Fuero, se rigen por las normas *ad hoc* establecidas en la Ley 423 para

derechos «similares» al uso y habitación; b) tales derechos no son servidumbres dentro de la Compilación Foral, porque expresamente se les niega tal carácter, aunque dentro del Código Civil, no aplicable en este punto, pertenecerían a las llamadas servidumbres personales (art. 531); c) pero tanto en un caso como en otro, es decir, tanto dentro del Derecho foral de Navarra como del común del Código Civil, las respectivas normas declaran redimibles estos derechos cuando versan sobre pastos, leñas y otros productos de los montes de propiedad particular, y esto es lo que hace la Ley 423, apartado 3, para los derechos de uso y aprovechamiento sobre finca ajena, remitiéndose a la redención de corralizas (Ley 382), normativa a la que igualmente se remite en cuanto a la redención de los «helechales», la Ley 390; preceptos de muy análoga eficacia a los que para supuestos idénticos señala el Código Civil en sus artículos 603 y 604, dentro de su peculiar concepto de servidumbres personales de pastos.

F. C. L.

SERVIDUMBRES PERSONALES DE PASTOS Y LEÑAS.—PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL.—Artículo 38 de la Ley Hipotecaria (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1985).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Caspe, declarando que el principio de legitimación registral fue introducido no por la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, como pretenden los recurrentes quienes invocan el principio de irretroactividad de las leyes, sino por la Ley Hipotecaria de 1909 (art. 41).

F. C. L.

CONSTRUCCION EXTRALIMITADA.—ACCESION INVERTIDA (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1985).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara no 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 Albacete que, en contra y revocando en parte la del Juzgado de Primera Instancia de Puertollano, había reconocido al actor la propiedad del terreno de cuatro metros cuadrados, pero estableciendo que en vez de la demolición del edificio edificado en parte sobre esa exigua superficie procedía la indemnización correspondiente, previo justiprecio del terreno invadido, que era una franja de 0,45 metros de fachada por 8 metros de profundidad. Solución que también es acogida por el Tribunal Supremo, ya que resultaría gravemente injusta la decisión recuperatoria con demolición de la obra cuando concurren todos los presupuestos que permiten

alterar el principio *superficies solo cedit*, alcanzando una solución al conflicto sin menoscabo económico alguno para los reivindicantes.

NOTA.—Aunque no se alegó por la parte demandada, parece que la pretensión de la demolición implica una pretensión exorbitante y, por ello, el ejercicio abusivo del derecho.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ELEMENTOS COMUNES.—MODIFICACION DEL TITULO CONSTITUTIVO (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1985).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo y Fernández, 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 Oviedo revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Gijón número 3, declarando que la «calle particular», por la que cabe entender, en oposición a «calle pública», aquella vía destinada a la circulación tanto peatonal como viaria de quienes son propietarios del terreno en que se encuentre situada, es un elemento común; que pactado en los estatutos que la utilización de la calle particular habrá de ser solamente para vehículos ligeros o de tipo medio, no entraña modificación de los estatutos y, por consiguiente, está sometido al régimen de mayorías y no al de unanimidad, el acuerdo de la junta extraordinaria, en la que en segunda convocatoria y por mayoría simple, se determina colocar dos portillas metálicas de una altura máxima de un metro y treinta centímetros, a la manera de valla protectora, formada por barras metálicas y sin ningún tipo de cerradura, candado o cierre fijo, de manera que pueda accederse a la calle a cualquier hora del día o de la noche por los propietarios del inmueble o las personas que directamente se relacionen con el mismo.

F. C. L.

DISOLUCION DE COMUNIDAD.—LOCAL DESTINADO A GARAJE.—Artículo 401 del Código Civil (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1985).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Málaga, en el sentido de que procedía disolver la comunidad existente sobre un local destinado a plazas de aparcamiento, adjudicando a cada uno de los dos partícipes la mitad de las plazas de aparcamiento en números alternativos mediante sorteo que se efectuará en fase de ejecución de sentencia.

F. C. L.

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS.—INEXISTENCIA.—EVICCIÓN PARCIAL (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1985).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara haber lugar en parte al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revocatoria en parte de la del Juzgado de Primera Instancia del Barco de Valdeorras, conforme a las siguientes consideraciones, de las que resultan los hechos originadores del pleito.

Son hechos fundamentales en este recurso sobre los cuales no hay discusión: 1.º En 24 de septiembre de 1971, los actores compraron a los demandados la vivienda número 6 del edificio de la Avenida de la Estación, número 3, de El Barco de Valdeorras. 2.º La vivienda tenía, en el momento de su enajenación, por su viento Oeste, tres ventanas iguales que daban luz y vistas a sus dependencias. 3.º En el año 1975, don J. R., propietario del terreno colindante, ejercita la acción real derivada de su derecho inscrito por el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria contra los aquí litigantes con el fin de que procedan al cierre de las expresadas ventanas, procedimiento en el que se persona el comprador, hoy recurrido, a los solos efectos de en su día ejercitar su derecho de saneamiento por evicción y en el que recae sentencia desestimatoria de la demanda. 4.º En el año 1976, por el indicado colindante, se promueve juicio ordinario de menor cuantía contra los mismos señores ejercitando la acción negatoria de servidumbre, juicio en el que también se personan los aquí recurridos, a los solos efectos de evitar la rebeldía y en el que se dicta sentencia dando lugar a la demanda y condenando a los demandados a que cierren o reduzcan a las dimensiones del artículo 581 los expresados huecos y ventanas, sentencia que quedó firme tras los correspondientes recursos de apelación y casación. 5.º Como consecuencia de dicha sentencia, y tras el correspondiente acto de conciliación, los compradores formulan demanda de mayor cuantía, solicitando de los vendedores la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del indicado cierre de las ventanas en cumplimiento de la referida sentencia, invocando como fundamento de Derecho el artículo 1.483 del Código Civil, y citando el artículo 1.482 y el número 5.º del artículo 1.478, relativos al saneamiento por evicción y optando dentro de la alternativa que el precepto le confiere por la indemnización de daños y perjuicios a lo que el demandado opone la inaplicabilidad del referido artículo al caso litigioso.

Con tales antecedentes fácticos la sentencia recurrida fundamentó la estimación parcial de la demanda en que la privación al actor comprador del piso de las tres ventanas en virtud de sendas sentencias firmes, supone, en definitiva, una pérdida parcial de la cosa objeto de la compraventa que de modo sustancial afecta a su cualidad y funcionalidad hasta el extremo de que en ciertos casos puede ser esencial y determinante del contrato, circunstancia que posibilita al comprador el ejercicio de la opción a resolver el contrato o bien la indemnización de los daños y perjuicios, por encontrarnos, continúa diciendo, ante un caso de saneamiento por evicción parcial al que le es aplicable la normativa específica del Código Civil en esta materia, y en lo no previsto la general de las obliga-

ciones y contratos y especialmente la comprendida en el artículo 1.124 de dicho cuerpo legal; y frente a tal sentencia se formula el presente recurso, en cuyo primer motivo, deducido al amparo del número 1.º del artículo 1.692, en su redacción anterior a la reforma, se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.475 del Código Civil en su párrafos 1.º, al subsumir el caso de litis en la hipótesis de saneamiento por evicción parcial, cuando, según expone el recurrente, al comprador demandante no se le ha privado ni en el todo ni en parte de la cosa comprada, pues aunque al piso, efectivamente se le han quitado parcialmente luces y vistas, base de la reclamación, sin embargo, no ha sufrido merma alguna en su superficie y extensión, es decir, no se le ha privado total o parcialmente de la cosa, sino de un derecho anejo o no al de propiedad; motivo que no puede prosperar, no sólo porque, frente a la tesis sustentada por el recurrente, el derecho de luces y vistas sobre feudo ajeno integra una servidumbre calificada en los artículos 333 y 334, número 10, del Código Civil, como cosa o bien simple inmueble y, por tanto, su privación implica pérdida parcial de «cosa», tipificable en el referido artículo 1.475, sino, también, porque la sentencia recurrida apoya su pronunciamiento estimatorio de la pretensión actora en la normativa general de las obligaciones y contratos, con cita expresa del artículo 1.124 del Código Civil, lo que supone imputar al demandado el incumplimiento de su obligación de entrega en el particular relativo a las características sustanciales del contrato, y consiguientemente la facultad del comprador de exigir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios consecuencia de tal defectuoso cumplimiento; todo ello sin olvidar que a nada positivo conduce combatir los considerandos, sino son antecedente obligado del fallo, cuando éste debe mantenerse por otros fundamentos legales, dentro de los hechos que fueron objeto de debate judicial.

Los motivos tercero y cuarto de estudio preferente respecto del segundo motivo por razones lógico-procesales se apoyan en el mismo ordinal primero del artículo 1.692 y denuncian, respectivamente, la violación del artículo 1.484 del Código Civil, que impone al vendedor la obligación de saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida, y la violación del artículo 1.490 del mismo Cuerpo legal, referente a la extinción de la acción que emana de tales vicios por el transcurso de seis meses contados desde la entrega; motivos ambos que deben decaer, pues si el saneamiento por evicción garantiza la posesión pacífica de la cosa objeto de la compraventa contra perturbaciones de carácter jurídico y el saneamiento por defectos ocultos asegura la posesión útil frente a perturbaciones económicas, es manifiesto que el supuesto de litis, como se acaba de afirmar en el fundamento anterior, sólo puede subsumirse en la primera de tales hipótesis, dado que la privación de luces y vistas de las que disfrutaba la vivienda objeto de la compraventa no es consecuencia de vicios, defectos o anomalías de tal vivienda, sino efecto directo e inmediato del ejercicio con éxito de una acción negatoria de servidumbre, es decir, efecto de una causa jurídica no tipificable en el artículo 1.484, que contempla el supuesto de anomalías o defectos de orden económico, siendo consecuencia de lo expuesto que al no ser la acción actuada la redhibitoria o *quantum minoris* emanada del citado artículo y de los siguientes del propio Código, no les es aplicable el plazo extintivo de seis meses a partir de la entrega regulado en el artículo 1.490, tanto más si se tiene en cuenta que la pérdida

parcial de la cosa, la que hace surgir la obligación de saneamiento, y dicha pérdida tiene lugar con posterioridad a la entrega.

Mejor suerte debe correr el segundo motivo deducido con el mismo amparo procesal, pues si, a tenor del artículo 1.478, 3, del Código Civil el comprador, en caso de evicción, tiene derecho de exigir y, por tanto, el vendedor, obligación de satisfacer en relación con las costas judiciales, las del pleito que haya motivado la evicción y, en su caso, los del seguido con el vendedor para el saneamiento, es manifiesto que no pueden incluirse las costas causadas al actor en un juicio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, por no ser el que motivó la evicción, procediendo, en consecuencia, dar lugar al recurso en este particular, por aplicación indebida del mencionado artículo 1.478, 3,

F. C. L.

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS.—CONSTITUCION.—Artículo 541 del Código Civil (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara no 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 Granada, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Baza, estimando inexistente la pretendida servidumbre de luces y vistas, porque la constitución tácita de la servidumbre, regulada en el artículo 541 del Código Civil, parte como supuesto de hecho imprescindible de una relación de servicio entre dos fincas, susceptible de ser configurada como servidumbre predial si los fundos perteneciesen a distintos propietarios, derecho real cuya creación se origina *ex lege*, concurriendo el signo visible y los restantes requisitos que el precepto señala (Sentencias de 3 de julio de 1982, 7 de julio de 1983 y 27 de septiembre de 1984, entre otras), por lo que será evidente que si falta tal apariencia creada por el dueño único no concurrirá el primer presupuesto necesario para la aplicación de la norma. Y, por su parte, la constitución voluntaria de la servidumbre por negocio jurídico o título (art. 537, en relación con el 594) requiere, cuando se trata de la creación *inter vivos* del derecho real, del indispensable concierto de voluntades dirigido a ese fin, por más que no sea necesaria la escritura pública como elemento *ad solemnitatem* que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado (Sentencias de 2 de junio de 1969 y 26 de junio de 1981), sin olvidar, por otra parte, que en el contrato donde se establezca el gravamen, como tal limitativo del dominio, ha de constar bien clara la voluntad de los otorgantes, ya que en caso de duda ha de operar la presunción de libertad del fundo (Sentencias de 30 de octubre de 1959, 8 de abril de 1965 y 30 de septiembre de 1970).

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Laredo, entendiendo que al estar autorizado el recurrente por los estatutos de la comunidad para destinar los garajes a locales de negocio, industria, vivienda y otros usos no implica la concesión de las facultades necesarias en orden a la realización de las obras que se requieran para adecuar dichos locales a su nuevo destino, tales como altura, ventilación, establecimiento de servicios, conducciones de agua, luz, gas, etc.

F. C. L.

COPROPIEDAD.—DIVISION DE COSA COMUN.—Artículos 403 y 1.082 del Código Civil (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1985).

El artículo 1.082 no es aplicable al supuesto de división de cosa común, sino el 403. Y éste no se aplica a los acreedores que al propio tiempo sean copropietarios.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Torrelavega, conforme a las siguientes consideraciones:

Que el recurso, admitiendo la existencia sobre las dos fincas urbanas (16.078 y 20.836 del Registro de la Propiedad de Torrelavega) que constituyen el solar conocido por «Granja Poch», de una situación de copropiedad, y que al demandante le corresponde en ella una novena parte indivisa y el resto, en la proporción que resulta, a los demandados, opone a la *actio communi dividundo* por aquél ejercitada el contenido del artículo 1.082, en relación con el 403, del Código Civil, argumentando que entre los condóminos existen créditos de los demandados respecto del demandante y que éste les adeuda importantes cantidades, originados dichos créditos justamente por la situación de condominio, y con esa base razona que a la división del modo que impone la indivisibilidad de la finca, esto es, vendiéndola y repartiendo el precio, ya que tampoco han convenido que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, que a la división —se repite— ha de preceder necesariamente la liquidación, posiblemente en el sentido no sólo de la determinación del montante de las deudas, sino también del pago de las que resulten; entendiendo, en suma, que los artículos citados les permiten a los demandados oponerse a la división «hasta (dicen) que se les pague o afiance el importe de sus créditos, y ello con carácter previo a la propia venta pública», en lo que concretan su pretensión.

Que debe desestimarse este único motivo y mantenerse la sentencia de la Audiencia que dispone la división mediante la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, apreciando para ello la indivisibilidad (que el recurso no combate), pues, en efecto, el artículo 1.082 no es el aplicable por la remisión del 406 si para el régimen de copropiedad existe el precepto específico del artículo 403, el cual, según la jurisprudencia y la doctrina más autorizada, concede a los acreedores y cesionarios de los copartícipes en la comunidad tres derechos, a saber, el de oponerse a la división, el de concurrir a la misma y el de impugnar la división consumada en los dos supuestos que se contemplan: que se haya realizado la división sin intervención de los acreedores o cesionarios, a pesar de la oposición formalmente interpuesta para impedirla, y cuando se haya hecho en fraude de los mismos.

Que el derecho de oponerse a la división, que hace referencia a un momento anterior a la división, se propone garantizar los derechos de los acreedores y cesionarios, titulares de dicho derecho, concibiéndose en favor exclusivamente de los acreedores y cesionarios de los condóminos, no pudiendo utilizarlo ningún otro causahabiente de aquellos; derecho que corresponde a los acreedores todos y no sólo a los hipotecarios o privilegiados, sino también a los de cualquier categoría, y a todos los cesionarios, tanto a título de enajenación como de permuta, donación, cesión u otra obligación de carácter real o personal; derecho, en fin, que corresponde a los tan repetidos acreedores y cesionarios individualmente, en el sentido de que la oposición produce efectos sólo a favor del que la propone, no pudiendo aprovecharse de ella los demás acreedores o cesionarios, si los hubiere; debiendo dirigirse (como aquí se ha hecho, ciertamente) contra todos y cada uno de los copropietarios y no sólo frente al deudor o cedente, porque la división que se va a realizar y contra la que se dirige la oposición es de toda la cosa; bastando que se haga conocer a todos la oposición, sin que sea necesario que formalmente se interponga acto de oposición contra todos los comuneros.

Que la oposición de los acreedores y cesionarios no habrá de limitarse a la declaración de que se tiene el derecho respecto de la división que se va a hacer, sino que además habrá de expresarse que el actor se opone a que se realice en la forma que se pretende, es decir, sin su intervención, porque, de otro modo, aquel acto sería totalmente ineficaz. Pero el derecho no tiene por único contenido propio el de simplemente oponerse a la división, sino que, como la letra del artículo 403 expresa con claridad, lo que se impone a los condóminos es la prohibición de realizar la división, o sea de llevarla a cabo, sin la solicitada intervención, que tanto quiere decir hacerla «sin el concurso» del o los acreedores o cesionarios que lo ejerciten, en cuyo sentido ha de entenderse la posibilidad que el derecho les confiere a «concurrir», que significa juntarse, en un mismo lugar y tiempo, participar, intervenir, asistir, en definitiva, a la división.

Que, así entendido el derecho de los acreedores y cesionarios, no puede sostenerse que asista el mismo a aquellos de entre éstos que, además de ese carácter, ostenten el de partícipes de la copropiedad, pues si los acreedores pueden asistir, según el contenido propio del derecho ejercitado, a los actos divisionarios, limitándose en ellos a expresar su opinión y firmar el documento, pero sin poder decidir, los partícipes en la copropiedad han de asistir a la tan necesariamente como que ellos deben

verificarla por sí, de suerte que no tendría sentido el reconocérseles el derecho a participar en los actos divisionarios, puesto que ellos mismos y sólo ellos han de ejecutarlos en cuanto tales.

Que no puede entenderse, en suma, que el derecho a la división de la cosa tenida en común pueda quedar impedido por la simple oposición de acreedores o cesionarios de los partícipes, lo que equivaldría a desconocer el fundamento de la acción de división, que, sobre la base de conceptuar a la copropiedad como una situación transitoria que no merece trato de favor, otorga a la dicha acción un carácter absoluto, pues no se reconoce excepción alguna a su ejercicio, es concebida como irrenunciable e imprescriptible y no se admite sino muy limitadamente (párrafo segundo del artículo 400) el pacto de indivisión; llegando a decirse que la acción de división es una simple facultad (*res merae facultatis*) que nace y renace en todo momento de la relación de comunidad y ha de considerarse subsistente mientras la propia comunidad dure (*in facultatis non datur prescriptio*); no siendo lícito por ello embarazarla en su ejercicio fuera de los términos legales, ya que se pretende por el legislador, mediante facilitar, evitar los frecuentes y graves males que provienen de la diversidad de condóminos. Lo que no se opone, claro está, a que los condóminos que además son acreedores del que ejercita la acción de división obtengan la garantía de sus créditos, valiéndose para ello de las medidas cautelares apropiadas para asegurarlos a su satisfacción y sobre la parte del precio que le corresponda a éste, del que se obtenga en la pública subasta; mas sin impedir la realización de la división y con ella poner término a una situación perniciosa a todas luces.

F. C. L.

OBLIGACIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI y
RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ

DIFERENCIA ENTRE CONTRATOS CIVILES Y ADMINISTRATIVOS (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala Primera de lo Civil, siendo Ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante y apelada contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada que, revocando la del Juzgado de Primera Instancia de Marbella número 1, declaró la incompetencia de jurisdicción por tener el contrato naturaleza administrativa. Y ello en base a las siguientes consideraciones:

Que según consta en las actuaciones como antecedentes no sometidos a la censura de la casación, mediante escritura pública de 3 de octubre de 1951, el causante de los actores y el Ayuntamiento de Marbella, representado por su Alcalde-Presidente, otorgaron un contrato de «cesión gra-

tuita» en beneficio de la Corporación citada, instrumento en el que se hace constar que asumido por dicha entidad «el proyecto de construir un mercado de abastos, suficiente para las necesidades de la población» y «conocedor don A. P. M. del proyecto antes referido», expresó su deseo de «contribuir en todo lo posible a su pronta realización», por lo cual «cede gratuitamente al Muy Ilustre Ayuntamiento de Marbella el huerto que se describe, con el objeto de que en terreno de la finca cedida pueda construirse un mercado para el abastecimiento de la ciudad», pactándose la reversión al donante para el caso de que la entidad local no utilizase la finca para tal destino, así como la utilización por el cedente de un local «de veinte a veinticinco metros cuadrados de superficie», que se le reservaría en el recinto para la explotación de un café-bar, «sin obligación de pagar alquiler ni arbitrios especiales»; abierto el mercado, cuya actividad se prolongó durante más de veinte años, fue clausurado en 1975, al haber sido acondicionadas con la misma finalidad otras instalaciones más amplias en distinto paraje, y el viejo edificio fue parcialmente destinado a Biblioteca Municipal y para servicio de una unidad de Educación Preescolar.

Que al estudiar la distinción entre los contratos privados y los administrativos, la doctrina científica y la jurisprudencia prescinden del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del Derecho común y atienden básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de manera que una relación jurídica concreta presentará naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, expresión ésta entendida en la más amplia acepción posible para comprender cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo propio de sus funciones peculiares, sentido lato que igualmente inspira el artículo 4.º de la Ley de Contratos del Estado de 17 de marzo de 1963, cuya regla segunda comprende la actividad típica que el órgano administrativo desenvuelve en el ámbito de su competencia funcional, a lo que debe añadirse el principio de la autointegración del ordenamiento administrativo al disponer el precepto que en caso de silencio contractual o legal serán la propia Ley y los principios generales de aquél los que, con preferencia, han de regir como supletorios, en lugar de acudir a la normativa iusprivatista (Sentencias de 22 de noviembre de 1977, 19 de mayo de 1982, 5 y 30 de octubre y 7 de noviembre de 1983, entre otras); atendido lo cual, y aplicables tales directrices a la contratación de las Corporaciones locales por mandato de la disposición adicional segunda del Reglamento de 9 de diciembre de 1953, es patente el carácter administrativo del contrato materia de la controversia, con la obligada consecuencia de la atribución del conocimiento sobre la pretendida reversión al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues la cesión realizada por el causante de los recurrentes en favor del Ayuntamiento de Marbella, con la proclamada finalidad de construir en el fundo cedido el mercado para abastecimiento de la población, permitió cumplir a la entidad el servicio público que al respecto le venía impuesto por el artículo 101, apartado d), de la Ley de Régimen Local, como también al presente lo exige el artículo 25, párrafo segundo, apartado g), de la Ley de 2 de abril de 1985, reguladora de las Bases de esa

Administración, y claro está que, presupuesto tal calificación, las incidencias y vicisitudes de la relación negocial, así como lo tocante al alegado incumplimiento que se reprocha al Ayuntamiento cesionario por los herederos del cedente para postular la reversión, tendrán su adecuado cauce en vía distinta a la utilizada, ya que, como dicho queda, se trata de cuestiones sustraídas al conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

F. C. L.

DOBLE VENTA.—INTERPRETACION.—MALA FE.—Artículo 1.473 del Código Civil (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara 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 Madrid, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid, fundándose en las siguientes consideraciones:

Que es un hecho constitutivo de un dato crucial en la relación jurídica controvertida, origen del pleito y del presente recurso, la existencia de un documento privado, fechado el 13 de febrero de 1959, que en su parte esencial dice: «Recibimos con esta fecha de don P. M. O. la cantidad de 35.000 pesetas, a cuenta *del piso que le vendemos* de la casa de nuestra propiedad sita en esta capital, calle de José Antonio Armena, 6.º derecha, A. *El precio de venta de esta vivienda* es el de 285.000 pesetas. *La forma de pago* de las mismas se efectuará en la forma siguiente...» (aplazado, mediante letras de cambio renovables, fijándose a partir de la última el plazo de un año); documento firmado por los dos interesados, bien que, negada en el pleito su firma por el que aparece como vendedor, fue admitido como tal documento en las instancias, una vez que la prueba pericial acreditara ser cierto y legítima la firma en principio rechazada.

Que esgrimido tal documento como título de compra y como base para impugnar una segunda venta hecha por el vendedor señor C. a otras personas (demandadas con él en el pleito), segunda enajenación que se inscribió en el Registro de la Propiedad en 1975, la Sala de instancia, en su función de valorar el contrato contenido en el susodicho documento privado, afirma que, no obstante su autenticidad, «limita sus efectos a la demostración de un acuerdo o principio de acuerdo sobre la venta del piso, sin que sea posible mantener la calificación contractual de venta al analizar las pruebas practicadas», por lo que «ante la gran dificultad para llegar a calificar el contrato» y no ver en él «una resuelta y definida voluntad contractual en cuanto a la transmisión dominical del piso», así como una imprecisión en el precio, que no se llegó a pagar en metálico, sino «a cambio de las obras realizadas» (por el comprador), y luego de indicar que al respecto hay datos probatorios contrapuestos, desestima, en definitiva, la demanda de nulidad del segundo contrato de venta, por inadmitir la primera y estar la segunda amparada por el principio de legitimación registral sentado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

Que la impugnación de la sentencia de instancia se basa en la formulación de un solo motivo, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de

la Ley procesal, tal el que denuncia la violación, por inaplicado, del párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil, que establece que «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas»; precepto al cual, según el recurso y motivo, no se atuvo la sentencia recurrida al no dar a las palabras claras y expresivas de paladina intención de comprar y vender que emplean los contratantes su sentido propio e inequívoco, sin necesidad de acudir, por ello, al elemento intencional, según Sentencia que cita de 27 de noviembre de 1957.

Que si bien la regla *in claris non fit interpretatio* ha sido a su vez interpretada en el sentido de que sentar la claridad de un texto supone un prejuicio, una estimación previa por el intérprete de su claridad o de la univocidad y sencillez del caso, de su no problematicidad, también puede afirmarse que tal regla ha de ser aplicada de modo natural e incondicionado cuando haya real armonía, no discordancia, entre las palabras (*verba*) y su significado final y orgánico o relacional con el contexto, con la estructura finalista y pragmática del mismo, de tal modo que esa correspondencia natural y lógica excuse o haga innecesaria la búsqueda del sentido total del texto o documento, bien por corresponder las palabras empleadas al sentido usual de los negocios o relaciones jurídicas en conflicto, ora porque del texto estudiado no resulte indicio de duda o ambigüedad, naciendo de ese modo, por la ausencia de ésta, el deber para el intérprete o juez de abstenerse de más indagaciones, tal como ya dijo el clásico: *quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* (D. III, 32, 1), en armonía con la regla de que las palabras, si son *verba simpliciter*, deben entenderse según su natural significado, y con lo declarado por este Tribunal, al proclamar que lo que está claro no necesita de interpretación (Sentencia de 16 de julio de 1984), supuesto en el que la investigación de la «voluntad» huelga (Sentencia de 3 de mayo de 1984), y en el que ha de ser prevalente la aplicación del párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil (Sentencias de 20 de febrero de 1984 y 22 de junio de 1984), con exclusión de los otros criterios (Sentencias de 28 de diciembre de 1982, 17 de marzo de 1983 y 5 de febrero de 1985).

Que, consecuentemente, a la vista y relectura del texto contractual transcrito, no es posible dar al mismo otro sentido y significado que el normal —usual y jurídico— que sus palabras expresan, y en concreto las antes subrayadas, tales las de recibir un dinero a cuenta «del piso que le vendemos» y las que indican el «precio de venta de esta vivienda», con su forma detallada del pago aplazado, muestra inequívoca del propósito y realización en aquel acto documentado de vender y comprar, en especificación de cosa y precio, elementos propios de un típico y normal contrato de compraventa, por lo que, en definitiva, al no entenderlo así la Sala de instancia, lanzándose a la búsqueda de una intencionalidad, o mejor, falta de voluntad contractual, es claro que incide en la infracción denunciada del párrafo primero del artículo 1.182 del Código Civil y en la de la reiteradísima jurisprudencia concorde, tal la contenida en las Sentencias de 21 de diciembre de 1969, 13 de noviembre de 1982, 2 de junio de 1983, 3 de mayo de 1984, 18 de enero de 1985, etc., que prevalecía la necesidad de realizar una interpretación adecuada al texto contractual,

sin incurrir en exceso o defecto o sin desorbitar el natural sentido de lo expresado, supuestos que autorizan ahora a esta Sala para la estimación del motivo y con él la del recurso, según la misma y citada jurisprudencia indicada, sin violar el principio de la autonomía y competencia del Juez en materia interpretativa, cuyos son esos límites.

Y en la segunda sentencia confirma sustancialmente la dictada por el Juzgado, ya que en punto al tema esencial del pleito no sólo hay que ahondar en las razones del Juzgado respecto a sus argumentos sobre la pérdida de la protección que concede el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, cuando el subadquirente carezca de buena fe, hecho que resulta de la prueba y así expresamente se declara, sino también añadir que, probada la existencia de un contrato de compraventa anterior al segundo impugnado, incluso con la consumación operada por la *traditio* y entrega efectiva al comprador, que lo arrendó a uno de los demandados (luego, segundo adquirente), se está también, y por ello, ante el supuesto normativo del artículo 1.473, párrafo segundo, del Código Civil, que otorga la propiedad, caso de doble venta, y si fuera la cosa vendida inmueble, al que antes la inscriba en el Registro, mas siempre, según reiterada jurisprudencia, que concurra en el inscribiente la situación subjetiva de la buena fe, dada la relación que hay que establecer entre dicho precepto y el 34 de la Ley Hipotecaria, y en virtud de no merecer protección civil ni registral el adquirente que conoció la primera venta, cuestión de hecho aquí probada (Sentencias de 30 de abril de 1974, 16 de febrero de 1981 y 17 de diciembre de 1984, que ratifican las de 31 de octubre de 1929, 30 de noviembre de 1967, 31 de diciembre de 1969, 26 de noviembre de 1970, etcétera).

F. C. L.

CONTRATOS BANCARIOS.—IMPOSICION A PLAZO FIJO (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1985).

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 los actores y apelantes contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, revocatoria en parte de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Badajoz, en base a las siguientes consideraciones:

Son hechos probados, habida cuenta lo declarado en la sentencia impugnada y no combatido en forma: A) Que en el juicio ejecutivo número 125/1981, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Badajoz a instancia del Banco Central, S. A., contra don F. P. R. y otros, en reclamación de 26 millones de pesetas, fueron embargados los saldos y las imposiciones a plazo fijo que en referido Banco existían a nombre del citado ejecutado, de la Agencia P. R. y de la Fundación P. R., los cuales se contenían en las cartillas a plazo fijo números 2.094-95, 2.093-65 y 2.095-25, con saldo de diez, cinco y un millones, respectivamente. B) Igualmente aparecen en referida entidad bancaria dos cartillas a plazo fijo, 2.324-85 y 2.224-55, por dos millones de pesetas cada una, en las cuales aparecen como cotitulares o titulares indistintos, en la primera, don

F. P. R., don H., doña D. P. D. y don B. P. D., y en la segunda, don F. P. R. y don L. R. S. C) La sentencia aquí impugnada, revocando en parte la dictada en primera instancia, confirma ésta en lo relativo a mantener el embargo de las sumas que aparecen en las cartillas a plazo fijo descritas en el apartado A), y en cuanto a las del apartado B), manda alzar dicho embargo en lo que se refiere a la cantidad de 1.500.000 pesetas de la imposición a plazo fijo número 2.324-85, por corresponder dicha suma a los cotitulares de la misma don H. P. R. (padre), doña D. P. D. y don B. P. D., alzamiento que afecta a los intereses y frutos correspondientes, así como en cuanto a la imposición número 2.224-55, en cuanto a la suma de un millón de pesetas, con sus intereses y frutos, que corresponde al titular don L. R. S., dejando en ambas subsistente el embargo de la parte correspondiente al ejecutado.

Que las llamadas en el ámbito de la banca «imposiciones de dinero a plazo fijo» constituyen una de las numerosas figuras que en dicho marco mercantil se integran en el campo de los llamados negocios jurídicos bancarios y dentro de las cuales la doctrina mercantilista distingue cuando menos como modalidades las representadas por los contratos de «depósito a la vista» y «a plazo fijo», así como los «depósitos simples» y «en cuenta corriente»; concretamente, el negocio aquí contemplado lo constituye, cual se indica al comienzo de este fundamento, un «contrato de depósito de dinero a plazo fijo», categoría ésta de negocios jurídicos mercantiles que como ya indicó esta Sala en su Sentencia de 26 de octubre de 1966 se caracterizan por su «notoria pobreza de esquemas legales», y respecto del cual tampoco la doctrina mercantilista se caracteriza por la riqueza de sus construcciones, que oscilan entre las que le atribuyen la naturaleza del depósito irregular y aquellas otras que estiman se trata de una figura negocial dotada de caracteres especiales, sin olvidar aquella otra que con apoyo en alguna concreta sentencia de esta Sala (20 de enero de 1915 y 19 de octubre de 1928, sin olvidar la de 28 de noviembre de 1896, que abre el camino para ello), estiman que, habida cuenta la posición del Código Civil, que no autoriza la existencia del depósito irregular, en este tipo de contratos en que el depositante puede disponer del capital depositado nos hallamos a presencia de un préstamo.

F. C. L.

DONACION DE INMUEBLES.—NECESIDAD DE ACEPTACION.—FALTA DE FACULTADES EN EL REPRESENTANTE DEL DONATARIO (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gijón, por estimar que la persona que aceptó la donación del inmueble carecía de las suficientes facultades representativas a tal efecto para actuar en representación de la persona jurídica de Derecho público donataria. Y, cosa curiosa, no contiene referencia alguna a la posible ratifica-

ción derivada del uso efectuado durante muchos años por la donataria en orden a la posible adquisición por prescripción, aun reconociendo que se creó una apariencia de negocio. Se basa para ello en considerar que la escritura de donación adolece de nulidad radical y absoluta, «que se impone declarar con tanta más radicalidad cuanto que la norma transgredida, aquella que establece la distribución de poderes entre los órganos de una persona jurídica de carácter público, ha de reputarse que tiene esta misma naturaleza de orden público que la hace indisponible».

Y en la segunda sentencia revoca la del Juzgado y declara nula y sin efecto la escritura de donación e inscripción registral, debiendo hacerse entrega del inmueble donado a quien resulte ser su titular como sucesor en la herencia del donante.

F. C. L.

PRELACION DE CREDITOS. — SALARIOS. — PRESCRIPCION. — ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO A FAVOR DE LA HACIENDA PUBLICA (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1985).

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 interpuesto por la representación del Estado, reconociendo la preferencia de éste, en cuanto a los créditos anotados preventivamente en el Registro de la Propiedad, sobre los créditos por salarios devengados hace más de un año.

Los hechos son los siguientes: Primero. La Recaudación de Tributos del Estado, Zona 1.ª, de Oviedo, inició en 1980 expediente de apremio contra la empresa «Enrique Rodríguez Construcciones, S. A.», por débitos fiscales del Impuesto de Tráfico de Empresas, al que después se acumularon otros por el mismo y otros conceptos tributarios, embargándose bienes de la empresa deudora que provocaron las correspondientes anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad de fechas 8 de enero y 6 de agosto de 1981, 7 de abril de 1982 y 29 de marzo de 1983; seguido dicho expediente de apremio por los trámites del Reglamento General de Recaudación, se señaló para la subasta el día 19 de octubre de 1983, publicándose al efecto los correspondientes edictos. Segundo. En la misma fecha señalada para la subasta, por los demandantes, trabajadores en su día de la citada empresa, se formuló reclamación previa en vía administrativa, invocando en apoyo de sus pretensiones el artículo 32, 3, del Estatuto de los Trabajadores, y en 6 de febrero de 1984 se interpuso la demanda de tercería de mejor derecho ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Oviedo, en la que se solicitaba se dictase sentencia declarando el mejor derecho de los actores para cobrar los créditos salariales comprendidos en el indicado número 3 del artículo 32 del Estatuto, reconocidos en los correspondientes actos de conciliación celebrados ante la Magistratura de Trabajo en 6 de julio y 10 de noviembre de 1982, así como también dicho mejor derecho para cobrar los créditos por indemnizaciones derivadas del cese en el trabajo motivado por el expediente de regulación de empleo, a cuya demanda se opuso la Abogacía del Estado, alegando en síntesis: a) que el citado precepto se refiere a créditos sala-

riales, no a créditos por indemnizaciones; b) que el número 6 de dicho artículo dispone que el plazo para ejercitar el derecho de preferencia es de un año, a contar del momento en que debió percibirse el salario, y tal plazo había transcurrido; c) que el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 1.923 del Código Civil, concede preferencia a los créditos anotados preventivamente sobre los salariales reclamados; y d) que los créditos por Contribución Urbana que también se persiguen tendrían preferencia sobre los salariales objeto de tercería. Tercero. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando la preferencia del crédito salarial que por importe de 8.714.478 pesetas les fue reconocido en acto de conciliación ante la Magistratura de Trabajo sobre los bienes embargados a la empresa por la Hacienda pública, absolviendo a los demandados, Estado y empresa del resto de los pedimentos, es decir, de los créditos por las indemnizaciones por cese en el trabajo.

Los fundamentos del fallo siguen los siguientes razonamientos: Que, según dispone el número 4 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, las preferencias reconocidas en los números precedentes a los créditos salariales —privilegio absoluto para el cobro de los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (núm. 1); privilegio también absoluto para los créditos salariales respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario (núm. 2), y privilegio general para los restantes créditos salariales sobre cualesquiera otro, excepto con relación a los créditos con derecho real en los supuestos en los que éstos sean preferentes con arreglo a la Ley Hipotecaria— son de aplicación, tanto en el supuesto de procedimiento concursal como en cualquier otro en el que concurran con otro u otros créditos sobre bienes del empresario, y según establece el número 6 del mismo artículo, el plazo para ejercitar el derecho de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescriben tales derechos; pues bien, si a tenor del indicado número 4 de dicho precepto el trabajador está facultado para hacer valer sus derechos, tanto en un proceso de ejecución universal en el que ocupará para el cobro de su crédito el lugar privilegiado que le corresponda, como en un proceso singular de ejecución, en este último caso por el cauce incidental de la tercería de mejor derecho al objeto de ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante (art. 1.532 LEC), es claro que de acuerdo con el indicado número 6 del artículo 32 tal privilegio debe ejercitarlo dentro del plazo de un año contado en la forma expuesta, so pena de fracasar en su pretensión si se le exceptiona la prescripción extintiva de tal preferente derecho al cobro; excepción que fue esgrimida por la Abogacía del Estado en primera instancia y cuyo rechazo fundamenta el segundo motivo de casación aquí formulado al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley procesal, en su nueva redacción —y de examen preferente por razones lógico-procesales—, y en el que se denuncia la infracción de ley por violación de lo dispuesto en el repetido apartado 6 del artículo 32, argumentando a tal efecto que si en autos consta que el reconocimiento de los salarios debidos y, por tanto, también la fecha en que debieron percibirse, es muy anterior en un año a la fecha de interposición de la de-

manda y, por tanto, desde el día en que se incumplió la obligación de pago por la empresa hasta aquel en que se ejercitó la acción por los demandantes recurridos había transcurrido con exceso el plazo de un año que el precepto establece, es indudable, se dice, que en tal fecha había prescrito la preferencia; motivo que debe prosperar, pues si la citada normativa completada con el artículo 59 contemplan como supuestos distintos la prescripción del crédito y la prescripción de la preferencia o privilegio —distinción, también, admitida expresamente en el art. 1.929 del Código Civil— debe aceptarse la posibilidad de hipótesis en que con subsistencia del crédito se haya extinguido la preferencia, y ello porque la pervivencia del crédito está supeditada a su reclamación o ejercicio frente al empresario deudor, mientras que la preferencia se actúa o bien concurriendo al procedimiento concursal o bien en el caso de ejecución singular formulando la correspondiente tercería al objeto de que se declare el derecho del tercerista a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante con el producto de la venta de los bienes embargados, es decir, en uno y otro caso la preferencia se ejercita respecto a los acreedores del deudor, no respecto a éste, a quien, en definitiva, sólo de forma muy relativa le afecta el orden o preferencia en los pagos con el producto de sus bienes; de donde se deduce que, como en el caso aquí contemplado, los créditos que fueron reconocidos en los actos de conciliación celebrados los días 6 de julio y 10 de noviembre de 1982 se referían a salarios devengados, todos ellos, con anterioridad al mes de mayo de 1982, y la reclamación administrativa previa a la tercería de mejor derecho para reintegrarse con prioridad a la Hacienda pública de los expresados créditos salariales se formuló el día 19 de octubre de 1983, fecha en que estaba señalada la subasta de los bienes inmuebles embargados en el procedimiento de apremio administrativo —embargos anotados preventivamente en el Registro de la Propiedad en 8 de enero y 6 de agosto de 1981, 7 de abril de 1982 y 29 de marzo de 1983, con los efectos derivados de la publicidad registral que sus asientos proclaman— es claro que cuando en dicho 19 de octubre de 1983 se suscitó tal tercería en el procedimiento de apremio ya había prescrito el derecho de preferencia que se invoca por haber transcurrido con exceso el plazo de un año desde que los créditos salariales eran exigibles e incluso desde que fueron reconocidos en los referidos actos de conciliación, por lo que no pueden pagarse con preferencia a los créditos fiscales por los que se sigue el procedimiento de apremio iniciado en 1981; procediendo, en consecuencia, estimar el motivo y con él el presente recurso de casación, casando la sentencia y en mérito de los fundamentos expuestos desestimar la demanda de tercería de mejor derecho interpuesta, sin hacer expresa imposición de las costas de primera instancia y acordando respecto a las de este recurso que cada parte pague las suyas.

Que aun cuando la estimación del anterior motivo hace innecesario el estudio de los dos restantes, no obstante, no es ocioso entrar en su examen, ya que en cualquier hipótesis se llegaría a una estimación parcial del recurso, aunque se hubiese rechazado la prescripción de la preferencia, y así, respecto al motivo formulado en primer lugar al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley procesal, y en el que se denuncia la infracción por errónea interpretación del apartado 3 del artículo 32 del

Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, que conlleva la violación de lo establecido en los artículos 44 de la Ley Hipotecaria, en relación con el número 2 del 42 de la misma, y 1.923 del Código Civil, que establecen la preferencia de los créditos anotados sobre los posteriores, debe tenerse en cuenta que si razones de política legislativa basadas en la necesidad de proteger la percepción de los salarios, única fuente de ingresos de muchos trabajadores, ha llevado históricamente a conceder determinados privilegios a los créditos salariales para cobrar con preferencia a los demás acreedores concurrentes, privilegio de carácter absoluto respecto a los salarios de los últimos treinta días dentro de ciertos límites cuantitativos, privilegio también absoluto en relación con los bienes elaborados por los trabajadores y privilegio especial respecto a los restantes créditos salariales, a los que se atribuye el carácter de singularmente privilegiados con preferencia sobre cualquier otro, tales razones de política social no se han estimado suficientes para que en el último supuesto no prevalezcan sobre los créditos salariales aquellos de otra naturaleza con derecho real en los casos en que sean preferentes con arreglo a la Ley Hipotecaria; supuesto este último que es parcialmente el de litis en cuanto la tercera de mejor derecho deducida por los trabajadores demandantes contra el Estado en el procedimiento de apremio seguido por la Recaudación de Tributos contra bienes de tal empresa por débitos fiscales, cuyo embargo fue anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad, se apoya en el indicado número 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, quedando, por tanto, centrado el problema en si la anotación preventiva de embargo —que según la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 vino a sustituir a las antiguas hipotecas judiciales— constituye o no un derecho real y, en consecuencia, si el crédito con ella garantizado es o no preferente al salarial, y, a tal efecto, si tal anotación implica la afectación de los bienes objeto de ella al pago del crédito que motivó el embargo, o como dice la doctrina científica, un derecho de realización de valor en garantía de la satisfacción de tal crédito, hasta el punto de que, según el párrafo final del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, el procedimiento de apremio sobre los bienes embargados continúa, aunque hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, y si a tenor del artículo 71 de la propia Ley los bienes o derechos reales anotados pueden ser enajenados o gravados, sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación, es indudable que concurren en la repetida anotación los caracteres de inmediatez y absolutividad propios de los derechos reales sobre bienes inmuebles, aunque sus efectos no se asimilen totalmente a los del típico real de garantía, es decir, a la hipoteca, pues así como respecto de ésta y por aplicación de los principios hipotecarios, y más concretamente del principio de fe pública registral, el contenido del Registro al tiempo de la inscripción se considera exacto e íntegro, prevaleciendo, en consecuencia, sobre los actos dispositivos o de gravamen que no consten en sus asientos, aunque sean anteriores, sin embargo, las referidas anotaciones preventivas no modifican la situación jurídica preexistente a su acceso al Registro, de forma que los créditos contraídos o los actos dispositivos otorgados con anterioridad no resultan afectados por la anotación, regulándose la respectiva preferencia por lo dispuesto en el artículo 1.923 y concordantes

del Código Civil, al que remite el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, según los cuales gozan de preferencia los créditos preventivamente anotados en el Registro, en virtud de mandamiento judicial por embargo, sobre los bienes anotados y sólo en cuanto a los créditos posteriores a la anotación; por todo lo cual debe concluirse que los créditos del Estado por los que se sigue el apremio administrativo, preventivamente anotados en el Registro, gozarían de preferencia sobre todos los créditos salariales posteriores a dicha anotación, lo que equivale a decir que las anotaciones preventivas practicadas en 8 de enero y 6 de agosto de 1981, en cuanto se refieren a débitos fiscales del año 1980, tienen preferencia sobre los créditos salariales objeto de la tercera; preferencia que no puede predicarse totalmente de la anotación practicada el 7 de abril de 1982, en cuanto existen créditos salariales de fecha anterior y que, desde luego, debe rechazarse en relación con la anotación llevada a efecto el 29 de marzo de 1983, dado que los repetidos créditos por salarios son indudablemente anteriores; lo que en la hipótesis de no haberse estimado la prescripción del derecho de preferencia la tercera hubiera prosperado en los indicados términos parciales; argumentación que se robustece con sólo tener en cuenta que si, por una parte, los créditos con garantía real, como los hipotecarios, tienen indudable preferencia sobre los créditos salariales del número 3 del artículo 32, por aplicación del principio de fe pública registral, y, por otra parte, los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad tienen prioridad respecto a los créditos hipotecarios posteriores a la anotación, es indudable que el crédito anotado preventivamente debe prevalecer sobre el salarial por ser también preferente al hipotecario; razonamientos los anteriores que conducirían en la misma hipótesis dialéctica a dar preferencia sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque haya inscrito sus derechos en el Registro, a los débitos fiscales relativos a la anualidad corriente y la última vencida y no satisfecha de las contribuciones e impuestos que graven los bienes inmuebles, a tenor del artículo 194 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 73 de la Ley General Tributaria y demás concordantes, en cuanto dichos créditos singularmente privilegiados afectan tales bienes como si de una hipoteca legal tácita se tratara.

F. C. L.

DONACION.—NULIDAD DE LA ELEVACION A ESCRITURA PUBLICA DE DOCUMENTO PRIVADO DE DONACION.—Artículo 633 del Código Civil (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante, hijos del actor y apelado, contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid.

La cuestión es la siguiente: El padre otorgó un documento privado por el que cede a sus hijos gratuitamente sus fincas, documento que los hijos pretenden es una transacción, pero que el Juzgado y la Audiencia

califican de donación. Siete días después de la fecha de dicho documento, el padre y los hijos, pero no la segunda esposa del primero, elevan a escritura pública tal documento privado. El Juzgado, la Audiencia y el Tribunal Supremo declaran nula tal escritura, por cuanto el documento privado elevado a público es una donación que es nula por imperativo del artículo 633 del Código Civil, y lo nulo absolutamente no puede ser objeto de reconocimiento, ratificación, confirmación o elevación a público.

NOTA.—Evidentemente, parece que lo que debió aconsejar el Notario fue el otorgamiento de una escritura de donación y nunca la elevación a escritura pública de una donación de inmuebles contenida en documento privado que, como tal, es inexistente. Por lo mismo, parece que debió extremar el rigor en la calificación para evitar precisamente crear una apariencia de negocio que no resiste la más ligera crítica o investigación acerca de su naturaleza verdadera, como lo demuestra la conformidad de las sentencias. En principio, y a falta de mayores elementos de juicio que no suministra la sentencia, parece que estamos ante un caso claro en que el Notario debió negar la autorización conforme al artículo 145, párrafo segundo, *in fine*, del Reglamento Notarial, que así lo impone «cuando... el acto o contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes... o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos».

F. C. L.

RESPONSABILIDAD CIVIL: IMPLICA LA EXIGENCIA DE QUE EL ACTO DAÑOSO SEA ANTIJURIDICO. UNA MERA INFRACCION ADMINISTRATIVA NO ES BASTANTE PARA IMPONER EL RESARCIMIENTO, PRESCINDIENDO DE LA INEXCUSABLE CONCURRENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE CULPABILIDAD.—EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO OBLIGATORIO DE LA LEY DEL AUTOMOVIL NO ALCANZA A DAÑOS A LAS COSAS (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—La actora demandaba a don Juan y a su compañía aseguradora, alegando que el automóvil de su propiedad, conducido por don José María, colisionó con una máquina retroexcavadora, que circulaba por el arcén sin estar autorizada para hacerlo de noche, lo que determinó que el vehículo propiedad de la demandante quedara atravesado en la calzada, dando lugar a que a su vez colisionara ligeramente con él otro automóvil que circulaba en dirección contraria.

El Juzgado desestimó la demanda. Recurrida esta sentencia, la Audiencia la revocó, condenando solidariamente a los demandados a satisfacer a la actora la suma por ella reclamada, importe de los daños sufridos por su vehículo.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso y en su segunda sentencia confirmó la del Juzgado, desestimatoria de la demanda. Ponente: Don Jaime de Castro García.

Doctrina de la Sala.—Consideramos muy dignos de reproducirse los razonamientos fundamentales de esta sentencia, que a nuestro juicio tiene el mérito de poner coto a un cierto exceso en que, en nuestra opinión, se incurre cuando se invoca la moderna doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad civil, olvidando a veces que nuestro sistema jurídico no ha roto con la teoría clásica de la culpa, por mucho que se la haya mitigado o matizado mediante criterios judiciales de innecesaria cita.

En alguna medida podría considerársela una resolución «revisionista», por ejemplo, cuando afirma que una mera infracción administrativa no es bastante por sí sola para imponer el resarcimiento por vía de actuación culposa, prescindiendo de la inexcusable concurrencia del elemento subjetivo de culpabilidad, habida cuenta que la Sala tiene dicho en muchas ocasiones que la simple observancia de disposiciones o medidas administrativas no basta para eximir de responsabilidad, puesto que si el daño ocurrió de hecho es que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia.

De otro lado, no se ajusta la sentencia al criterio de inversión de la carga de la prueba, por ejemplo, en cuanto al sistema de alumbrado de la retroexcavadora y su eventual autorización para circular de noche.

Nos parece, sin embargo, que la solución es materialmente justa, pues lo que se valora es el proceder imprudente —que se da por sentado— del conductor del automóvil.

La Sala, por otro lado, puntualiza que el sistema de responsabilidad y de seguro obligatorio de la Ley del Automóvil se halla en suspenso por virtud del Decreto-ley de 22 de marzo de 1965, suspensión que hasta ahora no ha sido alzada.

Como decíamos, conviene conocer en su texto el razonamiento del Tribunal:

Considerando que frente a la sentencia condenatoria el primer motivo del recurso, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, denuncia aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil, «toda vez que de los hechos que se declaran probados no se desprende la comisión de un ilícito culposo en la maniobra realizada por el piloto de la máquina retroexcavadora»; alegación que ha de prosperar, pues aquel precepto, no citado por la sentencia combatida, pero de cuya atinencia al caso parte la demanda y da por supuesta el Tribunal de instancia, descansa en un básico principio culpabilístico, lo que implica la exigencia de que el acto dañoso sea antijurídico, por vulneración de una norma, aun la más genérica (*alterum non laedere*), protectora del bien lesionado, y culpable, esto es, imputable a negligencia o dolo del agente, por más que la diligencia obligada abarque no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino también todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento (Sentencias de 27 de mayo de 1982, 6 de mayo y 13 de diciembre de 1983 y 12 de diciembre de 1984, entre otras), y es manifiesto que no puede ser basada la responsabilidad en el único dato de que la máquina referida, según se aprecia al ponderar los elementos demostrativos, sobrepasa en cinco centímetros la anchura máxima autorizada, puesto que una mera infracción administrativa no es bastante por sí sola para imponer el resarcimiento por vía de actuación culposa, prescindiendo de la inexcusable concurrencia del elemento subjetivo de cul-

pabilidad, siendo de advertir, además, que si bien el artículo 58 del Código viario señala como anchura máxima de los vehículos, incluida la carga, la de 2,50 metros, el 309 autoriza la utilización de las vías públicas por los que rebasen esas dimensiones, siempre que cuenten con el permiso apropiado, y de otra parte, nada se indica en la resolución impugnada ni obra en las actuaciones que por carecer de sistema de alumbrado y señalización óptica con arreglo a las condiciones generales le estuviese prohibido a la máquina en cuestión circular entre el anochecer y el amanecer por disposición del artículo 311, párrafo cuarto, del propio Código, a todo lo cual ha de añadirse el hecho, no puesto en tela de juicio, de la excesiva velocidad en la marcha del turismo en razón del alumbrado de cruce que utilizaba, así como la prudencia del recurrente, que conducía su vehículo por el arcén, aunque adentrándose un poco en la calzada, debiendo señalarse, por último, que la doctrina de la responsabilidad por riesgo, que no puede erigirse por sí sola en fuente de la obligación de indemnizar, como esta Sala ha precisado, siempre sería inaplicable a la hipótesis del choque de vehículos, pues ambos se hallarían en la misma posición.

Considerando que el motivo segundo del recurso aduce, por el mismo cauce procesal, aplicación indebida del artículo 1.º de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, según Texto refundido aprobado por Decreto de 21 de marzo de 1968, precepto invocado por la resolución recurrida; e igualmente tiene que prevalecer, pues dicha norma, a la que también acude de modo expreso la Sala de instancia para apoyar su pronunciamiento, carece de posible utilización en el supuesto debatido, si no se olvida que el Decreto-ley de 22 de marzo de 1965 suspendió la aplicación del «sistema de responsabilidad civil y seguro obligatorio establecido en la expresada Ley, por lo que respecta a los daños en las cosas», sin que hasta la fecha tal suspensión haya sido alzada, lo que excluye toda posibilidad de acudir a su normativa para imponer el resarcimiento cuando no se trata de quebranto a las personas..

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL: CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—La actora reclamaba a varias personas físicas y compañías aseguradoras una determinada cantidad, en concepto de responsabilidad civil por la muerte del esposo de aquélla en accidente de circulación.

El Juzgado estimó la excepción de prescripción y absolvió a todos los codemandados. La Audiencia desestimó esta excepción y, entrando en el fondo del asunto, desestimó también la demanda.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Doctrina de la Sala.—Procede la cita de un breve pasaje, sobre todo por cuanto pone de relieve la a veces mal interpretada permanencia de

la doctrina de la culpa para la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, e incluso, dice la Sala, de la llamada Ley del Automóvil, «que no consagra totalmente la responsabilidad objetiva plena».

Dice la Sala:

Considerando que no impugnada tampoco la apreciación de la Sala de instancia, relativa a la no incidencia causal en el accidente, derivada de la conducta del otro conductor condenado por falta, no puede valer ahora el argumento de la eficacia de la sentencia penal aludida respecto de la vinculación a la misma por la jurisdicción civil, como también indebidamente se alega en el segundo y último motivo del recurso, que denuncia la no aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y doctrina concordante, relativa a la teoría del riesgo, tesis que es rechazable en los supuestos de existencia de culpa exclusiva de la víctima, según ya declararon las Sentencias de esta Sala de 27 de enero de 1983, 22 de noviembre de 1983 y 5 de diciembre de 1983, que al tiempo que ratifican la doctrina de la permanencia de exigencia de culpa para la aplicación del artículo 1.902 e incluso de la Ley llamada del Automóvil (Texto refundido de 21 de marzo de 1968), que no consagra totalmente la responsabilidad objetiva plena, afirmaron que tampoco es aplicable la teoría del riesgo en supuestos como el del recurso, dado que la culpa en mayor o menor grado atribuible —o mejor, la responsabilidad objetiva— al presunto causante viene a ser eliminada por la culpa exclusiva —si así lo es— de la víctima.

R. DE A.

DESISTIMIENTO EN EL CONTRATO DE OBRA: ESTA SUJETO A LAS EXIGENCIAS DE LA BUENA FE.—CONTRATO EN INTERES DE TERCERO: NO IMPLICA LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.—CLAUSULA PENAL Y ARRAS O SEÑAL (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—El demandante y el demandado habían concertado un contrato complejo, por el que el primero se comprometía a realizar trabajos de carpintería que el segundo le encomendara, entregando éste semanalmente a cuenta 50.000 pesetas, para su liquidación trimestral. Al mismo tiempo, el demandante tomaba en alquiler un local de negocio del demandado, con renta de 38.000 pesetas mensuales. Y, a la vez, el demandante compraba la maquinaria necesaria al demandado, por importe de 3.340.571 pesetas, a pagar en veinticuatro mensualidades.

El actor aducía que, a poco de iniciarse la ejecución del contrato, el demandado dejó de cumplir sus obligaciones de pago y de liquidaciones trimestrales, lo que condujo al primero a una situación de falta de financiación que hizo que fuese condenado a indemnizar a sus trabajadores, por despido, en la suma de 1.434.854 pesetas y a ser condenado, con costas, en el juicio ejecutivo promovido por el ahora demandado por falta de pago de plazos pendientes del precio de la maquinaria y en el juicio de desahucio del local por falta de pago de la renta, también promovido por el demandado de estos autos.

En consecuencia, solicitaba sentencia por la que se condenase al demandado a abonarle 1.828.150 pesetas por trabajos realizados, 238.355 pesetas por otros trabajos, 459.650 pesetas por la fianza dada al constituirse el arrendamiento, 6.400.000 pesetas por las entregas semanales que tenían que habérselo realizado hasta entonces, así como al reintegro de daños y perjuicios por 917.581 pesetas por la demanda ejecutiva y 1.434.854 pesetas del juicio de despido.

El Juzgado estimó en parte la demanda, declarando la posible existencia a favor del actor de créditos correspondientes a trabajos realizados para el demandado y devolución de la fianza arrendaticia, condenando al demandado al pago del saldo que resulte.

Habiendo apelado ambas partes, la Audiencia desestimó el recurso del demandado y estimó en parte el del actor, declarando: que el demandado desistió de la relación contractual, con cuantas consecuencias indemnizatorias y liquidatorias eran inherentes al desistimiento; que el actor tiene derecho a la liquidación de las cuentas pendientes con el demandado por las entregas que uno y otro realizaran durante la vigencia del contrato en los cuatro primeros meses de 1978 y a percibir el saldo que resultara a su favor; que el demandante tiene derecho a recuperar la cantidad de 459.650 pesetas que en concepto de arras penales constituyera en el momento de celebrarse el contrato de arrendamiento del local; que el demandante tiene derecho a percibir del demandado con arreglo al mínimo garantizado en el contrato y por el período de mayo a diciembre de 1978 la suma de 1.600.000 pesetas; que el demandado está obligado a restituir al actor los plazos entregados a cuenta del precio de venta de la maquinaria, previa deducción del 10 por 100 del total —en compensación por la tenencia de las máquinas— y del valor en que se cifre la depreciación comercial de la maquinaria; y que en el ejercicio del desistimiento y en la recuperación procesal de la maquinaria no se ajustó el demandado a las exigencias de la buena fe. Condenando al demandado a abonar al actor las sumas antes referidas y absolviéndole del resto de los pedimentos.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: Don Jaime de Castro y García.

Doctrina de la Sala y comentario.—El Tribunal Supremo parte de la idea, expresada por la Sala de instancia, de que el contrato de autos, «que sólo en parte se corresponde el peculiar contenido del arrendamiento de obra en que el desistimiento del comitente se halla legalmente reconocido como causa extintiva», supone que la facultad atribuida al demandado para desligarse de sus obligaciones como consustancial a la naturaleza de un contrato de tracto sucesivo, de duración indefinida y basado en la confianza, necesariamente estaba sujeta en su ejercicio a las exigencias de la buena fe, que por la finalidad y perspectivas de lo estipulado imponían al recurrente el mantenimiento de la relación contractual «cuando menos por el mínimo de las prestaciones comprometidas durante el tiempo que razonablemente precisara el actor para hacer frente a la nueva situación creada por la extinción del vínculo obligacional, así como el deber de cooperar a la liquidación de las cuentas», más la indemnización de los perjuicios «que la extinción del contrato por su unilateral e interesada voluntad hubiere causado al otro contratante».

La Audiencia había puesto de relieve que, si bien el convenio carece

de plazo explícito de duración, la cláusula sexta implícitamente fija un tiempo mínimo de un año, pues según su texto «don Juan A. se compromete a asignar trabajos por un importe anual de 10.000.000 de pesetas a don Juan H.»

Y más adelante la Sala del Supremo confirma el criterio de la de la Audiencia, al entender que el proceder del demandado comporta un «desistimiento del contrato», sin que mediara ilícito alguno reprochable al actor justificativo de la resolución contractual que se esgrime, pero en el bien entendido que la denuncia negocial ha sido realizada con ausencia de la *bona fides* imprescindible para su legítima actuación, lo que determina la condena al condigno resarcimiento del demandante.

Podría parecer que esta doctrina sienta una interpretación especial del artículo 1.594 del Código Civil, que faculta al dueño de la obra para desistirse del contrato con las solas consecuencias que el mismo precepto establece.

Pero, a nuestro juicio, no es así, sino que, interpretando el Supremo, como lo había hecho la Audiencia, el conjunto de estipulaciones de lo que en verdad era un contrato complejo o mixto, ambos Tribunales dan la solución a nuestro entender acertada, esto es, la de considerar que la facultad de desistimiento en este caso llevaba consigo una exigencia de buena fe para manifestarla, buena fe que, a todas luces, vistos los hechos, no concurrió en el comitente demandado.

El recurrente había alegado la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Y a este respecto, con impecable doctrina, dice la Sala:

Considerando que por imperativo de lógica en el examen de la oposición a la demanda y en el de los motivos en que el recurso se estructura ha de otorgarse preferente atención al segundo de ellos, que denuncia, por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, «aplicación indebida» de la doctrina legal sobre el litisconsorcio pasivo necesario, por cuanto en criterio del recurrente debió ser traída al debate la entidad «Carpintería L. P., S. L.», sin que a ello sea óbice el argumento utilizado por la sentencia combatida «de que en un procedimiento anterior el hoy recurrente manifestó ser titular único» de la nombrada compañía; alegación que no puede prosperar por las siguientes razones: 1.ª Si el fundamento en que descansa la figura litisconsorcial referida es la necesidad de preservar el principio de audiencia, evitando la indefensión, como una vez más ha recordado esta Sala en Sentencia de 9 de marzo del año en curso, insistiendo en tesis ya mantenida en reiteradas decisiones, de manera que no sea pronunciada una resolución que afectaría a personas no demandadas y, por lo tanto, no comparecidas en el proceso para postular en su defensa, claro está que no puede ser debidamente opuesta la *exceptio plurium litisconsortium* cuando el sujeto ajeno a la controversia no resulta alcanzado por los pronunciamientos, según acontece en el caso de litis, pues el fallo es contra el recurrente, sin hacer alusión alguna a la sociedad mercantil citada. 2.ª Tampoco se está en presencia de una relación jurídica que por ser inescindible sólo permita una declaración unitaria con trascendencia a tercero, sino que según lo evidencia la mera lectura de su clausulado, en el contrato debatido don Juan Ramón A. G. se obliga estrictamente, en nombre propio y toda la dinámica de la ejecución negocial se opera entre ambas personas físicas, a

lo que nada obsta que los trabajos los encargaría el comitente «en nombre de 'Carpintería L. P., S. L.'», pues obviamente ese contrato principal, al que se subordinan los de venta de maquinaria y arrendamiento de local, no contiene estipulación alguna en favor de tercero, que en sentido propio entraña la atribución de un derecho a persona que no ha intervenido directa ni indirectamente en su concierto, pero que puede exigir su cumplimiento una vez producida la adhesión operante como *condictio iuris* (Sentencias de 10 de diciembre de 1956 y 7 de junio de 1976), y tampoco se trata de negocio a cargo de tercero o con promesa de hecho ajeno, pues todas las prestaciones en la actividad del comitente correrían a cargo del demandado y *proprio nomine*, por más que éste diga actuar en interés de dicha sociedad, la cual quedaría asimismo marginada del conflicto con arreglo al artículo 1.717 del Código Civil, que la Sala *a quo* invoca oportunamente. 3.ª Descartados los efectos del mandato representativo o de una estipulación a favor de tercero, según la acepción técnica ya señalada, el contrato queda reducido en su componente personal a los dos únicos sujetos que en la controversia intervienen, sin que fuera menester dirigir la acción contra quien no se ligó por el pacto ya extinguido ni le conciernen los pronunciamientos declarativos y de condena llevados a la parte dispositiva de la sentencia recaída.

También tiene interés esta sentencia, en su conjunto muy sugerente, cuando se plantea el problema acerca de la naturaleza jurídica de la cantidad que el actor arrendatario había entregado en concepto de fianza por el arriendo, extremo relevante porque precisamente se condenaba al demandado —con criterio que el Supremo acepta— a reembolsar esa suma al actor.

La Sala, con buen criterio, califica acertadamente esa cláusula y, dentro del conjunto complejo que el caso entrañaba, descarta la aplicación que se intentaba por el demandado, a la luz de la mera letra del pacto, es decir, la de que el arrendatario perdiese la cantidad entregada a cuenta, y, por el contrario, en razón a la ausencia de buena fe que constantemente se predica en la sentencia respecto del arrendador, se le condena a la restitución de esa suma. Y ello por entender el Supremo, creemos que con toda justicia, que el arrendamiento no podía desligarse del contrato principal, que era el de ejecución de obra.

A este respecto dice la Sala:

Considerando que tampoco puede ser estimado el motivo quinto del recurso, basado en el ordinal primero del artículo 1.692 y fundado en violación de los artículos 1.261, 1.278, 1.152 y 1.153 del Código Civil, preceptos que se dicen infringidos al proceder la sentencia impugnada en su declaración tercera a «extinguir totalmente la cláusula penal, eliminándola», en lugar de moderarla; porque el texto inequívoco del contrato de arrendamiento de local de negocio, con la misma data del de ejecución de obra, está evidenciando que la entrega por el arrendatario de «doce mensualidades por anticipado, es decir, 459.600 pesetas», a cuya devolución es condenado el arrendador (con un error material intrascendente en los guarismos), no tiene el carácter específico de una *stipulatio poenae* propiamente dicha, sino que la prestación se hace por de pronto en concepto de «arras o señal» con la finalidad manifestada de anticipo de la merced arrendaticia (cláusulas cuarta y quinta), y si bien a renglón seguido ha

sido prevista la posibilidad de su pérdida total si se da la hipótesis de impago «de cuatro meses alternos o tres meses consecutivos», incorporando así un matiz punitivo en el evento de incumplimiento; es incuestionable que la demanda de la relación negocial básica por parte del recurrente, teñida de mala fe y con proyección también al contrato de arrendamiento, como con acierto razona el Tribunal sentenciador, deja sin posibilidad de aplicación tal supuesto por inexistencia de conducta incumplidora en el locatario, y de no ordenarse el reintegro sería sancionado un enriquecimiento injusto en beneficio del arrendador.

R. DE A.

PACTO DE RENOVACION DE LETRA DE CAMBIO: DEUDA NO EXIGIBLE (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—Se hallan magníficamente resumidos en el primer considerando de la sentencia, que reproducimos:

Considerando que son hechos básicos de los que debe partirse para la decisión de este recurso: Primero. En virtud del contrato de compraventa el actor señor A. L. vendió al demandado, señor R. R., una máquina cosechadora usada, marca «Far», por precio de 850.000 pesetas, más una cosechadora marca «Clas-Cónsul», librándose al efecto para el pago de la expresada cantidad una letra de cambio con vencimiento al 25 de septiembre de 1980. Segundo. Llegado el día del vencimiento de la cambial, el demandado hizo efectiva solamente la mitad de su importe, siendo protestada por el resto, resto que es el que se solicita, con los gastos del protesto, en la demanda que inicia la litis de la que este recurso dimana, oponiendo a la misma el demandado los defectos de la máquina comprada y los gastos realizados para ponerla en funcionamiento, así como que en el contrato de compraventa se convino que la letra librada sería renovable por el 50 por 100 a 1981 con gastos bancarios, formulando seguidamente reconvencción apoyada en el alegado hecho de que para poner en funcionamiento la máquina hubo de gastar 492.131 pesetas, y como la cantidad que se le reclama es la de 426.190 pesetas, le reconviene por la diferencia, o sea 65.941 pesetas; y Tercero. La sentencia de primera instancia acoge la demanda y rechaza la reconvencción al dar por acreditado el contrato y el impago de la cantidad reclamada y por no probado que las reparaciones de la máquina fuesen consecuencia del mal estado de la misma al tiempo de la entrega, aparte de que la falta de reclamación por los invocados defectos ocultos, no acreditados, hubieran extinguido la acción por caducidad, dado el transcurso del tiempo desde la entrega hasta la reclamación, sentencia que es confirmada en apelación, previa aceptación de los considerandos de aquélla, sin que ni en una ni en otra se haga alusión alguna a la invocada renovación de la letra por el 50 por 100.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso. Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—También es muy conciso y correcto el razonamiento de la Sala que condujo a la estimación del recurso, al decir:

Considerando que frente a dicha sentencia se deduce el presente recurso de casación, en cuyo motivo primero, apoyado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, se acusa la infracción, por violación, del artículo 1.281, 1, en relación con el artículo 1.125, párrafos primero y segundo, todos ellos del Código Civil, argumentando a tal efecto que siendo claros los términos del contrato de compraventa ha de estarse a su contenido, del cual se infiere la inexigibilidad de la deuda en el momento en que se instó la reclamación judicial al ser renovable el 50 por 100 de la letra de cambio librada para el pago del precio de la máquina cosechadora, motivo que debe prosperar, pues si, como se ha dicho, uno de los pactos del referido contrato, admitido por ambos litigantes, fue que las 850.000 pesetas, parte del precio de la máquina se harían efectivas mediante una letra de cambio con vencimiento al 25 de septiembre de 1980, renovable el 50 por 100 a 1985, si el demandado aceptante abonó a dicho vencimiento la cantidad de 425.000 pesetas, es decir, la mitad del importe de la cambial, y la dejó impagada por la otra mitad por la que fue protestada, y si el actor formuló la demanda en reclamación de tal cantidad no satisfecha, más gastos, en noviembre de 1980, es manifiesto que en esta fecha no estaba vencida la deuda y, por tanto, no era exigible, y al haberlo entendido de forma distinta la sentencia de instancia incurrió en la infracción de los indicados preceptos, interpretando erróneamente el mencionado pacto contractual, error manifiesto que se evidencia del sentido literal del mismo, acorde con el espíritu o intención de los contratantes.

R. DE A.

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION: CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO.—LA NO OBTENCION DE LA FINALIDAD DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—La demandada había contratado con la sociedad actora trabajos para el alumbramiento de aguas subterráneas.

Esta sociedad reclamaba el pago de parte del precio, que quedaba pendiente. La demandada solicitó la desestimación de la demanda, alegando en síntesis que habiendo sido objeto del contrato la realización de sondeos «para la localización de aguas subterráneas», no se habían realizado las actividades precisas para tal fin, respaldando su criterio en unos informes técnicos proporcionados por otra empresa, que había llevado a cabo sondeos con resultados plenamente satisfactorios.

El Juzgado estimó la demanda.

La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, desestimando la demanda.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: Don José Beltrán de Heredia Castaño.

Doctrina de la Sala.—El Supremo declara no desvirtuables las consideraciones de hecho de la Audiencia, según las cuales los trabajos se realizaron de modo que resultan *completamente inútiles* para la finalidad del alumbramiento de aguas subterráneas, haciendo *absolutamente imposible*

el entubado posterior, por lo que la actora ha cumplido de modo *gravemente defectuoso* el trabajo al que se comprometió.

La Sala razona que el objeto del trabajo era la «investigación para la localización de agua subterránea, que es distinta de la pura actividad de investigación pericial propia de un dictamen de carácter geofísico, porque implica una actividad ejecutora que deberá efectuarse con una *finalidad específica*, no consistente en el simple hecho de perforar el suelo —lo que evidentemente puede realizarse con fines diferentes—, sino realizando lo que *sirva o sea idóneo* para conseguir el fin pactado, que, en este caso, era el de *localizar* las aguas, no tampoco como fin en sí mismo, sino para que puedan ser aprovechadas».

Añade el Supremo que con base en cuanto queda expuesto es por lo que el cumplimiento puntual y exacto de las obligaciones, determinado con carácter general para todo contrato en los artículos 1.091 y 1.157 del Código Civil, conlleva en las formas contractuales del tipo de la que ahora se contempla la necesidad de *cumplir la finalidad* a que va destinada, distinta obviamente de que el resultado que se obtenga, sea positivo; pero sin que pueda decirse que se cumple, *cuando se cumple mal*, efectuando un trabajo «gravemente defectuoso», como es el hacer una perforación incorrecta, que imposibilita el entubado posterior que permita el aprovechamiento, incumpliendo, en suma, la finalidad que constituyó el condicionante del contrato, su *para qué o causa fundamental*, que incide en el supuesto del artículo 1.101 del Código, al contravenir de este modo «al tenor de la obligación» que integraba el objeto de aquél. Todo ello, según precisó la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, para casos semejantes, recogida, entre otras, en las Sentencias de 24 de noviembre de 1966, 25 de noviembre de 1967, 17 de mayo de 1971, 26 de octubre de 1977, 4 de abril de 1979, 3 de mayo de 1979 y 30 de noviembre de 1984.

NOTA.—Obsérvese el importante detalle de que la Sala considera que estamos en presencia (aunque no lo diga con estas palabras) de un contrato de resultado, pero bien entendido que la propia Sala puntualiza que el resultado no era obtener el objetivo perseguido (alumbramiento de agua), sino el cumplimiento de las actividades precisas para conseguirlo.

De ahí que se desestime la pretensión de la actora no por no haber obtenido dicho alumbramiento, sino por practicar mal la perforación, imposibilitando el entubado posterior que permita el aprovechamiento del agua.

Es interesante la alusión a la *causa funcional* del contrato, como elemento valorativo del incumplimiento, a la luz del artículo 1.101 del Código Civil.

R. DE A.

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION: LA EFECTUADA EN RELACION CON UNO DE LOS DEUDORES SOLIDARIOS ALCANZA A LOS DEMAS (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—La actora, dueña de un edificio, demandaba a un Arquitecto, a un Aparejador, al contratista autor de unas excavaciones y a la inmobiliaria dueña de un solar contiguo, en reclamación de indemnización por derrumbamiento parcial de la propiedad de la demandante, a causa de las citadas obras de excavación.

El Juzgado desestimó totalmente la demanda.

La Audiencia condenó a todos los demandados a satisfacer solidariamente a la actora la suma de 1.750.000 pesetas.

Interpuesto recurso de casación por tres de los demandados (entre ellos, la inmobiliaria dueña del solar), el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. Ponente: Don José Luis Albacar López.

Doctrina de la Sala.—La sentencia reproduce la conocida doctrina de que la apreciación de la prueba suministrada por las partes acerca de la interrupción de la prescripción es de la exclusiva soberanía de la Sala de instancia, cuya estimación sólo puede combatirse en casación por la vía o cauce del número 7 del artículo 1.692 (anterior) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También insiste la Sala, como es obligado, en que la interrupción causada respecto al Arquitecto tiene proyección sobre los demás demandados, porque si a todos les alcanza responsabilidad solidaria, la actividad interruptora producida con relación a uno solo de los responsables solidarios alcanza a los demás respecto a los que esa actividad no se haya producido, como consecuencia de lo establecido en el párrafo primero del artículo 1.974 del Código Civil y previene la doctrina jurisprudencial de las Sentencias, entre otras, de 25 de noviembre de 1969, 16 de diciembre de 1971 y 15 de diciembre de 1975.

Digamos como curiosidad que llama la atención que la inmobiliaria dueña del solar no alegara su falta de responsabilidad por hechos del contratista, del Arquitecto y del Aparejador (si es que no determinó o gobernó el modo de proceder de éstos), tesis que habría podido prosperar a la vista de la reciente jurisprudencia que sobre la materia ha examinado el autor de este comentario en su trabajo «Otra vez sobre el problema de la responsabilidad o irresponsabilidad del comitente por daños causados por empleados del contratista», en esta misma REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, mayo-junio de 1985, páginas 839 y siguientes.

R. DE A.

ARRENDAMIENTOS

Por RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ

PERECIMIENTO DE LA COSA ARRENDADA: PRESUNCION DE CULPA DEL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—La dueña y arrendadora de un local de espectáculos demandó al arrendatario, reclamándole la suma de 60.018.948 pesetas, por razón del perecimiento del local, a causa de un incendio.

El Juzgado desestimó la demanda en este punto (no en el relativo a la extinción del contrato, sobre el que luego no hubo discrepancia entre las partes), mientras que la Audiencia condenó al demandado a satisfacer la suma de 6.000.000 de pesetas, en que se valoró el real perjuicio de la arrendadora.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: Don José María Gómez de la Bárcena y López.

Doctrina de la Sala.—Frente a la tesis del recurrente de que el artículo 1.563 del Código Civil hay que ponerlo en relación con el principio general que sobre el *onus probandi* establece el artículo 1.214, el Supremo dice:

Considerando que inmovible en casación la realidad fáctica establecida en la instancia de que el arrendatario demandado no ha aportado prueba en contrario que destruya la presunción de responsabilidad que el artículo 1.563 del Código Civil le atribuye, los dos restantes motivos, integrados en el recurso, que tienen su amparo procesal en el número primero del artículo 1.692 de la Ley rituarial, necesariamente han de perecer, al no darse la infracción denunciada en el primero de ellos, interpretación errónea del citado artículo y del 1.183, en relación con el 1.214 del mentado Código, dado que la claridad de los tales preceptos atribuye la responsabilidad del deterioro o pérdida de la cosa arrendada al arrendatario, en su condición de tal, en el primero de los preceptos, y como deudor de la prestación en el segundo, «salvo prueba en contrario», con exclusión del caso fortuito, de aquí que al hacer la Sala la atribución de responsabilidad al impugnante, interpreta correctamente tales preceptos, sin que ante su especialidad pueda recurrirse al principio de distribución del *onus probandi*, cuando la carga viene impuesta por normativa legal específica a una de las partes en el proceso, como consecuencia de una desgraciada incidencia ocurrida durante la vida del contrato locativo, determinante de la pérdida del objeto arrendado, con la secuela atributiva de responsabilidad al arrendatario.

NOTA.—Nada hay que objetar, en el terreno de los principios, a la interpretación que la Sala hace del artículo 1.563 del Código Civil. No obstante, hay que advertir que el recurrente había invocado en casación ciertos elementos probatorios, que la Sala menciona en otro pasaje, al decir:

... C) Porque del contenido de los tres documentos citados no puede deducirse, con la literosuficiencia que la doctrina de esta Sala tiene reiteradamente mantenida en sentencias innumerables, cuya cita sería prolija e innecesaria, la exoneración de responsabilidad del recurrente por la pérdida de lo arrendado, pues no lo son la alusión a la concurrencia de «un posible cortocircuito», o la circunstancia establecida por el Juez penal «de no aparecer autor conocido del hecho», o la «sospecha», en orden a la misma causa, a que se alude en la certificación del Ayuntamiento de Villagarcía de Arosa, «criterio» que también comparte el Servicio Municipal de Bomberos de Pontevedra, ni la circunstancia de que el incendio ocurriera «cuando el local estuviera vacío y la industria cinematográfica en él instalada sin funcionar», según consta en el acta notarial antes aludida, pues de los documentos referidos, bien se examinen aisladamente o en conjunto, no puede llegarse a la conclusión pretendida por el aquí impugnante de haber destruido con ellos la presunción del *onus probandi*...

Dejando al margen la desestimación del motivo fundado en estas consideraciones, consecuencia de la técnica de la casación, la pregunta que nos planteamos es si la presunción del artículo 1.563 ha de llevarse tan lejos que exija una prueba *absoluta y directa* de falta de culpa por parte del arrendatario, pues de ser así nos hallaríamos en muchos casos ante una «prueba imposible». Creemos, más bien, que la «prueba en contrario» a que se refiere el precepto y a que alude la propia Sala puede consistir en la basada en indicios, fundamento de la de «presunciones», siempre que, claro está, concurren elementos de hecho que lleven a la razonable deducción de que el arrendatario no fue causante del perecimiento.

La Sala, en esta sentencia, no desecha la interpretación que formulamos, pero nos parece observar una cierta severidad a la hora de juzgar los elementos que inducían a pensar en un caso fortuito.

R. DE A.

ARRENDAMIENTO DE SOLAR, EN SU MODALIDAD «AD AEDIFICANDUM»: EXCLUIDO DEL AMBITO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.—DURACION DEL NUEVO PLAZO EN CASO DE TACITA RECONDUCCION (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—Vienen perfectamente descritos en el considerando primero de la sentencia:

Considerando que los cinco motivos de que consta este recurso de casación por infracción de ley se apoyan en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que esta Sala ha de partir de los mismos hechos que uniformemente sirvieron de base a ambas sentencias de instancia para dar lugar al desahucio del arrendamiento de un solar que la entidad ahora recurrida, Ayuntamiento de Sevilla, como propietaria, hizo a favor de la parte demandada en la instancia y actual recurrente, don Adolfo L. R.: a) el citado arriendo se hizo efectivo a través de la concesión de uso de una parcela de unos 842 metros cuadrados por acuerdo del Ayuntamiento cedente de 29 de enero de 1969, para la

instalación de una estación de servicio de carburantes; b) se cedía el solar sin edificación alguna, comenzando el pago de la merced arrendaticia una vez establecidas las instalaciones oportunas a que se obligó el arrendatario; c) el plazo de duración del contrato se fijó en cuatro años, a partir del 4 de mayo de 1971, renta de 72.000 pesetas anuales, pagaderas por anticipado, y fianza de 100.000 pesetas que garantizaba que al final del plazo contractual el arrendatario desalojaría el inmueble, dejándolo como estaba cuando se le arrendó, perdiendo en caso contrario la fianza; d) llegado el término del plazo del contrato, y como no desalojara el inmueble voluntariamente el recurrente, por acuerdo del Ayuntamiento de 14 de noviembre de 1978, fue requerido el día 27 del mismo mes para que en el plazo de treinta días efectuase el levantamiento de las instalaciones, requerimiento que no fue atendido, por lo que se hubo de iniciar el pleito civil de desahucio, de que dimana este recurso extraordinario, por los trámites de los artículos 1.589 a 1.594 de la Ley procesal civil, que concluyó, como ya se deja dicho, por sentencia estimatoria en ambas instancias.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: Don Jaime Santos Briz.

Doctrina de la Sala.—Los dos extremos fundamentales de este recurso son los mencionados en el encabezamiento de la presente nota, razonados por la Sala en los considerandos que a continuación reproducimos:

Considerando que consta como hecho probado que el objeto del arriendo ahora en litigio fue una parcela sin edificación alguna, constitutiva, por tanto, de un solar, para que en ella estableciese el arrendatario una estación de servicio de venta de carburantes líquidos; por lo tanto, no cabe hablar, como pretende el recurrente, de un arrendamiento de local de negocio, por faltar en absoluto la base fáctica de ser objeto del contrato una edificación «habitable», como exige para esos arrendamientos el artículo 1.º, apartado 1, de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, y ni aun después de instalada la estación de servicio podría hablarse de edificaciones habitables en el sentido de que reúnan las condiciones de seguridad, higiene y protección contra los accidentes atmosféricos, que exige indispensablemente la habitabilidad; por lo que se trató de un arriendo de solar, sin complejidad alguna derivada de las elementales instalaciones que exige una estación de servicio, contrato que en ningún caso cabe calificar, según ha declarado con reiteración esta Sala, de arrendamiento de local de negocio, cuando después de celebrado el contrato se llevan a cabo determinadas edificaciones, lo cual no implica modificación de la naturaleza del contrato, no protegido por las normas de excepción relativas a la prórroga (Sentencia de 15 de diciembre de 1971); ni aun en el supuesto de que el arrendatario hubiese convertido el solar en un local de negocio, a lo que no le autorizaba el contrato en litigio, se hubiera desvirtuado la naturaleza del objeto arrendado, que no se rige por la Ley de Arrendamientos Urbanos (Sentencias de 20 de marzo de 1962, 25 de febrero de 1963 y otras); por consiguiente, queda excluida la aplicación a este supuesto, por su sencilla calificación jurídica de arrendamiento de solar, de toda hipotética complejidad derivada de las instalaciones para el uso como despacho de carburantes al público, así como sustraído al ámbito de apli-

cación del artículo 3.º, apartado 2, de la Ley arrendaticia citada, puesto que el supuesto de hecho comprobado en autos no es el de esa norma invocada como infringida, que exige que el arrendatario recibiere «el local» bien con un negocio o industria ya establecido en él o bien para instalar allí su propia industria, puesto que en el caso debatido recibió un «solar», que fue lo efectivamente arrendado, ni tampoco se trató del supuesto de arriendo de una estación de servicio ya instalada, supuesto perfectamente posible, ni de arriendo de local de negocio en que hubiese instalada una de estas estaciones, sino que el ahora recurrente se obligaba a instalarla en el solar recibido y a levantarla al concluir el plazo contractual, según solemnemente se comprometió (folios 34 y 35 de los autos) por comparecencia ante la entidad arrendadora.

Considerando que, por último, el motivo quinto, con la misma base procesal que los anteriores, acusa la violación del artículo 1.566, en relación con el artículo 1.581, ambos del Código Civil, sosteniendo el recurrente en su desarrollo que existe constancia en los autos de que el plazo contractual quedó vencido en 4 de mayo de 1976, y que se han seguido pagando las rentas hasta el año 1981; por consiguiente, en sentir del recurrente, el contrato se ha prorrogado en virtud de la tácita reconducción, debiendo regir al menos hasta 1984 ó 1986; criterio totalmente rechazable y que olvida que en los autos consta que el día 27 de septiembre de 1978 fue requerido de desalojo el ocupante del inmueble arrendado por la entidad recurrida, conminándole para levantar las instalaciones, promovándose la demanda origen de estas actuaciones con fecha 7 de mayo de 1979; por lo que es evidente que no se produjo tácita reconducción a partir del mencionado requerimiento, y, aunque se hubiera producido, en modo alguno podría asignársele la duración originaria del contrato por cinco años, como pretende el recurrente, sino que sería la de un año, conforme al artículo 1.581, por pagarse la renta por años, doctrina ya seguida por esta Sala y que no es directamente aplicable al presente supuesto por no haberse dado tácita reconducción, todo lo que hace decaer también este último motivo y con el mismo la totalidad del recurso.

R. DE A.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: RESOLUCION DEL CONTRATO POR DAÑOS EN LA FINCA (NUMERO 5 DEL ARTICULO 28 DEL REGLAMENTO DE 29 DE ABRIL DE 1959): NO HA LUGAR (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—El litigio versaba sobre resolución de arrendamiento rústico, al amparo del precepto mencionado en el encabezamiento de este comentario.

El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia, por el contrario, la estimó y condenó al arrendatario demandado a dejar a disposición del actor las fincas arrendadas.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso. Ponente: Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Doctrina de la Sala.—La Sala parte de los siguientes presupuestos:

Considerando que son presupuestos básicos de los que se hace preciso partir: A) La existencia de un contrato de arrendamiento rústico con aprovechamiento ganadero entre actor y demandado, hoy recurrido y recurrente, respectivamente, celebrado el 16 de marzo de 1974 y referido al denominado «Caserío Urrutiaga», con su casa y pertenecidos. B) El demandado, para su mayor comodidad y mejor servicio, abrió en una pared lateral del caserío que da a la cuadra un boquete de 0,80 por 0,60 metros, a la vez que construyó en dicha cuadra un tabique en forma de escuadra de 1,50 metros de altura para poder descargar directamente desde afuera la hierba. C) Las alteraciones indicadas son irrelevantes a los efectos ganaderos y de cultivo y recaen sobre un edificio «muy viejo». D) La finca en cuestión se encuentra cultivada, según arte labriego, para una adecuada explotación ganadera y no se ha advertido depreciación del terreno por un mal o indebido uso. E) El presente recurso va dirigido a atacar la única causa de resolución del contrato que se mantiene incólume de las dos que fueron objeto de alegación y tratamiento en las instancias, o sea la fundamentada en el número 5 del artículo 28 del Reglamento de 29 de abril de 1959, de Arrendamientos Rústicos.

Y en base a ello el primer motivo del recurso se alzaba sobre el número 4 del artículo 52 del Decreto de 1959, por estimar el recurrente que la sentencia impugnada incurría en «injusticia notoria por manifiesto error en la apreciación de la prueba, que resulta de la documental y pericial que se cita», concretamente el informe del perito que manifestaba que las obras no suponen daños, y menos dolosos, toda vez que han sido realizadas para facilitar la descarga de los piensos desde el exterior.

La Sala estima el motivo. Y en cuanto al segundo añade:

Considerando que el motivo segundo tiene su razón de ser en la injusticia notoria en que según el recurrente incurre la Sala *a quo* al aplicar indebidamente el artículo 28, causa quinta, del citado Reglamento de 1959, a cuyos efectos cita en su apoyo la Sentencia de esta Sala de 22 de abril de 1954.

Considerando que al igual que acontece con la anterior, esta motivación ha de prevalecer, dado que, efectivamente, la interpretación en primer lugar y aplicación subsiguiente que de la citada causa quinta del artículo 28 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1959 se hace no ha sido correcta, desde el momento en que al tratarse cual ha quedado indicado en el primero de estos considerandos, y nadie discute, de un arrendamiento rústico con aprovechamiento pecuario, es de observar: a) que el contenido de referida causa de desahucio ha de contemplarse tomando como punto de partida lo que es esencial en este tipo de arrendamientos, esto es, la atención, cuidado, cultivo y tratamiento de las tierras arrendadas (aspecto agrícola), así como la proyección de estas actividades sobre el aprovechamiento pecuario, extremos estos que en el presente supuesto han de conectarse necesariamente con los hechos declarados probados de que la casa en cuestión es un edificio «muy viejo», con paredes de mampostería; b) que las obras que según la resolución impugnada han servido para decretar el desahucio del arrendatario fueron realizadas por éste para facilitar la entrada directa de la hierba en la

cuadra, cual indica el propio actor y hoy recurrido en su demanda, lo que implica que las referidas obras, más que un arrogarse facultades dominicales, suponen un poner en juego las facultades del arrendatario para lograr un más adecuado uso y explotación de la finca, con vistas a obtener los rendimientos de que sea susceptible, por lo que constituyen en realidad una lógica consecuencia de la explotación agropecuaria que fue objeto del contrato cuestionado.

Considerando que por otra parte, y en íntima conexión con lo que se acaba de indicar, debe tenerse en cuenta: *a)* que el precepto y número indicados en el anterior fundamento exigen que los daños causados en la finca arrendada sean debidos «a dolo o culpa» del arrendatario; *b)* que esta Sala, entre otras, en Sentencias de 23 de febrero de 1940 y 3 y 22 de marzo de 1955, tiene declarado respecto de indicados número y artículo que dichos daños vienen principalmente referidos a los originados por falta de celo y cuidado del arrendatario en el ejercicio de sus facultades arrendaticias, siempre que, además, sean de gravedad y produzcan desmerecimiento de la finca, deterioro o desvalorización que en estos arrendamientos debe contemplarse con perspectivas y criterios distintos a los que han de emplearse cuando se trata de los urbanos, cual parece ser que aquí se ha hecho, al no tenerse en cuenta que, como queda indicado, la explotación agrícola y pecuaria del «caserío» en cuestión se ha realizado normalmente; *c)* no aparece referencia alguna en la resolución impugnada a la existencia de grave daño o desmerecimiento en el «caserío» y sí, únicamente, que las obras realizadas suponen incurrir en «un proceder desleal y antijurídico (art. 13, núms. 2, 4 y 6, del citado Reglamento)» y que son «actos lesivos» para los intereses patrimoniales del arrendador; *d)* que tampoco existe referencia alguna en la sentencia recurrida al «dolo o a la culpa» del arrendatario, elemento esencial según el número 5 del artículo 28 del Reglamento citado, y que por su trascendencia exige una clara y terminante declaración, no pudiendo ser presumido.

R. DE A.

SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PARTICION.—RESCISION POR LESION (SENTENCIA 11 DE JULIO 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete que había revocado la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Alcázar de San Juan y, en consecuencia, se mantiene la partición conforme a la valoración practicada en el cuaderno particional elaborado por el Contador-partidor dirimente que mereció el asentimiento unánime de todos los herederos que concurrieron al acto de la

protocolización; aunque no se dice en la sentencia que los concurrentes que asintieron fueran, efectivamente, todos los herederos.

F. C. L.

TESTAMENTO.—REVOCACION.—RECONOCIMIENTO DE HIJA NATURAL.—PRETERICION INTENCIONAL.—DECLARACION DE HEREDEROS «AB INTESTATO».—FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara haber lugar al recurso de casación por la parte demandada y apelante, viuda del causante, contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander, conforme a las siguientes consideraciones:

Que procede desestimar el primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, fundamentado por la recurrente, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en vigor al ser interpuesto, por pretendida violación, por no aplicación, del número 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a causa de no haber sido demandados los Albaceas contadores designados en el testamento de que se trata, porque como certeramente ha sido puesto de manifiesto en el primero de los considerandos de la sentencia de primera instancia, expresamente aceptados en la que es ahora objeto de recurso, la posición sustantiva de dichos Albaceas contadores es accesorio frente al referido testamento en cuestión, y por tanto no puede entenderlos como directamente afectados en la relación jurídico-material debatida, dado que la litis entablada afecta al alcance y efectos del testamento otorgado por don J. C. A. el 12 de noviembre de 1976, que implícitamente revoca los anteriores al no haber cláusula alguna de mantenimiento de cláusulas de ellos, conforme a lo prevenido en el artículo 739 del Código Civil, y puesto que el testamento que contenga preterición no determina su consideración de hecho y jurídica de «no perfecto», sino simplemente ineficaz en el aspecto de la institución de heredero que contenga con omisión de herederos forzosos, en cuanto mantiene la pervivencia, según establecía el artículo 814 del Código Civil en su redacción anterior a lo normado en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de «las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas», y a tenor del mismo precepto en su nueva redacción por consecuencia de esa Ley con relación a la preterición intencional, procediendo como consecuencia el que «no perjudica la legítima», con «reducción de la institución de heredero —que, por tanto, se mantiene— antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias», y en cuanto a la preterición no intencional, de ser preteridos todos los herederos forzosos, «se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial» y de resultar preteridos todos los herederos forzosos «se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas», y de estarse en presencia de institución de heredero a favor del cónyuge «sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas».

Que la inconsistencia y consiguiente desestimación de los motivos segundo y tercero, formulados al amparo ambos del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, en su redacción vigente al tiempo de la interposición del recurso, por alegada interpretación errónea del artículo 739 del Código Civil, porque, como queda razonado en el precedente considerando, al disponer tal precepto legal sustantivo que «el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte» y que sólo «el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero», claro es que no habiéndose producido esta circunstancia de revocación por don J. C. A., del testamento en cuestión que otorgó el 12 de noviembre de 1976, como tampoco manifestación en él declarando su expresa voluntad de que subsista en todo o en parte otro anterior, ha quedado desprovisto de todo efecto el otorgado el 15 de marzo de 1971, que le precedió, salvo en lo referente al reconocimiento de filiación natural de doña R. C. A., que contiene, por establecerlo así el artículo 741 del Código Civil, por lo que al desproverle la Sala sentenciadora *a quo* de consecuencias sucesorias actuó con ortodoxa interpretación del precitado artículo 739 del Código Civil, y por tanto no lo efectuó con el error interpretativo alegado, toda vez que la secuencia revocatoria de derecho que ese precepto sanciona no hace revivir lo consignado en el expresado testamento anterior, que no ha sido declarado expresamente subsistente por el testador, ni en todo ni en parte, ni por ello recobra validez la institución de heredero hecha en mencionado anterior testamento, sino simplemente genera los normales efectos que emanan de la preterición, conforme a las consecuencias apreciables por aplicación y desarrollo normativo de lo regulado en el artículo 814 del Código Civil, toda vez que, como tiene declarado esta Sala en la reciente Sentencia de 30 de septiembre de 1982, la existencia de un posterior testamento perfecto, y como tal válido por tratarse de un negocio jurídico, de índole unilateral, que reúne los requisitos legalmente prevenidos, produce la revocación tácita del testamento anterior, desde el momento que la invalidez testamentaria no cabe confundirla con la virtualidad de los llamamientos, como es en lo referente a quienes en definitiva tengan derechos hereditarios que no pueden ser preteridos, y que la única consecuencia que producen es la adaptación del acto de última voluntad a lo que corresponda, remediando las alteraciones derivadas de la desheredación.

Que, por el contrario, procede acoger el motivo cuarto, que, amparado en el número 2 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entonces en vigor, fundamenta la recurrente doña F. D. A. en no aplicación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque, efectivamente, instada por la demandante, ahora recurrida, doña R. C. A., en el pedimento B) de la súplica del escrito inicial de demanda, reiterado en réplica, declaración de ser ella única y universal heredera *ab intestato* del causante don J. C. A., en el concepto de hija natural de éste, «sin perjuicio de obtener previamente la declaración de este derecho, mediante el oportuno expediente judicial; todo ello por efecto de la anteriormente aludida preterición —refiérese a la de dicha demandante doña R. C. A., sobre la que se ha solicitado declaración en el pedimento A) de la referida de-

manda —consignada en su último y citado testamento—, alúdese al otorgado por don J. C. A. el 12 de noviembre de 1976 —que revocó el primeramente otorgado el 15 de marzo de 1971—, haciéndose expresa reserva de la cuota legal usufructuaria correspondiente al cónyuge viudo, doña F. D. A., y declarado abiertamente en la sentencia recurrida «única y universal heredera *ab intestato* del causante don J. C. A. a su hija natural doña R. C. A., sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente al cónyuge viudo doña F. D. A.», sin obtención previa de ese derecho mediante el oportuno expediente judicial, al que ese pronunciamiento se supeditaba, ciertamente conduce a la apreciación de la situación de incongruencia denunciada, pues que se concede en realidad más de lo cualitativamente pedido, ya que se hace la declaración de derechos sucesorios en una amplitud —única y universal heredero— que requería su previa declaración en el procedimiento adecuado, cual es el de declaración de herederos, que si ciertamente puede obtenerse en juicio declarativo, ha de ser con adaptación a las exigencias prevenidas en la sección II del título IX del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y entre ellas la información testifical y preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, y dictamen de éste, cual exige con relación a los que pretenden ser descendientes del finado el artículo 980, en concordancia con el 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que ha sido omitido en el juicio en cuestión, creando un aspecto impeditivo de pronunciamiento en él de declaración de tal naturaleza, lo que, por otra parte, igualmente impide pronunciamiento sobre la solicitud contenida en el apartado C) de la repetida súplica de demanda de declaración de ineficacia de cuantos documentos hubiere suscrito la demandada, ahora recurrente, doña F. D. A., desde la muerte de su esposo don J. C. A., en perjuicio de la actora, ahora recurrida, doña R. C. A., con obligación de responder del patrimonio causado a su óbito, incluidos los frutos obtenidos y la consiguiente rendición de cuentas, ya que en tanto no se haga el adecuado pronunciamiento en el procedimiento correspondiente, con el cumplimiento de las formalidades y requisitos exigibles al respecto, en manera alguna puede decidirse con relación a cuestiones que vienen rigurosamente vinculadas a ese previo preciso pronunciamiento, toda vez que solamente conocida la situación hereditaria, y su alcance, de una persona es como puede llegarse a conocer y decidir sobre las consecuencias que ello implique y determine en el ámbito fáctico y por su derivación en el jurídico.

Que, a mayor abundamiento, y en definitiva, aun en el supuesto de que se cumpliesen las demás exigencias que el legislador requiere para la declaración de herederos de descendientes en concurrencia con cónyuges, a fines de determinación de sus derechos hereditarios, y el alcance que los mismos pudieran tener con proyección al cónyuge superviviente declarado heredero en testamento con preterición de hija natural reconocida, la indicada circunstancia de haberse omitido al Ministerio Fiscal, en el juicio motivador de esta resolución, cual en todo caso es preceptivo según viene dicho por expresa disposición del artículo 980 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es asimismo revelador de una clara situación en orden al relacionado pedimento B) de la súplica del escrito inicial de demanda, reiterado en réplica, generante de excepción al respecto de litisconsorcio pasivo necesario, y que por venir subordinada a tal pedimento alcanza a lo solicitado en el pedimento C) de la propia demanda, también

reiterado en réplica, y cuya situación excepcionante obstativa es apreciable de oficio, según reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencias de esta Sala, entre otras, de 29 de mayo de 1981, 9 de marzo, 15 de abril y 5 de diciembre de 1982 y 16 de mayo de 1983), impidiendo entrar en el examen de las cuestiones que tales pedimentos plantean al no poder ser decididas sin oír sobre ellas al Ministerio Fiscal, al ser precisa su audiencia; y más aún en cuanto que si no cabe desconocer que según la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior, también es exacto que la cuestión de preterición objeto de controversia que vino siendo sometida a diversas opiniones en cuanto a la interpretación del artículo 814 del Código Civil, en su anterior redacción, con la normativa que establecía en cuanto a herederos forzosos en línea recta, de que «la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas», y concretamente si esa anulación alcanzaba con proyección a la totalidad de la herencia, salvo dichas mandas y mejoras, o solamente en lo que se contraiga a la legítima del heredero forzoso cuando el testador produce la preterición de modo intencional en cuanto conocía la existencia del heredero forzoso preterido, que es el supuesto ahora contemplado desde el momento que al tener reconocida el testador don J. C. A. como hija natural a doña R. C. A. indudablemente la excluía voluntariamente en el testamento en cuestión, en el que ni tan siquiera la menciona, plantea el problema, a examinar y decidir en su caso en el correspondiente procedimiento en que salvada aquella omisión de intervención precisa del Ministerio Fiscal se haga la procedente declaración de si la preterición aludida genera declaración de heredera única y universal de la precitada doña R. C. A., con limitación de doña F. D. A. a su cuota legal usufructuaria, desplazándola de toda cualidad de heredera independiente de esa cuota en que fue instituida en el testamento controvertido de 12 de noviembre de 1976, o si, por el contrario, esa preterización sólo ha de alcanzar, al ser intencionada, a la legítima, lo que no puede ser decidido en la decisión de este recurso con proyección al juicio planteado, debido a que la apreciada situación excepcionable de oficio de litisconsorcio pasivo necesario, por no traída al proceso del Ministerio Fiscal, ni en consecuencia intervención de éste en él, veda la posibilidad de pronunciamiento sobre la cuestión de fondo que plantea esa cuestión, cuya existencia viene determinada a causa de que cualquiera que hubiese sido la orientación dada en orden a ella doctrinal y jurisprudencialmente, como consecuencia de módulo interpretativo al respecto, es lo cierto que la problemática interpretativa que el mencionado artículo 814 del Código Civil planteaba viene a reproducirse y reconsiderarse en la actualidad, con base en nuevas consideraciones que emanan de la regulación contenida en el artículo 3.º, 1, del Código Civil, sancionando que las normas deberán interpretarse según el sentido propio de sus palabras, pero puesto en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, «y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», en virtud de la redacción dada a dicho artículo 814 del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, estableciendo, considerando que la situación de preterición intencionada, cual lo es la producida en este caso,

«no perjudica a la legítima», de manera que se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, lo que significa en tal supuesto de preterición intencionada el reconocimiento de que se mantiene la eficacia de la institución de heredero producida en el testamento en que se produjo la preterición, con solamente reducirla en lo que cuantitativamente afectase a la legítima de los herederos forzosos preteridos, por entenderse, lógicamente, por el legislador que esa omisión voluntaria que la preterición intencionada significa no puede tener más alcance que el prevenido para el caso de desheredación, que según el artículo 851 del Código Civil anula la institución de heredero tan sólo en cuanto signifique perjuicio al desheredado sin causa o sin eficiencia de la en que se basa la desheredación, con pervivencia de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a la legítima del desheredado, por ser en el terreno de los principios la solución más justa, equivalente y equiparable, toda vez que cuando el testador conoce la existencia de un heredero forzoso y, sin embargo, lo ignora en absoluto en el testamento, omitiéndolo en él (preterición), o lo deshereda sin expresión de causa, o con lo que contraria no es probada, o que sea de las no establecidas por la Ley para desheredar (desheredación), está poniendo de manifiesto que el testador no quiso proveer al preterido o desheredado de todo su patrimonio y, por tanto, que únicamente es de respetarle la legítima, como porción que la Ley imperativamente le reconoce y de la que, por tanto, no puede verse privado, lo que en definitiva es consecuencia de reconocimiento, en módulo interpretativo acogido por el artículo 675 del Código Civil, de que la voluntad del testador, que es la ley prevalente en toda disposición testamentaria, fue no reconocer al heredero forzoso más que lo rigurosa y estrictamente reconocido por la Ley, que es, siguiendo lo proclamado en otras legislaciones, lo que reconoce actualmente el Código Civil español en la redacción dada al precitado artículo 814 por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

Y en la segunda sentencia estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por omisión de traída al juicio del Ministerio Fiscal en orden a la pretendida declaración de herederos, y declara preterida a la actora, hija natural reconocida por el causante, e inválida y nula la institución de heredera universal a favor de su cónyuge, sin entrar en las demás cuestiones de fondo. Es decir, que no prejuzga si la hija natural preterida será única y universal heredera de todos los bienes o sólo recibirá su legítima, dado que la preterición ha sido intencional.

F. C. L.

HERENCIA. — ACCIÓN REIVINDICATORIA. — SIMULACION. — TERCERO HIPOTECARIO.—Artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Banayas, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia

Territorial de Valencia, que había confirmado parcialmente y revocado en parte la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Villajoyosa, declaratoria de que la finca reivindicada era de la exclusiva propiedad de las actoras, como herederas de su madre, y simuladas las escrituras de compraventa, salvo la otorgada con el señor R. como comprador, debiendo indemnizar el valor de esta finca a las actoras, considerando como tal el que la finca tenga al tiempo de la firmeza de la sentencia y que se determinará en período de ejecución. Y en la segunda sentencia confirma el Tribunal Supremo íntegramente la sentencia del Juzgado.

Las consideraciones básicas del fallo son las siguientes:

Que claramente se dice en la demanda, tanto en su encabezamiento como en el «suplico», que las actora, doña E. y doña T. R. P., comparecen —y ejercitan acción reivindicatoria y declarativa de dominio— «actuando en su propio interés y en beneficio de la herencia» de su madre causante, «como únicas herederas» de la misma, según auto judicial pertinente de 24 de julio de 1970, significándose que la falta de titulación concreta era debida a la ausencia, tanto de la madre como de las hijas demandantes, de España desde el año 1913, en el que pasaron a residir en Cuba, así como por la destrucción del Registro de la Propiedad en España durante la guerra civil, Registro en el que sí constaba la titularidad de la finca, por partición hereditaria, a favor de la repetida madre y causante, y que no se intentó subsanar hasta que, en 1969 ó 1970, dichas herederas supieron de la situación de la finca y de la actuación de sus parientes (tío y primos) demandados respecto de la misma (su posesión, atribución dominical y disposición por venta entre ellos), independientemente de la enajenación posterior en 1974 al citado tercero.

Que ejercitada de ese modo la acción es claro y evidente que deben prosperar los dos primeros motivos del recurso interpuesto por las señoras citadas y entonces demandantes, porque si bien es cierta la doctrina que la sentencia recurrida cita, alusiva a la falta de titularidad del heredero para reivindicar sin atribución concreta de cuota en partición hereditaria, puesto que los derechos de los herederos se encuentran indeterminados y hasta la adjudicación no hay derecho efectivo, también lo es —y es la aquí aplicable— la de que los herederos, o cualquiera de ellos en beneficio de la herencia yacente y comunidad hereditaria, pueden ejercitar las acciones en defensa de los derechos de la masa hereditaria (Sentencias de 9 de junio de 1953, 25 de enero de 1969, 24 de octubre de 1973, 15 de junio de 1982, etc.), que es como comparecieron y demandaron las actoras, es decir, en beneficio de la herencia, para lo cual, por tanto, tenían la suficiente legitimación, como se alega en los dichos motivos, que denuncian, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de tal doctrina y la no aplicación del artículo 661 del Código Civil y jurisprudencia concordante, que la sentencia recurrida desconoció al sentar que aquéllas carecían de título para reivindicar.

Que en los motivos tercero y sexto, el primero por error de derecho e interpretación errónea del artículo 1.218 del Código Civil, y el segundo (vía del cuarto primero, art. 1.692 LEC) por aplicación indebida del artículo 1.253 del mismo Código, relativo a las presunciones, ataca la argumentación y conclusiones de la sentencia impugnada en cuanto ésta, a

través de varios documentos oficiales y públicos, otorga a los demandados parientes, al tío y primos, la condición de poseedores de la finca en cuestión a título de dueños, fundando tal atribución en que dichos documentos (recibos de contribución territorial, contribuciones especiales y catastrales) figuran a nombre de los mismos, con importe por ellos satisfechos, así como en la inactividad de la madre causante y luego de sus hijas actoras, como dato presuntivo.

Que, efectivamente, puede calificarse de excesiva la valoración que a dicha prueba documental da la Sala sentenciadora, puesto que choca con otros hechos y circunstancias que la propia sentencia constata, tal la titularidad de la madre causante, además de otros datos que la vía abierta por el motivo tercero permite tener en cuenta, como son las cartas de la madre e hijas y la del tío de éstas, señor F., ofreciendo comprar el terreno discutido, datos todos ellos que, sumados a la ausencia de las demandantes herederas durante larguísima años, tiñen de dudosísimo valor a los documentos oficiales y tributarios, por otro lado equívocos, por no precisar que única y exclusivamente se refieren a la finca del pleito, y es esta equivocidad o inconcreta referencia la que debió impedir a la Sala de instancia, con base en esos documentos, atribuir a los poseedores (como fundamento para la prescripción extraordinaria adquisitiva que luego declara a su favor) la titulación o condición de dueños, o de poseedores a título de tal, ya que, por otra parte, la eficacia de aquellos documentos alcanza, sí, al hecho o hechos que constatan (pago de impuestos, relaciones catastrales, etc.), pero no puede hacerlo o extender dicha eficacia a la prueba de cualidades o apreciaciones jurídicas (Sentencia de 24 de octubre de 1983), siempre sometidas al contraste con otras pruebas (Sentencia de 18 de mayo de 1984), es decir, no a la prueba o acreditamiento por sí mismos de la propiedad (o de la posesión cualificada para adquirirla) de la finca a que se refieren los documentos en cuestión; argumentos aplicables a la presunción que también se ataca en los motivos sexto, *mutatis mutandi*, y en el cuarto, pues, en cuanto a éste, no puede calificarse de conclusión natural la de inferir de la inactividad de las actoras, desde su lejanía en Cuba, respecto de la finca, en aquellos años de escaso valor (muy enormemente revalorizada por el turismo en la playa de Benidorm), quizá confiadas —como se deduce de sus cartas a los parientes demandados— en que éstos respetarían su dominio y titularidad, contrariamente a lo que hicieron, es decir, pagar impuestos, afirmar en acta notarial que la finca procedía del cuñado de la causante de las actoras, venderse la finca entre los demandados, inscribir al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y más tarde enajenarla a tercero (que es otro de los demandados), hechos todos ellos que sirvieron al Juez de primera instancia para declarar la existencia de simulación respecto de la escritura primera de compraventa, como también —y en esto concuerdan las dos sentencias de instancia— se declaró en ellas la no probanza —como alegaban los parientes demandados— de que la causante madre de las actoras había vendido a su cuñado (causante de varios demandados) la finca en litigio.

Que indiscutidos los presupuestos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y al incidirse en los motivos del recurso solamente en el de la buena fe del subadquirente, precisa sentar que, tal como hace la sentencia de instancia, y a partir de la presunción legal de la buena fe (art. 34, 2, LH),

no se ha acreditado —ni ahora tampoco en el recurso— la situación contraria de mala fe que enervaría la aplicación del beneficio registral establecido en pro de la seguridad del tráfico inmobiliario, es decir, no existe la prueba de que dicho tercero supiera o tuviera conocimiento extrarregistral de la anómala titularidad de los vendedores, conocimiento que ha de acreditarse de modo seguro e inequívoco, según la propia sentencia recurrida ya afirma, a la vez que sentando, en apreciación que ahora no se combate debidamente (la buena o mala fe es cuestión de hecho), la existencia de buena fe en conclusión que obtiene de los datos que enumera, entre ellos el de que el tercero demandado se abstuvo de comprar la parcela hasta tanto no se inscribiera el derecho de sus vendedores, circunstancia que, si bien los recurrentes califican como dato de connivencia con éstos, cierto es que hay que valorarla como se hizo en la instancia, sobre todo porque, no debidamente contradicha por otros hechos o datos, así ha de prevalecer en atención a la prioridad de la conclusión judicial frente a la de la parte no contrastada y lógicamente interesada.

Que, consiguientemente, y como ya se dijo en Sentencia de 10 de febrero de 1983 (y en las que ésta recoge), en tanto en cuanto no se acredite la mala fe ha de ser protegido el tercero que adquiere según el Registro, quedando a cubierto de todo ataque que contradiga la adquisición de su derecho inscrito, aunque se declare nulo el acto por que adquirió de quien figuraba como titular registral, a salvo, claro, de los derechos de naturaleza personal del *verus dominus* contra el causante del despojo y disponente *non dominus*, para su resarcimiento, solución que es la que dieron en este punto las dos sentencias de instancia y que hay que mantener, por el rechazo de los motivos aludidos.

Que, dado lo expuesto, no es menester insistir en el estudio del motivo décimo (en relación con el octavo), que alega la violación del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, ya que la regla que sienta, relativa a que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, no ha sido desconocida en realidad por los juzgadores de instancia, ya que el primero así lo acuerda al declarar simulada la adquisición de los transferentes al tercero (no la de éste, por supuesto) y decretar la nulidad de la inscripción pertinente, y en cuanto los Jueces de la apelación por estar, según su tesis de adquisición prescriptiva, legitimada la titularidad de aquellos vendedores al tercero y ser lógica la no aplicación del artículo 33 citado, por lo que, en definitiva, al casarse ahora su sentencia en ese aspecto, huelga hacer más consideraciones, confirmándose, como se debe confirmar en la segunda sentencia que ahora se dicte, la sentencia del Juez de primera instancia.

F. C. L.

TITULOS NOBILIARIOS. — SUCESION (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declaró no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la

Audiencia Territorial de Madrid, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid, basándose fundamentalmente en que a la actora y apelante no podía perjudicarla la cesión del título hecha por su padre a su tío sin su consentimiento, pues era menor de edad, conforme a las siguientes consideraciones:

La contienda suscitada en el pleito se refiere a la acción entablada por doña A. M. N. para que se declare su preferencia para ostentar el título de Marquesa de S. D., frente a su actual titular y poseedor administrativo, su tío don F. M. P., por entender que la posesión por éste es inválida al ser ineficaz el acto de cesión que de tal título le hizo en escritura pública de 26 de mayo de 1934 su hermano (y padre de la primera) don J. M. P., cesión registrada en la Diputación Permanente de la Grandeza de España y autorizada por el entonces Monarca en el exilio Don Alfonso XIII, pero que según la actora no podía perjudicarle a ella, habida cuenta de las normas aplicables a la sucesión nobiliaria, pese a la rehabilitación del título obtenida en 13 de julio de 1951.

Frente al fallo de primera instancia, que desestimó la demanda de doña A., entendiendo válida la cesión hecha en escritura pública, la sentencia de la Audiencia que hoy se recurre revoca aquélla y accede a la petición de la demandante por aplicación del derecho atinente al orden de sucesión (Partidas, Leyes de Toro, Ley 11 de octubre de 1820, Ley de 4 de mayo de 1948, Decretos de 27 de mayo de 1912 y 4 de junio de 1948 y jurisprudencia concordante), y más en concreto porque el artículo 10 del Decreto citado de 1912 señala que todas las concesiones y rehabilitaciones se harán siempre sin perjuicio de tercero de mejor derecho, y porque si bien el artículo 13 de la misma disposición autoriza al poseedor de dos o más títulos para distribuirlos entre sus hijos o descendientes directos con la aprobación del Rey y reservando el principal para el inmediato sucesor, esta facultad —según el mismo artículo— está limitada por las normas relativas al orden legítimo de suceder, que no se cumplieran, primero, porque el que podía haber hecho o dispuesto la distribución (el primer titular, don J. M. P., padre de don J. y don F.) no poseía más título que el de Marqués de S. D., pues el otro que vino a ostentar don J. hijo, Marquesado de P., pertenecía a la esposa de don J., doña L. P., y luego, en 1923, cedido a su hijo don J., con lo que no se podía cumplir la obligación de reservar el principal, y luego porque no existía ni existe constancia de la voluntad expresa del primer titular de encomendar al hijo don J. esa cesión, simple alegación sin prueba hecha por éste en la escritura de 1934, en cuyo otorgamiento sólo intervinieron don J. y su hermano el cesionario don F., pero no la actora doña A., menor de edad entonces y sin haber mostrado su conformidad más tarde ni nunca a la renuncia y cesión hecha por su padre don J., de donde la nulidad de la cesión por alterarse el orden sucesorio en perjuicio del claro derecho —no discutido— preferente de dicha doña A., la actora.

F. C. L.

ACEPTACION TACITA DE LA HERENCIA.—NULIDAD DE LA REPUDIACION (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Matías Malpica y González-Elípe, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Pola de Siero, por la parte demandada y apelada, ya que el heredero que renunció, al tiempo de deferirse a su favor ambas sucesiones, estaba en posesión de los bienes hereditarios y, pese a ello, no manifestó su voluntad de repudiar ni de acogerse al beneficio de inventario o al derecho de deliberar dentro de los diez días siguientes por residir en el lugar (art. 1.014), caso al que la doctrina atribuye los efectos de una aceptación tácita; b) «porque realiza actos que acredita que mantenía, pese a ello, la condición de propietario de los bienes heredados, que se hallaban en estado de indivisión, al no constar la existencia de partición —documentos privados acompañados con el escrito de demanda, folios 19, 20, 21; Resolución de la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, Distrito Forestal de Oviedo, folio 22, y prueba pericial de la actora, folios 238 a 244—, elementos interpretativos a tener en consideración a tenor del artículo 1.282». Asimismo proclama dicha sentencia «lo que evidencia, de una parte, la indudable aceptación de las herencias causadas por su madre y hermana que le premueren, y de la otra, el otorgamiento de una escritura pública, la de repudiación de herencia, hecha con la única finalidad de quebrantar el principio de intangibilidad de las legítimas... conducta que refleja un fraude de Ley, con la consecuencia de anular el acto o negocio jurídico no recepticio, la mencionada repudiación, si no careciera de efectos jurídicos, dada la irrevocabilidad de la aceptación anterior, en los términos examinados», y añade en el antepenúltimo considerando «que junto con las restantes pruebas, entre ellas los escritos presentados para las liquidaciones de los impuestos de derechos reales, revela la actuación conjunta y sucesiva de todos ellos para privar a la portubante de los derechos legitimarios».

F. C. L.

LEGITIMAS.—SIMULACION ABSOLUTA (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por los demandados y apelantes con la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Miranda de Ebro, determinando que, otorgada escritura de compraventa por los padres a favor de uno de sus hijos sin que en realidad hubiese mediado precio y con el ánimo o finalidad de defraudar los derechos legitimarios de los hermanos del sedicente comprador, existe causa ilícita que determina la nulidad absoluta de la escritura de compraventa que tampoco puede valer como donación.

F. C. L.

PROCESAL

POR RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ

PRUEBA PERICIAL: A CARGO DE INGENIERO DE CAMINOS O DE ARQUITECTO.—INDEFENSION: NO EXISTE (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—Se trataba de recurso de casación por quebrantamiento de forma (anunciado el de infracción de ley) interpuesto por la demandada en juicio de mayor cuantía (antes de la reforma de 1984, como es obvio).

Esa parte había propuesto prueba pericial a cargo de un solo Doctor Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, sobre los extremos, muy pormenorizados, del considerando primero de la sentencia, al que nos remitimos por brevedad. También propuso prueba pericial a cargo de un Doctor Arquitecto, para que se pronunciara sobre los mismos extremos que el Doctor Ingeniero. La actora se opuso a la pericia propuesta, por entender que correspondía únicamente la de Arquitecto. El Juzgado resolvió admitir la pericial de Arquitecto y rechazar la de Ingeniero, señalando que versaría sobre los extremos propuestos por la parte demandada y sobre los adicionados por la actora. La prueba se practicó para mejor proveer.

Al evacuar el traslado para instrucción, la demanda solicitó de la Audiencia el recibimiento a prueba, para la práctica de la pericial de Ingeniero rechazada por el Juzgado. La Audiencia acordó no haber lugar al recibimiento a prueba en segunda instancia.

Doctrina de la Sala.—En cuanto al primer motivo, el Supremo declara que no se denegó la prueba pericial, sino que, dando aplicación a lo que dispone el artículo 615, se acordó que al quedar admitida la de Arquitecto que también se proponía se practicase por un individuo de dicha profesión, por pertenecer a ese título la ciencia y arte a que pertenecen los puntos sobre los que había de darse el dictamen. Siendo ello tan manifiesto —añade la Sala— que al proponer la prueba de Arquitecto señaló la recurrente para la misma idénticos extremos que para la de Ingeniero, por lo cual, a partir de la propia tesis de la parte recurrente de ser la materia sujeta a pericia común a la ciencia y arte de Ingeniería y a las de Arquitectura, admitida la intervención de Arquitecto, es evidente la inutilidad de la de Ingeniero.

En otro lugar, la sentencia se refiere al hecho de que la prueba a cargo de Arquitecto se había practicado para mejor proveer, de suerte que el Juez utilizó la facultad que le confería el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción vigente a la sazón, disponiendo (conforme al párrafo segundo del citado artículo) que las partes no tendrían en la ejecución de lo acordado intervención alguna, siquiera hubiera sido preferible —dice la Sala—, para mayor garantía, otorgarles las que les reconocen los artículos 626 y 628, en relación con los 500, 573 y 575, lo cual actualmente hubiera sido preceptivo e inexcusable, conforme al último párrafo del artículo 340, según la redacción de la Ley de 6 de agosto de 1984, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, además,

por el artículo 342 nuevo hubiera determinado se pusiera de manifiesto a las partes el resultado de la pericia, para que pudieran alegar por escrito cuanto estimaran conveniente acerca de su alcance o importancia, pero sin que la indudable corrección con que se procedió, ajustándose a la normativa vigente, y la patente inutilidad de reiterar la prueba en la segunda instancia, atraiga la nulidad de lo actuado, como se pretende.

R. DE A.

SIGNIFICADO DE LA AUTORIZACION JUDICIAL A QUE SE REFIERE EL PARRAFO SEGUNDO DEL APARTADO CUARTO DEL ARTICULO 5.º DE LA LEY DE SUSPENSION DE PAGOS.—DENEGACION DE LA PRACTICA DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: ES PROCEDENTE (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—Se trata de un recurso de casación por quebrantamiento de forma, en base a los siguientes antecedentes:

En juicio de mayor cuantía promovido contra «S. E., S. A.», por otras dos entidades mercantiles se dictó por el Juzgado sentencia por la que, estimándose la demanda, se condenó a la demandada a satisfacer a las actoras determinada cantidad. Apelada esta sentencia, la Audiencia la confirmó íntegramente.

Contra la sentencia de la Audiencia es contra la que se interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma, al que el Supremo declara no haber lugar. Ponente: don Jaime de Castro García.

Doctrina de la Sala.—Como cuestiones dignas de mención, la recurrente alegaba dos hechos: 1) Que, hallándose en situación de suspensión de pagos cuando la demanda se entabló contra ella, no concurrió la autorización judicial del párrafo segundo del apartado cuarto del artículo 5.º de la Ley de Suspensión de Pagos; y 2) La negativa de la Audiencia a acordar la práctica de una prueba que la recurrente decía no haber podido efectuar en la primera instancia, a pesar de haber sido acordada en ella.

A estos efectos, respectivamente, dice la Sala:

Considerando que al amparo del número segundo del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «S. E., S. A.», denuncia falta de su «propia personalidad», con el vicio *in procedendo* consiguiente, por cuanto realizó su comparecencia y actuación en el litigio sin «la preceptiva autorización del Juez a que se refiere el párrafo segundo del apartado cuarto del artículo 5.º de la Ley de Suspensión de Pagos»; alegación improsperable, por las siguientes razones: a) producida la declaración judicial del estado de suspensión de pagos de aquella compañía con fecha 13 de enero de 1979, la medida cautelar de embargo preventivo fue instada por «V., Sociedad Anónima», y «M. I., S. A.», el 14 de noviembre de 1978, con lo que si bien la ratificación de la traba aparece formulada mediante juicio declarativo presentado tres días después de dicha data, realmente se está ante un proceso iniciado con anterioridad a la declaración referida, con

los efectos previstos en el artículo 9.º, párrafo cuarto, de dicha Ley, en orden a la prosecución de las actuaciones, pero con paralización de los actos de ejecución sobre el patrimonio del deudor, y en todo caso es manifiesto que aun con posterioridad a la suspensión de pagos pueden ser entablados juicios ordinarios contra el suspenso, por lo mismo que el interesado no pierde la administración de sus bienes (art. 6.º), aunque su situación quede afectada por la intervención judicial con arreglo al artículo 4.º, párrafo segundo; b) la circunstancia de que el suspenso prescinda de poner en conocimiento de los Interventores la existencia de un proceso pendiente al comenzar sus funciones ese órgano de la suspensión de pagos no es hipótesis subsumible en el número cuarto del artículo 5.º de la Ley especial, ni provocaría falta de capacidad para ser parte o inexistencia de capacidad procesal, como tampoco entraña defecto en la representación causídica censurable a través del número segundo del artículo 1.693 citado, que alude a las calidades necesarias para comparecer en juicio o al carácter o representación con que se reclama (Sentencia de 26 de noviembre de 1969), pero no a cuestión como la que suscita; c) no dispuesta en la Ley de 1922 una limitación de la capacidad procesal del suspenso, a diferencia de lo ordenado en el artículo 141 del anteproyecto de Ley concursal, sobre todo en lo que concierne a la posición pasiva en el litigio, pues el párrafo cuarto del artículo 5.º se contrae a «las reclamaciones que el suspenso pretenda entablar», que además únicamente se traduce en la exigencia de que estén precedidas por el informe de los Interventores al Juez, tampoco cabe desconocer que la nulidad dispuesta en el penúltimo párrafo, *in fine*, del artículo 6.º de la Ley especial se circunscribe a las operaciones del comerciante aludidas *nominatim* en las tres reglas que el precepto contiene y a «cualquier pago», actividades de giro a las que no puede ser asimilada la intervención del suspenso en el juicio ordinario donde ha sido demandado y que en atención a su naturaleza no le afecta para su promoción el principio de paralización de las acciones individuales a que alude el artículo 9.º, sin perjuicio de la abstención de toda actuación ejecutiva; d) no deja de resultar anómalo e incoherente que al tiempo que «S. E., S. A.», opone «falta de su personalidad» en el desarrollo de toda la primera instancia y durante la segunda, hasta que se operó el cambio en la representación *ad litem* y en la dirección letrada, tenga por válida y eficaz la actividad desarrollada en el proceso, incluso la petición de recibimiento a prueba en la apelación, para basar en sus vicisitudes una supuesta indefensión determinante de quebrantamiento de las formas del litigio por denegación de diligencias probatorias.

Considerando que esa misma doctrina jurisprudencial, que impide acceder a la práctica de prueba en la segunda instancia cuando la propuesta en la primera no se efectuó por falta de la indispensable diligencia en el proponente (Sentencias de 27 de marzo, 18 de mayo y 26 de junio de 1963, 28 de noviembre de 1967, 26 de marzo de 1968 y otras, recaídas en torno al art. 862, núm. segundo), como acontece si se incurre en negligencia en la gestión del cumplimiento de los exhortos librados (Sentencia de 11 de diciembre de 1968), conduce a la repulsa del mismo motivo en lo concerniente a la denegación de la prueba testifical por la Sala *a quo*, pues si el despacho no logró resultado positivo a causa de no haberse acompañado, originales o fotocopados, los documentos a que el interrogatorio

hacía referencia, no puede ignorarse el descuidado comportamiento de «S. E., S. A.», según señala el Tribunal de apelación, porque «aparte del retraso en la presentación al Juzgado exhortado, ni en el escrito de proposición de prueba se pidió que los documentos» fuesen incorporados, «ni tampoco al entregar al Procurador el exhorto de referencia se subsanó la omisión, como pudo hacerse», pidiendo a tal efecto que fuera completado debidamente el medio al hacerse cargo de la comunicación.

R. DE A.

EFICACIA DE LA TRANSACCION: NO PUEDE ALEGARSE QUE AFECTA A LA PERSONA INSTITUIDA EN UNA DISPOSICION TESTAMENTARIA DE RESIDUO.—SIGNIFICADO DE LA INSTITUCION DE HEREDERO CON FACULTAD DE DISPONER LIBREMENTE POR ACTOS «INTER VIVOS» (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—Don F. Ll. F. falleció sin descendencia, habiendo otorgado testamento en el cual instituía heredero de la mitad de su herencia a don F. Ll. F., y de la otra mitad, a su esposa doña P., y para el caso de que el primero, padre del testador, falleciera antes que éste, instituía única heredera a su citada esposa, que podría disponer libremente de todos sus bienes por actos *inter vivos*, y si quedaren algunos al fallecimiento de la misma pasarían al hermano del causante don T. Ll. F. o a los hijos de éste.

Habiendo fallecido el padre del testador antes que éste, doña P. se constituyó en única heredera, con la facultad de poder disponer libremente de los bienes.

Hay que hacer notar que don T. Ll. F. había fallecido al tiempo del pleito, dejando dos hijos, el demandado (don J. Ll. S.) y su hermana doña M. Ll. S.

La viuda del causante don F. Ll. F. había entablado un juicio anterior contra don J. Ll. S., reivindicando las fincas de la herencia de su esposo, dictándose sentencia por la que se declaraba la propiedad de la actora sobre dichas fincas.

Posteriormente se siguió entre las mismas partes un juicio especial de arrendamientos rústicos terminado por transacción judicial, en la que, por una parte, el demandado don J. Ll. S. se comprometía a dejar a disposición de la actora todas las fincas objeto del arrendamiento, y por otra parte, dicha señora podía libremente venderlas en subasta pública, pero en tal hipótesis el demandado tendría un derecho preferente en cuanto a la adquisición de las mismas, previa tasación por tres peritos, que serían designados uno por cada parte y el tercero por insaculación.

En el juicio que dio lugar a la sentencia que ahora nos ocupa la demandante —la viuda doña P.— solicitó se declarase su derecho a vender las repetidas fincas en los términos convenidos, sin perjuicio del derecho de preferente adquisición del demandado, el citado don J. Ll. S.

El Juzgado y la Audiencia estimaron íntegramente la demanda.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—El recurrente alegó la excepción de cosa juzgada del artículo 1.816 del Código Civil y además que la transacción sólo produce efectos entre las partes, mientras que la aquí discutida podía perjudicar a quien, como la hermana del demandado y recurrente, la citada doña M. Ll. S., tiene derecho a los bienes hereditarios del esposo de la actora, aunque sólo sea en expectativa.

La Sala razona de la siguiente forma sobre estos puntos:

Considerando que a la luz de los antecedentes fácticos y jurídicos debe examinarse el presente recurso de casación, en cuyo primer motivo, amparado como los restantes en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 1.257, 1, y del inciso primero del artículo 1.816, ambos del Código Civil, así como del principio general de Derecho *res inter alios acta, nec nocet nec prodest*, por cuanto, según se dice, «... en la mentada transacción no fue parte la hermana del demandado y heredera asimismo, doña M. Ll. S., y su cumplimiento afecta a sus derechos hereditarios», motivo que si no fuera rechazable por ausencia del concepto de la infracción que se invoca debería serlo necesariamente porque en dicha transacción judicial no entraron en juego otros derechos que los dominicales de la actora y los arrendaticios del demandado, sin afectar en lo más mínimo a los invocados derechos o expectativas que a favor de la hermana del demandado pudieran derivarse de la citada disposición testamentaria de residuo, y ello tanto si se entiende que tal disposición constituye una verdadera sustitución fideicomisaria en cuanto hay obligación de restituir el sobrante de los bienes a los fideicomisarios que adquieren su derecho desde la muerte del testador, como si se estima, por el contrario, que cuando el testador no impone al instituido la obligación de conservar y transmitir no existe tal sustitución o bien aunque se considera, como afirma la Sentencia de 13 de febrero de 1943 y en parte reitera la de 23 de diciembre de 1982, que las disposiciones testamentarias de residuo no encajan del todo en el marco de las genuinas sustituciones fideicomisarias reguladas en el artículo 781 y complementarios del Código Civil, no obstante tener algunos elementos comunes con ellas y poder serles aplicables, en determinados extremos, los preceptos que siguen en orden a esta clásica figura jurídica; pues en cualquiera de las citadas hipótesis los derechos que a favor de dicha hermana se deriven de la repetida cláusula quedan siempre incólumes en el caso de que exista sobrante, es decir, en el supuesto de que quede residuo a la muerte de la heredera fiduciaria.

Considerando que resulta igualmente inviable el motivo segundo, en el que se alega la infracción del párrafo segundo del artículo 1.271 del Código Civil, argumentando a tal efecto que la transacción judicial de 14 de septiembre de 1967 es un pacto sobre herencia futura desde el punto de vista del fideicomisario de residuo, y, por tanto, nulo, inviabilidad que evidencia el simple examen del texto de la transacción, pues en él las partes convienen sobre las cuestiones que eran objeto de litis, es decir, sobre el arrendamiento de las fincas de la herencia, cesando el arrendatario demandado y concediéndole la propietaria un derecho de preferente adquisición para caso de venta, sin que su contenido afecte a la disposición de residuo y, por tanto, sin que implique convenio alguno sobre herencia futura.

Considerando que el tercer motivo en el que se denuncia la infracción del artículo 675, 1, del Código Civil es igualmente rechazable, pues si el recurrente afirma que la voluntad del testador fue dejar a la esposa en desahogada posición económica, dentro de sus posibilidades, permitiéndole la disposición de sus bienes, no puede después sostenerse que su preocupación fue que tales bienes volvieran necesariamente al hermano y en su defecto a los hijos de éste, ya que la institución de heredera a favor de la esposa, con facultades de disponer libremente por actos *inter vivos*, estaba negando aquella preocupación, para cuya finalidad hubiera podido valerse, entre otros medios, del legado de usufructo o de la sustitución fideicomisaria normal si esa hubiera sido su voluntad; conclusión la expuesta que lleva aparejada la repulsa del cuarto y último motivo en el que se acusa la infracción del artículo 7.º, 2, del Código Civil, y ello aunque se prescindiera de la consideración de ser una cuestión nueva, dado que si lo que pretende la actora con la demanda que inició la litis en la que se dictó la sentencia aquí impugnada es única y exclusivamente llevar a efecto el contenido de la repetida transacción judicial, es claro que no puede hablarse de abuso de derecho, ni en relación con el recurrente en cuanto la pretendida enajenación de las fincas no es más que el ejercicio de las facultades que se le reconocían en la transacción y de cuya enajenación surgía precisamente el derecho de preferente adquisición reconocido a dicho demandado, ni respecto a su hermana y fideicomisaria con él de la disposición de residuo, ya que con tal pretendida venta sólo hacía uso de los derechos que le correspondían como heredera de su fallecido esposo; sin que, por otra parte, le vengan dados a esta Sala los elementos fácticos precisos para construir sobre ellos el invocado abuso de derecho.

R. DE A.

COMPENSACION: PUEDE OPERAR COMO EXCEPCION.—REQUISITOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—Se trataba de una acción de resolución de compraventa de inmuebles del artículo 1.504 del Código Civil.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Jaime de Castro García.

Doctrina de la Sala.—Interesa reproducir parte de uno de los considerandos, en que se condensa muy certeramente el juego de la compensación, que los recurrentes habían aducido alegando la existencia de obligaciones a cargo de la vendedora demandante:

Desconociéndose si las entidades vendedoras adeudan cantidad alguna a los compradores y en todo caso el monto de la misma, es de toda evidencia que siempre faltarían los requisitos de liquidez y exigibilidad impuestos por el artículo 1.196, 4, de todo punto indispensables para la procedencia del «pago abreviado», es decir, sin intervención de medios solventes de las obligaciones recíprocas hasta la cantidad concurrente, y en

tal sentido la Sentencia de 11 de junio de 1981, antecedida por las de 29 de abril de 1944, 24 de octubre de 1966 y 24 de noviembre de 1975, y seguida por las de 20 de marzo y 19 de abril de 1982, señala que aun sin desconocer que la compensación puede desplegar sus efectos como excepción sin necesidad de reconvenir, tampoco puede olvidarse que tal figura, descrita en el Derecho histórico como «manera de pagamiento porque desata la deuda que un ome deve a otro», se halla sujeta a presupuestos no sólo objetivos, consistentes en la reciprocidad de las obligaciones dimanantes de relaciones principales, sino también a requisitos objetivos, pues ha de tratarse de débitos homogéneos y líquidos, exigencia ésta que se traduce en la necesidad de que la prestación está determinada y cuantitativamente precisada para que pueda tener lugar el medio extintivo.

R. DE A.

MANDATO TACITO.—PRUEBA DE PRESUNCIONES (SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—La sociedad actora demandó conjuntamente a «D. C. e Y., Sociedad Anónima», y a don D. C. R., reclamándoles el importe de servicios prestados por aquélla.

El Juzgado dictó sentencia condenando a ambos demandados.

La Audiencia revocó parcialmente la sentencia del Juzgado, absolviendo a la sociedad demandada y manteniendo la condena a don D.

Interpuesto por la actora recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. Ponente: don Carlos de la Vega Benayas.

Doctrina de la Sala.—La recurrente alegaba que don D. había actuado como mandatario de la sociedad demandada, invocando al efecto la actitud pasiva de esta última, sin negar o contradecir la intervención de don D. en el encargo del trabajo o sin protestar ante el recibo de la factura, con lo que asumió tácitamente la obligación de pago de ésta, como mandante.

La Sala dice al respecto:

Independientemente de ello, la conclusión judicial recurrida se basa en la estimación de la concurrencia del consentimiento contractual en sólo una parte, el señor C., y no en la empresa de la que era Secretario, y sabido es que si el consentimiento en los contratos es una cuestión de hecho, sólo impugnabile por errónea apreciación de la prueba, con más razón lo será el consentimiento tácito, que requerirá actos o hechos básicos (artículo 1.249), inequívocos y terminantes, que impliquen de modo palmario y evidente la intención de obligarse, y, en el mandato, de los que resulten en alguna forma las facultades conferidas al mandatario (Sentencia de 2 de junio de 1981), así como la intención de obligarse del presunto mandante (Sentencia de 3 de marzo de 1904), notas no existentes en el caso, como lo prueba el intento interpretativo de la sociedad recurrente y con ello la equívocidad de los datos que ofrece; y c) en fin, porque, como ya se dijo en precedentes resoluciones, es excepcionalmente admisible que pueda impugnarse la omisión de la llamada prueba de pre-

sunciones (Sentencia de 5 de octubre de 1966), prueba de carácter supletorio ante la concurrencia de pruebas directas (Sentencias de 4 de julio de 1981, 29 de diciembre de 1981 y 21 de octubre de 1982), como aquí ha hecho la sentencia impugnada, sin que, por otro lado, existan ahora datos que permitieran admitir la hipótesis de una ratificación por el presunto mandante, según se admitió en Sentencia de 10 de mayo de 1984.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION: NO EXISTE MAQUINACION FRAUDULENTA
(SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1985).

Hechos y doctrina de la Sala.—De los considerandos que se transcriben resultan los elementos de juicio necesarios para recoger la doctrina de esta sentencia, concorde con la tradicional de la Sala.

Fue ponente don Antonio Sánchez Jáuregui.

Considerando que como ya dijo la Sentencia de 13 de abril de 1981, «con argumentos que, por conocidos, es ocioso reiterar, viene proclamando esta Sala que dado el carácter extraordinario y excepcional del que nuestra Ley procesal civil denomina recurso de revisión, sólo puede tener como fundamento que haga permisible su viabilidad la concurrencia de alguna de las causas taxativamente previstas en el artículo 1.796 de la mencionada Ley, debiendo ser interpretadas las causas de revisión de manera estricta, sin extenderlas a casos no especificados en el texto legal, de suerte que para el éxito de la demanda de revisión no ha de producirse la menor duda acerca de la procedencia de los motivos en que la misma se funde», doctrina la expuesta confirmada con posterioridad por las Sentencias de 21 de octubre de 1982, 21 de febrero de 1983 y 20 de febrero de 1984, entre otras, destacando la ya citada Sentencia de 21 de febrero de 1983, «que para el éxito de la pretendida anulación no habrá de existir duda racional sobre la certeza de la causa alegada para fundamentarla, y por lo que al empleo del de fraude se refiere, dimanante de la conducta dolosa de la parte vencedora, su estimación ha de basarse en prueba irrefutable, demostrativa de que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente y ostensible entre el proceder malicioso y la resolución judicial».

Considerando que la aplicación de la doctrina legal consignada en el razonamiento que antecede determina la procedencia de la desestimación del recurso a que el caso concreto aquí planteado se contrae, ya que, fundamentada la demanda de revisión en la causa cuarta del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la maquinación fraudulenta que se atribuye a la parte demandante, con base en la alegación de que la misma había interesado fueran emplazados por edictos los demandados «Herederos de F. C. C.», siendo así que desarrollando una regular actividad hubiera podido averiguar quiénes eran dichos herederos y su domicilio, no es suficiente para, habida cuenta de lo que resulta de las actuaciones de juicio de cognición donde recayó la sentencia firme cuya revisión se pretende, imputar a la referida parte actora una conducta dolosa como tendente a

impedir que los demandados no se personaran en el litigio al no tener conocimiento de su existencia, pues con anterioridad a su planteamiento la entidad actora reclamó reiteradamente, incluso en carta dirigida por conducto notarial a don C. C. M., presunto heredero de don F. S. C. y habitante en el piso a que se referían los gastos reclamados en la demanda por la Comunidad de propietarios actora, el pago de tales gastos, apareciendo, además, que el citado don C. C. fue emplazado en su domicilio en forma procesalmente correcta, que compareció para absolver posiciones en confesión judicial y que le fue notificada la sentencia recaída, todo lo que abona la conclusión de que no pueda atribuirse a la demandante el empleo de los «ardides o artificios» a que la doctrina legal se refiere, tendentes a obstaculizar la defensa del demandado, al no ser previsible que el señor C. M. ocultara a su madre y hermana, ahora recurrentes en revisión, la existencia del procedimiento, y sin que tampoco, por otra parte, fuera exigible a la repetida entidad actora una exhaustiva actividad tendente a averiguar quiénes eran «todos» los herederos de don F. S. C. y sus respectivos domicilios.

R. DE A.

CONTRATO DE TRANSACCION: ALCANCE (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—La Comunidad de propietarios actora reclamaba una determinada cantidad por cuotas de gastos correspondientes a ciertos locales del inmueble.

El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó parcialmente la sentencia del Juzgado y condenó a la demandada doña L. A. a abonar la suma de 68.416 pesetas correspondientes a la cuota por gastos del año 1977, en relación con uno de los locales.

El Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por la Comunidad demandante.

Doctrina de la Sala.—Con amparo procesal en el ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y para contradecir la Comunidad impugnante la apreciación probatoria obtenida en la instancia, se acusa en el primer motivo a la sentencia impugnada de haber incurrido en error de hecho en la valoración de la prueba que demuestra la equivocación evidente del Juzgador, y que, a su juicio, deriva del documento auténtico que invoca en apoyo de su tesis, consistente en el «contrato transaccional de 13 de junio de 1978», que aportó con su demanda, y del que resulta probada la cuantía de las cuotas de Comunidad referida al año 1976 y a los locales de la demandada dedicados a cafetería-restaurant, bar inglés y sauna, documento reconocido en confesión judicial por la dicha interpelada, que, según aduce la recurrente, al desarrollar el motivo, «tiene para los que lo suscribieron la autoridad de cosa juzgada que le reconoce el artículo 1.816 del Código Civil, y sólo puede ser atacado por error, dolo, violencia o falsedad, según establece el artículo 1.817 del mismo Código», añadiendo que la evidencia de la certeza de la deuda re-

clamada resulta del contenido de la cláusula quinta del documento referido; motivo que necesariamente habrá de perecer, por lo siguiente: A) la Sala de instancia, tras examinar la totalidad de las probanzas obrantes en autos, sólo acoge la procedencia del abono de la suma de 68.416 pesetas correspondiente a los gastos comunes del año 1977, referido al local destinado a sauna, rechazando la reclamación de los otros gastos del año 1976 de los tres locales, asentando tal repulsa en una doble consideración: de una parte, en las irregularidades contenidas en el presupuesto de 1976, que pormenorizadamente resalta, y que en el recurso no se combaten, y de otra, a que «no se ha acreditado por la parte actora —como le incumbía conforme al artículo 1.214 del Código Civil— que cuantas partidas se incluyen en dicha relación corresponden a gastos producidos en aquella anualidad, como exige el artículo 9.º y antes citado de la Ley de Propiedad Horizontal», declaración de la instancia, en lo que afecta a la no exigibilidad de los gastos reclamados, que tampoco es impugnada y que permanece incólume en casación; B) el documento que sirve de apoyatura al motivo carece de la condición de auténtico, tanto por haber sido examinado por la Sala *a quo* como por no tener la literosuficiencia que la acogida del motivo exige, según tesis inveterada de esta Sala, por cuanto de su simple contenido no puede establecerse de forma concluyente, sin acudir a exégesis o interpretaciones, la existencia reconocida de la deuda reclamada; C) porque lo que la parte impugnante hace es disentir de la interpretación que del mismo se hace en la instancia, con olvido de que el cauce hábil a tal evento es la denuncia, por la vía del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley adjetiva, de las normas de hermenéutica contractual supuestamente infringidas, con especificación del concepto en que lo hubieran sido; D) porque, en todo caso, el tal documento, efectivamente suscrito por la demandada señorita A., sólo contiene un conocimiento explícito de adeudar la cuota de gastos comunes de la sauna, referido al año 1967, pero no a los otros conceptos, para cuya reclamación queda expedito el camino a la recurrente; y E) además, adolece de un defecto procesal en su formulación, ya que junto al error de hecho denunciado se hacen consideraciones respecto de la aplicabilidad de determinadas normas sustantivas, para lo que sólo es cauce pertinente el ordinal 1.º del precitado artículo 1.692, entrañando tal formulación un confusionismo que, al atentar a la claridad y precisión exigidas por el artículo 1.720 de dicha Ley, cae de lleno en la causa de inadmisión cuarta del artículo 1.729, que en este estado de proceso lo es de desestimación.

R. DE A.

EJERCICIO DE ACCIONES POR UN COTITULAR EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.—PRESENTACION DE LOS DOCUMENTOS A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 504 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—ALCANCE DE LA NO PRESUNCION DE SOLIDARIDAD (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1985).

Hechos.—La viuda de don C. G. formuló demanda contra don A. A. y su esposa (que fue), doña C. G. (C. S.), en reclamación de un millón de pesetas, más intereses legales y gastos del procedimiento, en razón a que don C. había prestado a los demandados (el 20 de noviembre de 1967,

cuando los demandados se hallaban casados entre sí) la referida cantidad, que los prestatarios se comprometían a devolver en el momento en que el prestamista lo considerase oportuno.

La demandada se opuso a la pretensión, alegando defecto legal en el modo de proponer la demanda y falta de fundamento de la acción ejercitada.

El Juzgado estimó la demanda, excepto en cuanto a las costas, condenando solidariamente a los demandados a reembolsar la cantidad reclamada.

La Audiencia confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Jaime de Castro García.

Doctrina de la Sala.—1. Los documentos comprendidos en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como de aportación inicial, son los que generan la *causa petendi* invocada, es decir, los verdaderamente fundamentales, pero quedan al margen de tal exigencia de aportación *in limine litis* los que, carentes de dicha finalidad inmediata, se dirigen a desvirtuar la oposición del adversario, como en el caso debatido acontece, pues la presentación hecha con el espíritu de réplica tiende a corroborar la legitimación invocada en la demanda ante la actitud opositora, en este extremo, de los demandados.

2. El criterio jurisprudencial sobre la posibilidad de ejercicio de acciones por cualquiera de los cotitulares en beneficio de la comunidad, siempre presumido sin necesidad de invocación explícita, otorgaría *legitimatío ad causam* a la actora, que ya en las operaciones particionales de la herencia de su marido aparece como titular en pleno dominio de cuatro sextos de «todos los créditos frente a terceros» y de otro sexto en usufructo.

Este pronunciamiento obedece a que la demandada alegaba no ser la actora titular de la totalidad del crédito que ésta invocaba.

3. La no presunción de solidaridad es inaplicable en aquellos supuestos en que la voluntad de los interesados excluye la mancomunidad, sin que sea preciso, para entender existente una clara intención en pro de la solidaridad, que en el contrato figure una expresión literal en tal sentido, sino que puede ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido realmente querido por los interesados aquel resultado económico, según se desprende del texto de la obligación interpretado conforme a las reglas hermenéuticas de los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil..., pues la sentencia objeto de recurso hace descansar la deuda *in solidum* en una correcta valoración de las circunstancias concurrentes, como son los términos de la carta referida, el vínculo matrimonial existente entonces entre los prestatarios, así como el ofrecimiento conjunto de satisfacer la deuda («te será devuelta en el momento que consideres oportuno y nuestras disponibilidades económicas lo permitan»), todo lo cual patentiza el propósito de una actuación conjunta de los deudores, creando la unidad de obligación frente al acreedor.

R. DE A.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

GARCÍA VITORIA, A.: *El derecho a la intimidad en el Derecho penal y en la Constitución de 1978*. Ed. Aranzadi, 1983.

Aunque ya he recensionado dos o tres estudios sobre el derecho a la intimidad, tenía como reto, desde hace tiempo, traer a estas páginas el que ahora brindo. Lo hago porque entiendo que la materia lo exige y la monografía es buena y porque en los momentos en que redacto estas notas han surgido en el campo nacional del «bulo» dos o tres noticias que pueden poner de actualidad el tema. Hay ciertos puntos contradictorios en el concepto de «*intimidad*», diversos puntos coincidentes en el de «*imagen*» y discrepancias «malsonantes» en el del *honor*. Los tres parece que están garantizados por el artículo 18, 1, de la Constitución, aunque originan un sinnúmero de problemas e interpretaciones.

La verdad es que en estos casos (intimidad, imagen y honor) creo que hay que partir de ideas muy simples, pues de lo contrario podríamos caer en trampas insolubles. Comenzando por la «intimidad», tenemos que es la «parte reservada o más particular de los pensamientos, afectos o asuntos interiores de una persona, familia o colectividad», concepto que no concuerda mucho con el de amistad íntima al que se otorga la confianza y que comparte la intimidad. Lo mismo sucede con la «imagen». Desde pequeño he oído lo de que Dios hizo al hombre a su imagen y semejanza (cosa que no he creído nunca, pensando en determinados personajes que entiendo que cualquier parecido con Dios será mera coincidencia...), y ahora, ya en mayoría de edad, oigo cosas como que hay «que vender imagen», «hay que dar imagen», «cuidar la imagen», etc., que pueden muy bien suponer ofrecer algo que no corresponde a la realidad. ¿Qué es la imagen? Lo del «honor» es otro concepto que se puso hace poco en entredicho por algún periodista que invocó lo de Calderón «el honor es patrimonio del alma...» Para mí el honor no ha residido en zonas corpóreas más o menos conflictivas, sino que afecta a la dignidad de la persona. Recuerdo que en países iberoamericanos las presentaciones de los que presiden o intervienen se anteceden con el título de «Honorable», cosa que se aplicó en Cataluña al Presidente de la Generalidad.

Entiendo que hay que ser un poco serio en toda esta cuestión y no opinar si no se está muy seguro de lo que se dice. Por eso, para que podamos aprender algo de la intimidad, traigo a recensión este libro, que, de entrada, puede darnos una noción clara y concreta de lo que debemos entender por intimidad. Para la autora de la monografía el «derecho a la vida privada», a la intimidad, es uno de los fundamentales del individuo, y que viene a significar el derecho a ser dejado tranquilo, a no ser molestado en la intimidad de la vida privada y a guardar una conveniente reserva sobre ella, entendiéndolo por molestia, con MANZINI, todo aquello

que viene a alterar dolosamente, fastidiosa o inoportunamente, de modo mediato o inmediato, el estado psíquico de una persona, no importando que tal alteración sea duradera o momentánea.

Tal derecho forma parte de lo que se ha calificado como «nueva generación» o «nueva frontera» de los derechos humanos que se ven afectados por el principio de libertad en el uso de aparatos técnicos, por los medios de comunicación, por los intereses comerciales, por las necesidades «laborales» de la empresa, procedimientos financieros o por necesidades de policía o administrativas del Estado. Este derecho aparece inserto en el marco de los derechos de la personalidad con sus caracteres de originarios e innatos, derechos subjetivos privados, absolutos o de exclusión, extrapatrimoniales e irrenunciables e imprescriptibles. Caracteres recogidos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En la exposición del contenido de este trabajo monográfico se hace preciso agrupar diferentes materias del sumario para que esta recensión no cobre dimensiones difíciles, y por ello precisaremos lo que la autora nos brinda acerca del concepto y derechos incluidos en la intimidad, el derecho a la intimidad en el Código Penal y en el proyecto de reforma, el derecho a la intimidad en su relación con actividades sociales y el derecho a la intimidad en la Constitución. Ello altera el sumario, pero nos tomamos esta libertad en aras de una síntesis del contenido. La obra lleva una clave de abreviaturas, notas a pie de página y una lista bibliográfica importante.

A) *Conceptos y derechos incluidos en la intimidad.*—Sobre el pensamiento de la autora pesa la teoría de BRICOLA (F.), *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, quien al poner de relieve las diferencias y concordancias entre la esfera individual, reputación pública y vida privada señala que en la esfera individual existen tres esferas: la privada en sentido estricto, la esfera confidencial o de la confianza y la esfera del secreto. La primera comprende todos aquellos comportamientos que el sujeto desea resguardar del conocimiento público y su imagen física; la segunda se refiere a todos los comportamientos de los que el sujeto hace partícipe a personas de su confianza, así como la correspondencia, y la tercera está constituida por aquellas noticias o acontecimientos que razones especiales hacen que deban permanecer inaccesibles a cualquiera que no sea el titular del secreto. Estas tres esferas se contienen en lo que la doctrina llama «derecho a la reserva» o del «respeto a la vida privada».

Dentro de los derechos incluidos en el ámbito del derecho a la intimidad la autora destaca y estudia separadamente el derecho a la reserva de la identidad personal y el derecho al secreto. En el primero precisa los conceptos del derecho de reserva a la imagen, al nombre, a la voz, a la escritura, a los acontecimientos personales y a la reserva del pensamiento y sus manifestaciones.

Por lo que se refiere al derecho al secreto se expone con detenimiento el que se refiere a la correspondencia, a los documentos, el domiciliario y el profesional. Prácticamente el estudio de estos derechos y los anteriores

enumerados ocupa la parte esencial del trabajo monográfico y sirve a la autora para sacar las conclusiones al relacionarlos en las otras esferas.

B) *El derecho a la intimidad en el Código Penal y en el proyecto de reforma de 1980.*—Aparte las citas y relaciones que la autora ha hecho a lo largo de su estudio del Código Penal, expresamente estudia el supuesto del artículo 194 del Código Penal, que dispone: «Incurrirá en la pena de inhabilitación especial el funcionario público o la autoridad que impidiese a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos en las leyes.» Frente a la parquedad de ese campo de actuación el proyecto dedica diversos artículos bajo la rúbrica de los atentados contra la intimidad personal y familiar.

C) *El derecho a la intimidad en relación con actividades sociales.*—Bajo esta rúbrica exponemos los temas que la autora especialmente destina al derecho a la intimidad en lugares públicos y en las relaciones sociales, el derecho a la intimidad y el de información periodística y la precisión de los elementos constitutivos del derecho a la intimidad.

La tipicidad que hace punible el atentado a la intimidad exige dos condicionamientos: a) que se cometa en lugar abierto al público o público; b) por medio del teléfono. Igualmente estudia el derecho a la intimidad frente al derecho a la información y el interés social y la cualidad de la persona. En la estructura y elementos se destacan las precisiones del sujeto pasivo, los medios de comisión del atentado a la intimidad, los elementos objetivos que lo constituyen, la punibilidad y la indemnización civil.

D) *La intimidad en la Constitución.*—Se hace una exégesis del artículo 18 de la Constitución y de los artículos con el mismo relacionados, como son el 20, 105, 53, 55, 116 y otros, que a lo largo de la monografía la autora maneja y cita.

Entiendo que es un trabajo importante en una materia tan necesitada de precisiones y matices en un proceso democrático en el que el concepto de libertad debe manejarse con singulares precauciones cuando entren en juego estos temas tan difíciles de la intimidad, la imagen y el secreto.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; LINDE PANIAGUA, Enrique, y otros: *Derecho Administrativo I*. Facultad de Derecho de la UNED. Seis unidades didácticas con un total de 707 págs., 3.ª ed., Madrid, 1985.

De puro evidente, ni siquiera es preciso afirmar que el Derecho administrativo tiene más relevancia cada día. La Administración, en su amplio concepto, que ya no es sólo lo puramente estatal, crece sin parar y desborda todo lo imaginable, regulando lo divino y lo humano. No se puede dar paso sin tropezar con reglamentos, ordenanzas, normas, permisos o requisitos innumerables.

Ya aprendimos, en nuestros lejanos tiempos universitarios, lo difícil

que es ordenar y más aún codificar la materia administrativa, de suyo cambiante y coyuntural en extremo. Ahora, el intento sería impensable del todo.

Tenemos, en primer lugar, el fenómeno «Europa», que nos va a llenar de directrices y normas comunitarias que incidirán en nuestra legislación de modo decisivo. El *Boletín Oficial del Estado* del día 1 de enero nos obsequió con un número especial de 687 páginas, lleno de tratados, convenios y normas «europeas» que habremos de cuidar y guardar como propias. Y ya se había anticipado la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, la cual sienta que la adhesión de España a las Comunidades Económica Europea, del Carbón y del Acero y de Energía Atómica suponen la obligatoriedad en nuestra Patria de las disposiciones comunitarias y el respeto a los actos y decisiones adoptados por las distintas autoridades e instituciones de dichas Comunidades; consiguientemente, esta Ley, al amparo del artículo 82 de la Constitución, concede al Gobierno la facultad de dictar normas de rango legal en las materias que se señalan y que sean precisas para adecuar nuestra regulación interna con la comunitaria; en consecuencia, será preciso prestar atención a los Decretos legislativos que se vayan dictando en virtud de esta autorización.

Por otro lado, la Constitución ha modificado la antigua organización territorial española, basada en el principio centralista del Estado, donde únicamente se contemplaba la Provincia y el Municipio como Entidades territoriales, y crea el llamado Estado de las Autonomías, donde aparece la nueva figura de la Comunidad Autónoma. A éstas se atribuyen amplias competencias que ya han empezado a utilizar; se ha generado así una amplísima y no siempre coordinada normativa que ya está apareciendo en sus diecisiete *Boletines oficiales*. Esta transformación supone un proceso largo que no ha hecho más que comenzar; por eso, se advierte que el contenido de este libro que comentamos tiene un inevitable carácter provisional y habrá de ser objeto de reajustes progresivos a medida que el proceso de transformación aludido vaya desarrollándose y alcanzando nuevas cotas.

La materia administrativa, de suyo variada, se hace más difícil aún al multiplicarse sus fuentes normativas, lo que producirá especiales dificultades incluso para los profesionales documentados y con experiencia. Y no digamos lo que ha de suceder a los alevines de juristas, a los estudiantes, a quienes será preciso compadecer en sus apurados esbozos iniciales al tener que enfrentarse con esta nutrida jungla de disposiciones y conceptos.

Por ello nos produce agradable sorpresa encontrar un libro como el que presentamos, que une a su sencillez una eficacia loable y que agradecerán, sin duda, los alumnos universitarios a la hora de asimilar sus primeros conceptos. Ha sido editado por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Educación a Distancia, bajo la coordinación de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, el cual, además, ha redactado lo que se llama la «Unidad Didáctica 1.ª», siendo autores de las otras cinco quienes ahora diremos. Se sigue el índice y la sistemática de la obra *Curso de Derecho administrativo*, de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y el propio TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, rebajando al alcance de los alumnos principiantes la densa y elevada doctrina de la obra magistral.

Ocurre con frecuencia que los profesores universitarios, especialistas indudables en sus respectivas disciplinas académicas, escriben libros acordes con sus conocimientos e investigaciones, pero demasiado elevados para los alumnos. Estos han de acudir a las acotaciones, a la supresión de la llamada «letra pequeña», y no digamos de las notas bibliográficas o las eruditas anotaciones a pie de página. Con todo, la tarea a veces resulta imperfecta e incompleta.

Por esto, cuando el propio profesor facilita el trabajo y les proporciona un adecuado libro de texto, «sin paja», como ellos dicen gráficamente, se ha prestado a los alumnos un servicio muy de agradecer, con un resultado muy superior a los esqueléticos apuntes de escasa fiabilidad.

Hagamos un breve resumen de esta obra, dando noticia de los autores y contenido de cada una de las seis unidades didácticas de que se compone.

I. Redactada por TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. Comprende el estudio de la Administración pública como persona, que constituye el dato primario y *sine qua non* del Derecho administrativo, en cuanto éste se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo esa denominación de Administraciones públicas, sustrayéndolas del Derecho común; en consecuencia, hay una regulación especial, el ordenamiento jurídico-administrativo, dedicado a esta materia, cuya estructura y caracteres se estudian. La cabecera de la jerarquía normativa corresponde a la Constitución, con arreglo a la cual debe ser interpretado y aplicado el resto del ordenamiento. Después se estudia la ley, su contenido, elaboración, publicación y eficacia y sus distintas clases, contemplando la eficacia de los decretos-leyes y tratados internacionales y la cuestión de la constitucionalidad de las normas. El Reglamento, norma escrita dictada por la Administración, es subordinada y complementaria de la Ley, cuando no se desvía y hasta la suplanta o contradice; recuérdese la anécdota que se cuenta del Condé de Romanones, que cedía gustoso a sus oponentes la promulgación de las leyes con tal que a él le dejaran libertad para redactar su correspondiente reglamento. Se estudia el concepto de reglamento, norma general, distinto del acto administrativo, aplicación particular, así como sus requisitos, clases, límites y remedios contra sus posibles extralimitaciones respecto a la ley, con referencia especial a la legislación delegada o autorización al Gobierno para dar normas de rango legal, de la que hemos citado un ejemplo. Acaba esta unidad didáctica con el tema de las fuentes legales y reglamentarias dimanantes de las Comunidades Autónomas, que origina problemas de límites con la legislación nacional, por no estar éstos claramente determinados en la Constitución ni en los Estatutos.

II. Redactada por ENRIQUE LINDE PANIAGUA, comprende el estudio de la personalidad jurídica de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas y las demás Corporaciones territoriales. El Estado de Derecho supone la existencia del principio de legalidad que la Administración debe guardar y hacer guardar, ya que para ello goza de determinadas potestades, sean regladas o discrecionales, que se contemplan. Partiendo del principio de la deseable separación entre Administración y Justicia, los Entes públicos deben someter a los Tribunales sus cuestiones contenciosas; se analizan también los casos singulares en que cabe la

autotutela administrativa y sus límites, una de cuyas manifestaciones es su propio sistema de conflictos.

III. Redactada por EDUARDO MAGALLÓN TORRES. El acto administrativo que es el dictado o realizado por la Administración y sometido a sus normas constituye la institución básica de esta rama jurídica y llena el estudio de la presente unidad didáctica. Se analizan sus elementos subjetivos (Administración, órgano, competencia e investidura), objetos (presupuestos de hecho, fin, causa y motivos, declaración de voluntad y objetivo) y formales (procedimiento y forma de manifestación del acto). Igualmente se analizan sus distintas clases, haciendo hincapié en los llamados actos políticos o de gobierno, no sujetos a la jurisdicción contencioso-administrativa. Los actos administrativos son válidos y eficaces desde la fecha en que se dicten, según proclama la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 45, aclarando que esta eficacia quedará demorada cuando lo exija el contenido del propio acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior; se estudian las condiciones para que esta eficacia sea posible, bien *ex nunc* o *ex tunc*, si fuese retroactiva, y los casos de suspensión, con especial atención a otra de las figuras clásicas: el silencio administrativo. La validez o invalidez de los actos administrativos, con sus respectivas consecuencias, completan el análisis de esta figura.

IV. Redactado por JESÚS PRIETO DE PEDRO. Comprende la materia de los contratos administrativos, caracterizados no sólo porque una de sus partes sea la Administración, sino además por otras particularidades que los distinguen de la teoría general de los contratos civiles o mercantiles, en especial por su objeto. Son típicos la ejecución de obras y la gestión de servicios o la prestación de suministros a los diversos Entes públicos, tal como lo determina la Ley de Contratos del Estado. La distinción es trascendental en cuanto al régimen jurídico aplicable a dichos contratos; en efecto, el Estado y los Entes públicos están sujetos a ciertas normas para seleccionar a las personas contratantes, debiendo hacerse por subasta, concurso y excepcionalmente por contratación directa. Se detalla lo relativo a contratos de obras, servicios y suministros y modos de su extinción. La coacción administrativa, en los casos en que la ley permite la ejecución forzosa de los actos administrativos, completa estas lecciones.

V. Redactada también por JESÚS PRIETO DE PEDRO, excepto el último tema, cuyo autor es LUIS ORTEGA. Examina la teoría del administrado y de las diversas situaciones jurídicas en que puede encontrarse, bien sea como actuante o como paciente frente a la Administración. La expropiación forzosa es también uno de los estudios clásicos del Derecho administrativo y se analiza en sus dos facetas: la potestad de la Administración, que tiene sus limitaciones, y las garantías del expropiado para evitar toda lesión, en cuanto a la necesidad de la expropiación, determinación de los bienes sobre que ha de recaer, justiprecio y pago; materias todas frecuentísimas y palpitantes en el ejercicio de la profesión. El último tema se refiere a la responsabilidad patrimonial de la Administración frente a los particulares lesionados como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fis-

calizables en vía contenciosa, siempre que los daños sufridos por los particulares puedan evaluarse económicamente. Naturalmente, además, será preciso que la lesión sea imputable a la Administración y que haya relación de causa a efecto.

VI. Redactada por EDUARDO MAGALLÓN TORRES. La última unidad didáctica de esta obra está dedicada al procedimiento administrativo propiamente dicho y al contencioso-administrativo, los cuales constituyen la defensa de los particulares para conseguir que la Administración se someta al Derecho y guarde el obligado principio de legalidad. Se estudia la Ley de Procedimiento Administrativo, que lo regula en España en sus varios apartados, como son los interesados que pueden incoarlo, iniciación, instrucción y terminación, contemplando los diversos recursos administrativos existentes en nuestro sistema, tanto ordinarios como especiales. La jurisdicción contencioso-administrativa supone la más segura e imparcial garantía ante la Administración, ya que ésta ha de situarse ante los Tribunales de justicia en pie de igualdad respecto a los particulares para dilucidar sus diferencias. Estudiada su naturaleza, extensión y límites, se pasa a desarrollar el procedimiento en las varias instancias posibles, para llegar a la sentencia, con su contenido, alcance y las modalidades de su ejecución. El último tema se refiere a la posición especial de la Administración ante la Justicia ordinaria en los casos en que sea aplicable; son especialidades la necesidad de previa reclamación por la vía administrativa y otras relativas al desarrollo del proceso.

En definitiva, un buen libro para estudiantes, que cumple a la perfección la finalidad didáctica para que ha sido concebido, pues es conciso y muy completo. También está actualizado... de momento, pues la materia administrativa, ya se sabe, cambia día a día, a medida que aparece el *Boletín Oficial del Estado*.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

URQUIJO Y GOITIA, José Ramón de: *La revolución de 1854 en Madrid*.

Prólogo de Manuel ESPADAS BURGOS. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1984, 594 págs.

Un prólogo de ESPADAS BURGOS sitúa con exactitud esta obra en la bibliografía existente —no demasiada— que enmarca esta amplia monografía sobre un período tan esencial como son los inicios del bienio progresista. El autor ha querido centrarse en unos meses y en un lugar, Madrid, capital de España; los sucesos en aquella ciudad tienen especial significado, y, junto a otras como Barcelona —estudiada por J. BENET y C. MARTÍ— o Valencia —por J. AZAGRA—, permite que conozcamos mejor aquel nuevo coletazo revolucionario. ¿Historia local? Sin duda, pero no porque hoy este tipo de estudios se halle en auge, sino porque, a medida que se profundiza, hay que reducir el objetivo y agotar las fuentes. Una visión genérica del bienio ya la ofreció, con rigor, V. G. KIERNAN, *La revolución de 1854 en España*, Madrid, 1970 —edición original inglesa de cuatro años antes—. Ahora hay que volver, como hace esta monografía, con todo de-

talle y hondura a revisar, recoger, reelaborar desde los distintos lugares, para en el futuro alcanzar una nueva síntesis más rica, más rigurosa.

El libro presenta, a mi juicio, dos características que lo hacen muy valioso —no puedo entrar en muchos detalles sobre cada uno de sus capítulos—. Son las siguientes:

1. En primer término, la utilización exhaustiva de fuentes. Fundamentalmente del Archivo de la Villa de Madrid ha visto la documentación referida al período, con toda extensión. Y asimismo ha consultado —con infinita paciencia— la prensa de la época. Los diversos periódicos, con sus tendencias políticas variadas, le proporcionan datos y, en muy buena parte, valoraciones. A partir de los diarios procura ir reconstruyendo los acontecimientos, desde la caída de Bravo Murillo y los gobiernos que le suceden —el del Conde de San Luis, el último— hasta el estallido revolucionario y los primeros meses del nuevo período... Se centra en unos meses —la reconstrucción a través de la prensa es muy difícil— en los que se desarrollan los principales acontecimientos, hasta agosto o septiembre de 1854, prolongando después, sobre concretos temas —las elecciones o el cólera morbo—, su consulta de la prensa madrileña; de este modo alcanza los años 1855 y 1856.

2. La segunda característica que observamos es la doble aportación que ofrece de los sucesos de la revolución y las grandes coordenadas del momento. Siempre resulta difícil encajar los sucesos políticos de la historia política, con los aspectos más estructurales, como la situación de las clases populares, o la demografía madrileña, el cólera o el análisis social de la milicia. Cualquier solución es buena, creo. Lo que importa es que se encuentren estos elementos que nos llevan más allá de la pura evolución de los acontecimientos. Tal vez hubiera sido preferible una ensambladura más ajustada de ambos sectores, no en un sentido de colocarlos antes o después —esto es irrelevante—, sino de establecer un cierto modelo general en donde se diera a cada elemento su respectiva ponderación, su fuerza interpretativa. Algo de esto son las conclusiones —incluso muchas consideraciones de sus páginas—, pero creo que queda, con todo, una cierta yuxtaposición de zonas, algunas simplemente descriptivas —por ejemplo, la demografía, aunque está ligada a la epidemia de cólera—; o, por decirlo de otra forma, hay algunas zonas algo descolgadas del conjunto...

Amplitud de fuentes y multiplicidad de sectores serían las dos características que avalan esta monografía de nuestra historia decimonónica. Un gran trabajo de archivo y de prensa coetánea, organizado en un panorama que no es fácil de trazar, ya que las fuentes puntuales exigen una cuidadosa elaboración para no caer en una descripción o un amontonamiento de datos. Esto es lo logrado en sus páginas, que constituyen una piedra básica para el estudio de nuestro siglo XIX. Como historiador general —de la política y de la sociedad— sólo ha tratado de paso cuestiones jurídicas; pero al historiador jurista le interesa como marco de una época, de los años centrales del XIX, tan decisivos para comprender nuestro presente.

URQUIJO ha distribuido el libro, tras una introducción sobre el estado de la bibliografía y las fuentes, en tres partes. Dos de ellas están consa-

gradas a la historia de los acontecimientos: la primera, a la etapa anterior a los levantamientos; la segunda, a la revolución madrileña —julio a agosto de 1854—. La tercera reúne los grandes temas base, como la situación de las clases populares, su alimentación, salario, vivienda, etc., la demografía y el cólera y, por último, la milicia nacional. Este es el contenido que tiene el libro.

La parte primera permite al lector lograr un panorama de primera mano —está hecho con la prensa y las fuentes del momento— a las circunstancias prerrevolucionarias. Los problemas de la Caja de Ahorros son graves: había transferido fondos al Gobierno, que necesitaba numerario, y los imponentes temen por sus depósitos y cunde el pánico. Lersundi es sustituido por Sartorius, por intervención de la Reina, que quiere seguramente detener las discusiones en el Senado y en la prensa sobre los ferrocarriles, en los que estaba «interesado» el Duque de Riansares, segundo marido de la ex Reina María Cristina. Por muchos esfuerzos que se hagan la situación se va degradando hasta el estallido... URQUIJO quiere ver sus conexiones con la situación de las masas, que se ven impulsadas por el paro y la carestía. La crisis de septiembre de 1853, con ascenso grave de los precios, se encuentra en primeras páginas de los periódicos; el Ayuntamiento intentaba remediar el paro con una serie de medidas. Se vuelven a producir elevaciones del precio del pan en febrero de 1854. Una intriga militar, con O'Donnell al frente, desembocará en la sublevación, Vicalvaro y el manifiesto de Manzanares el día 7 de julio, en que el general llama a un levantamiento... El análisis de URQUIJO, tanto del detalle de cada uno de estos pasos como de su significado, creo que es inmejorable —no creo que exista mayor número o mejores datos ni que se pueda profundizar más con los que maneja—. La ambigüedad preside la situación hasta el manifiesto de Manzanares; como suele ocurrir, ni siquiera muchas de sus palabras son inequívocas, pero prometía algo que conectaba directamente con el progresismo y la revolución de antaño: la milicia nacional.

En la segunda parte, la consolidación revolucionaria, se narran los acontecimientos, buscando una explicación profunda, sobre quiénes son los combatientes de las barricadas y cómo se organizaron las juntas, los gobiernos, la vuelta de Espartero y su defensa del trono. Sobre todo es extenso y cuidado su análisis de las elecciones a las Cortes: candidatos, programas y, sobre todo, los números electorales que expresan el triunfo de la Unión Liberal...

En la última parte, en la tercera, se concentra el interés sobre unos cuantos grandes temas: el ya aludido sobre las clases populares madrileñas, que intenta conocer mejor las condiciones y realidades del «sujeto» de la revolución. Es difícil encontrar fuentes de donde extraer esa visión, pero con periódicos y archivo se va trazando un panorama muy interesante. La demografía y el cólera constituye asimismo un buen estudio. Es curioso que en casi todos los momentos revolucionarios hispanos se presente la enfermedad: 1813 y 1821, la fiebre amarilla; 1834 y 1854, el cólera... En 1835 ocurren las muertes de religiosos en Madrid, haciéndolos responsables del envenenamiento de las aguas... ¿Por qué ese paralelismo entre revolución y enfermedad epidémica?

Por último, su estudio de la milicia es continuación del que terminó, hace ya algunos años, JUAN SISINTO PÉREZ GARZÓN. El estudio de sus com-

ponentes, el análisis social de los mismos, permite comprender mejor el sentido de la revolución de 1854, en que participaron amplias capas sociales; al fin, hubo que disolverla para evitar —el mismo O'Donnell— la profundización de la revolución. Se volvió de nuevo al moderantismo...

Es imposible recoger con algún detalle cuanto estudia este copioso libro. Me he limitado a una valoración de conjunto y a una enumeración de sus contenidos. Creo que es un libro importante para el siglo XIX, singularmente de su historia política de unos años, pero también con dos importantes contribuciones a la historia epidemiológica —el cólera en Madrid— y al estudio de la milicia nacional, institución clave para los movimientos revolucionarios del pasado siglo.

MARIANO PESET

VILLACORTA BAÑOS, FRANCISCO: *El Ateneo de Madrid (1885-1912)*. Prólogo de Manuel ESPADAS BURGOS. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1985, 382 págs.

En los últimos años se ha trabajado con asiduidad y rigor sobre esta institución madrileña, a mi parecer esencial para comprender la vida intelectual y artística de Madrid y la política española desde la Restauración hasta casi nuestros días. RUIZ SALVADOR trazó amplio panorama en *El Ateneo científico, literario y artístico de Madrid, 1835-1885*, Londres, 1971, mientras GARRORENA MORALES se centraba en un período más corto, *El Ateneo de Madrid y la teoría de la monarquía liberal (1836-1847)*, Madrid, 1974: era la época, tan importante, de las lecciones de Pacheco, de Alcalá Galiano o de Donoso Cortés... Después parece decaer, para recuperarse en estos años de la Restauración e inicios del XX, que historia VILLACORTA BAÑOS con su habitual buen hacer. Había publicado ya algunas partes —los capítulos III y IV— en *Anales del Instituto de Estudios Madrileños*, 15 (1978), e *Hispania*, 29 (1979), como adelanto del libro —no se trata de un libro que colecciona artículos anteriores, sino de artículos acabados de un libro, publicados antes—. Insertos en un amplio plan, que sin duda continuará para llegar a épocas del Ateneo madrileño más cercanas a nosotros; hasta la guerra civil, al menos, creo que constituye su historia un estímulo para el historiador, por la complejidad y riqueza de ideas que presentaba... El Ateneo de la Dictadura, el Ateneo de Azaña...

Ahora, tras una síntesis que fue hasta 1885 —intento de fundación desde 1820 y, definitiva, en 1835; su sentido en el terreno político, como refugio de la oposición, o como centro de cultura...—, el autor entra ya en su período. Desde 1884, en que se hizo el traslado a su actual ubicación en la calle del Prado, y es visitado por el Rey Alfonso XII, hasta 1912, en que parece orientarse por otras vías, según señalaba Azaña, de repulsa frente al Estado oficial y la presencia de una generación nueva con otros planteamientos... Azaña, secretario desde el curso 1912-13, simboliza ese cambio.

Para examinar el gran número de datos que ha recogido, VILLACORTA distribuye en cuatro apartados, en concreto: el Ateneo como círculo de convivencia intelectual, como instituto de enseñanza superior, academia

de debate político y círculo literario y artístico. A cada uno dedica uno de los capítulos.

1. El Ateneo de Madrid fue un reducto canovista en los primeros años de la Restauración; las fuerzas que creyeron en la gloriosa revolución de 1868 están desalentadas y los partidos turnantes dominan la escena. En 1884 se ve con disgusto por muchos la presencia del Monarca, avivando un rescoldo que, de momento, se amortigua con una generosa donación de la Corona para la biblioteca. Empiezan grupos intelectuales nuevos, como Menéndez Pelayo u Ortí y Lara, en la derecha, mientras Montero y Ríos o Azcárate pueden simbolizar posturas más avanzadas. El 98 produce enorme impresión y nuevos autores —Maeztu o Unamuno o Azorín; después, Ortega— empiezan a asomar junto a otros muchos hacia los años 1909 y 1910. Empiezan a plantear, como pensadores, nuevos caminos para España.. ¿No son políticos? Son una nueva clase política, que, disconforme con la vieja política, pretende una nueva, que fructificará años después. La Semana Trágica y la muerte de Ferrer Guardia pueden establecerse como momento de ese despertar —internamente, en el Ateneo, la conferencia de Maeztu de 1910 es seguramente significativa de esa época nueva...

2. El Ateneo isabelino había propuesto ser centro de estudio de políticos o de especialistas teóricos. O para plantear en el curso 1848-49 los problemas del socialismo, por Nicomedes Pastor Díaz, cuando acababa de asomar en la revolución de Francia, mezcla de moralidad, economía y miedo frente a los ataques que se hacían a la propiedad...

En 1875 no hay una vocación decidida a impulsar estudios —más bien, Cánovas quiere que sea resonador de su política—. Pero hay vida, discusiones sobre la educación muy interesantes; la presencia de los institucionistas krausistas —bien estudiada en págs. 94-97— no podía faltar en estos debates... Todos los temas del momento surgen en sus reuniones y conferencias; incluso en 1885-86, por iniciativa de Moret, se organiza un amplio curso sobre *La España del siglo XIX*, que se publica en tres volúmenes y que, todavía hoy, puede ser consultado con provecho. También Moret, en 1896 presidente, organiza estudios superiores con diversas cátedras, subvencionadas por el Ministerio. No funcionan bien las universidades, o al menos se las pretende completar con esta enseñanza en que participan sus mejores catedráticos y otros especialistas... Hacia 1906-07 estos estudios van desapareciendo. ¿Por qué?, se pregunta el autor. ¿No hay dinero? ¿No es posible enseñar sin más amplias instalaciones las ciencias naturales? Es difícil contestar. ¿No interesan bastante, al no conferir títulos? La Institución Libre de Enseñanza también fracasó a nivel superior... Pero hubo un tiempo de entusiasmo, de alumnos, en los años de las grandes discusiones sobre el evolucionismo y la ciencia positiva, que tan bien estudió Diego Núñez. Son muy interesantes: Cortázar, Simarro, Cajal, Salillas, Montero Ríos, Menéndez Pelayo, Pedrell...

3. Como centro de debate político tiene dos etapas muy diferentes: hasta su muerte, dominio de Cánovas, y a partir de ese momento y del desastre colonial, una época nueva: regeneracionismo, primero —con la encuesta de Costa en 1901-02 sobre oligarquía y caciquismo—, y distanciamiento de los poderes oficiales, según vimos. Ya antes del 98 el Ateneo ha empezado a mostrar sensibilidad hacia el problema cubano o sobre el

regionalismo catalán de Almirall, que no entiende Núñez de Arce. También la cuestión social y mil otros problemas...

VILLACORTA ha recogido de mil lugares —periodismo, folletos, libros...— sus materiales, al no haber archivo en el Ateneo, según dice en página 223. Ordena todos los datos, a partir de esta página, por cursos, con las diferentes actividades, las juntas... En cada uno pone sus fuentes. Después, el relato lo va construyendo agrupando por temas ese sinnúmero de piedrecillas que posee y logra una visión muy viva y bien documentada.

4. Por fin, los aspectos literarios y artísticos se examinan muy rápidamente. ¿Le interesan menos? ¿Es más difícil de recoger noticias o de conectar los escritores o artistas con la «docta casa»? Sin embargo, allí está el 98 en pleno —Unamuno, Valle-Inclán, Azorín...—; allí está doña Emilia Pardo Bazán o Ramón Pérez de Ayala... Andrés Amorós, en su estudio de *Troteras y danzaderas*, al identificar sus personajes, nos hace ver que la vida del Ateneo de aquellos años es el fondo sobre el que escribe Pérez de Ayala la novela: Antón Pajares, orador del Ateneo, es Ortega y Gasset, y la conferencia de 1910 de Maeztu (Mazorrall) es un hito en su narración... En el epistolario con su amigo Miguel Rodríguez-Acosta, editado por el mismo Amorós, hay cartas con membrete del Ateneo, la 13 y 14, aun cuando su contenido es personal, incoloro para la historia «interna» del Ateneo de Madrid...

En fin, un buen libro, que espero continuará. Una edición, además, bien cuidada, con su índice onomástico y sus apéndices a que ya he aludido, actividades por cursos, y entre ellas insertos unos cuadros de las enseñanzas superiores, en páginas 289 y siguientes. El Ateneo de Madrid fue una institución muy importante en aquellos años, y este libro ha realizado el estudio que se merecía, referido a los años 1885 a 1912.

MARIANO PESET

REVISTA DE REVISTAS



ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Enero-marzo de 1986.

<i>Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima</i> , por JUAN VALLET DE GOYTISOLO	3
<i>El problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del ordenamiento</i> , por FRANCISCO JORDANO FRAGA	69
<i>La tutela civil del derecho a la intimidad</i> , por LUIS ROJO AJURIA.	133
<i>Los efectos que puede producir un cumplimiento estricto o indebido</i> , por LUIS PASCUAL ESTEVILL	151

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Julio-agosto de 1986.

<i>Nuevo régimen argentino de filiación y patria potestad</i> , por GRACIELA MEDINA	3035 a	3048
<i>El Corredor de Comercio colegiado</i> , por RAMÓN JOSÉ VÁZQUEZ GARCÍA	3049 a	3057
<i>Aproximación a una interpretación procesal del artículo 80 del Código Civil</i> , por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	3059 a	3075

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Número 54 (septiembre-diciembre de 1985).

<i>La doctrina de la autocracia civilizadora o del gendarme necesario en la historia: político-institucional de América latina</i> , por MARCOS KAPLAN	899
<i>Acción estatal, norma y planificación nacional</i> , por FEDERICO REYES HERÓLES	937
<i>La decisión en el derecho y la tónica jurídica</i> , por GREGORIO ROBLES	951
<i>La sindicación bancaria</i> , por HÉCTOR SANTOS AZUELA	985

	<i>Págs.</i>
<i>Normas, Derecho y Estado (Biograma de la especie «homo»), por</i>	
ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN	1009
<i>Derecho económico y planeación en México, por JORGE WITKER ...</i>	1059
<i>El artículo primero del Decreto que reforma y adiciona diversas</i>	
<i>disposiciones relacionadas con el arrendamiento, por ALICIA</i>	
ELENA PÉREZ DUARTE Y NOROÑA	1081
<i>El Programa de Fomento Integral de las Exportaciones (PRO-</i>	
<i>FIEX), por JORGE WITKER</i>	1087

DOCUMENTACION JURIDICA

Ponencias y Comunicaciones presentadas en las «Jornadas sobre el Poder Judicial», celebradas durante los días 17 al 19 de abril de 1985 en el Centro de Estudios Constitucionales, núms. 45/46 (enero-junio 1985).

<i>Jueces ordinarios y Constitución, por JERÓNIMO AROZAMENA SIERRA.</i>	1
<i>Constitución, Ley Orgánica del Poder Judicial y Jueces ordinarios</i>	
<i>(Comunicación), por PABLO PÉREZ TREMPs</i>	21
<i>Organización de Juzgados y Tribunales, por ADOLFO CARRETERO</i>	
PÉREZ	43
<i>Organización del Poder Judicial y Comunidades Autónomas, por</i>	
IGNACIO DE OTTO Y PARDO	63
<i>La Organización del Poder Judicial: Poder Judicial y Comunidades</i>	
<i>Autónomas (Comunicación), por JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO ...</i>	85
<i>La función jurisdiccional y el status de Jueces y Magistrados, por</i>	
JUAN MONTERO AROCA	91
<i>Comunicación a la Ponencia sobre la función jurisdiccional y el</i>	
<i>status de los Jueces y Magistrados, por LORENZO MARTÍN-RETOR-</i>	
<i>TILLO BAQUER</i>	117
<i>El autogobierno del Poder Judicial: La situación en España, por</i>	
JUAN ANTONIO XIOL RÍUS	131
<i>L'Autogoverno del Potere Giudiziario in Italia, por ALESSANDRO</i>	
PIZZORUSSO	165
<i>El autogobierno del Poder Judicial, por HUBERT DALLE</i>	183
<i>La formación y selección del personal judicial, por CLEMENTE AU-</i>	
<i>GER LIÑÁN</i>	197
<i>Comunicación a la Ponencia sobre la formación y selección del</i>	
<i>personal judicial, por JOSÉ ALMAGRO NOSETE</i>	215
<i>El Ministerio Fiscal, por ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA ...</i>	225
<i>El Secretario Judicial en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder</i>	
<i>Judicial, por RICARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ</i>	241
<i>El Secretario Judicial en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder</i>	
<i>Judicial, por RICARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ</i>	241
<i>El Jurado y la Constitución, por VICENTE GIMENO SENDRA</i>	273
<i>Los españoles ante el juicio con Jurado, por JOSÉ JUAN TOHARIA.</i>	285
<i>La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Admi-</i>	

Págs.

<i>nistración de Justicia (el art. 121 de la Constitución y las bases de su desarrollo), por LUIS MARTÍN REBOLLO</i>	299
<i>La responsabilidad del Juez en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, por TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN</i>	337

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

Número 7 (enero-abril de 1986)

<i>Tecnologías de la información y Parlamento, por MIGUEL ANGEL AGÚNDEZ</i>	7 a	29
<i>Ley electoral y garantías judiciales, por FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO</i>	31 a	52
<i>Los decretos legislativos de las Comunidades Autónomas, por JUAN CARLOS DUQUE VILLANUEVA</i>	53 a	93
<i>Del pluralismo confesional al pluralismo religioso íntegro: Los límites al precio de igualdad religiosa, por RAMÓN SORIANO. 95 a</i>		157
<i>El recurso de amparo contra actos sin fuerza de ley de los órganos legislativos, por AURELIO GUAITA</i>	161 a	179
<i>Un apunte sobre jurisprudencia constitucional y Derecho parlamentario, por JOSÉ M.ª MORALES ARROYO y MIGUEL SÁNCHEZ. 181 a</i>		203
<i>Consideraciones en torno a la Teoría de la Justicia y a los derechos humanos, por IGNACIO ARA PINILLA</i>	205 a	232
<i>Materiales para el estudio de la legislación y jurisprudencia española, por RICARDO BLANCO CANALES</i>	279 a	316

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Julio-diciembre de 1985.

<i>Actas de notoriedad para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido y la inscripción de excesos de cabida, por ANGEL SANZ FERNÁNDEZ</i>	7
<i>La Oficina de Farmacia y el régimen económico del matrimonio, por MIGUEL CERDÁ OLMEDO</i>	63
<i>La cuestión sobre la mancomunidad o solidaridad de la responsabilidad por acto ilícito común en la jurisprudencia y en la doctrina españolas, por ANGEL CRISTÓBAL MONTES</i>	101
<i>Reconocimiento de sociedades extranjeras. Reconocimiento de sociedades en la Comunidad Económica Europea. Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968. Convenio de La Haya de 1 de junio de 1956, por RICARDO EGEA IBÁÑEZ</i>	161
<i>El concepto de explotación agraria en la Ley andaluza de reforma de 3 de julio de 1984, por JUAN B. JORDANO BAREA</i>	187

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Junio de 1986.

<i>Los derechos reales en la sistemática de Velez Sarsfield</i> , por J. L. DE LOS MOZOS	491 a	506
<i>Ley española de patentes</i> , por A. ELZABURU y M. A. BAS	507 a	522

Julio-agosto de 1986.

<i>La despatrimonialización del Derecho civil y la patrimonialidad de la prestación</i> , por A. MARTÍN PÉREZ	603 a	616
<i>El negativismo jurídico</i> , por P. NICOL	617 a	626
<i>El principio de la generalidad de la Ley y su influencia actual</i> , por A. STOCKER	627 a	630

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Mayo-junio de 1986.

<i>La ocupación ilegal del suelo rústico o el juego de una noche de verano</i> , por ROGER SÁNCHEZ DEL RÍO	13
<i>Una aproximación al objeto de los proyectos de obras y de los Planes municipales</i> , por ALBERTO VERA FERNÁNDEZ-SANZ	45
<i>La problemática de la valoración urbanística en la Ley del Suelo (continuación)</i> , por JOSEP ROCA CLADESA	77

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 3, de 1986.

<i>Reflexiones finales sobre el centenario del Código de Comercio</i> , por ANTONIO POLO	561
<i>La reserva de dominio en la venta de inmuebles</i> , por RAMÓN CASAS VALLES	605
<i>El abogado en ejercicio y la Constitución</i> , por TOMÁS GUI MORI	649
<i>La imprudencia punible tras la reforma de 1983 y de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial</i> , por HERNÁN HORMAZÁBAL MALAREE	685
<i>El derecho de rectificación en la Constitución Española</i> , por MARC CARRILLO	713

REVISTA NOTARIAL ARGENTINA

Número 881, de 1985.

<i>La previsión social del Notariado. Plánes comunes de intercambio de prestaciones</i> , por HORACIO ALBERTO FERRARI y CARLOS M. CARRASCO QUINTANA	663
<i>Nuevas formas de contratación. El tiempo compartido</i> , por MARCELA H. TRANCHINI DI MARCO	671
<i>Los tratados internacionales y la Constitución Nacional. Reflexiones para una futura reforma</i> , por ERNESTO J. REY CARO	693
<i>Forma de asentar la titularidad de dominio de los cónyuges</i> , por ZULMA A. DODDA y MARCELO N. FALBO	707
<i>Personalidad. Capacidad para ser socio. Sociedad irregular. Representación y administración. Disolución y liquidación. Sociedad de Responsabilidad Limitada. Sociedad Anónima</i> , por EDUARDO M. FAVIER DUBOIS	713

Número 882, de 1985.

<i>Facultades de las provincias en materia de tratados interjurisdiccionales</i> , por PEDRO J. FRÍAS	815
<i>El dominio fiduciario en los automotores</i> , por RAÚL R. GARCÍA CONI	847
<i>Facultades procesales del Notario en los procesos judiciales en los cuales ha sido requerida su intervención</i> , por NORMA E. CIURO DE CASTELLÓ y ELBA M. DE LOS ANGELES FRONTINI	855
<i>Patria potestad. Fundamentos filosóficos y tratamiento de la lege ferenda acerca de su régimen de ejercicio</i> , por CAMILO TALE.	865
<i>Presentación. La medida de no innovar frente a la escritura</i>	903
<i>Resolución Contencioso Registral</i> , núm. 40/85	903
<i>La medida cautelar de no innovar y el procedimiento inscriptorio en el Registro de la Propiedad</i> , por CARLOS ENRIQUE BISSO	907

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS
DE URUGUAY

Enero-junio de 1985.

<i>De la prestación</i> , por SAÚL D. CESTAU	13
<i>Las normas de Derecho internacional aplicables en la transmisión y en la partición de la herencia</i> , por DOELIA TERRA CORBO	65
<i>Sobre las excepciones causales en la ejecución cambiaria</i> , por ISAAC GORFINKIEL	102
<i>La excepción de espera en la ejecución cambiaria</i> , por TERESA G. GNAZZO	110

