

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LX • Enero - Febrero 1984 • Núm. 560

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. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Carifianos.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—Madrid-6.—Teléfono 411 26 28

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- «El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA 9
- «Algunas consideraciones en torno al Derecho de Propiedad Inmobiliaria», por RAFAEL ARNAIZ EGUREN 61
- «El control de legalidad y la publicidad en la fusión según la tercera Directriz (78/855/CEE) concerniente a la fusión interna de las sociedades por acciones. Dificultades que puede plantear una futura adecuación de nuestra legislación», por ADOLFO SEQUEIRA MARTÍN. 83

NOTAS:

- «Observaciones sobre la historia de los Oficios de Hipotecas en Cataluña (1768-1861)», por MARINA LÓPEZ y MERCÈ TATJER 131

DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES:

- «Dictamen sobre construcción en suelo ajeno por sociedades de *Leasing*, emitido a cargo de A., S. A.», por FRANCISCO JAVIER DíEZ MONTERO 153

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y sentencias:

- I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por ABELARDO GIL MARQUÉS 181
- II. Sentencias del Tribunal Supremo:
 - 1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ QUESADA SEGURA y FRANCISCO CASTRO LUCINI 197

LIBROS:

- «La propiedad de la tierra en Galicia, 1500-1936», de R. VILLARES, por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ 223

«Derecho civil español común y foral», de CASTÁN TOBEÑAS, por José MARÍA CHICO Y ORTIZ	225
«Estudios sobre Derecho Hipotecario», de JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	228
«Los elementos procomunales en la Propiedad Horizontal», de José POVEDA DÍAZ, por RAFAEL A. RIVAS TORRALBA	231
«Separación de bienes en el matrimonio», de REBOLLEDO VARELA, por José A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ	237
«Introducción al Derecho de la Publicidad», de M. SANTAELLA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	240
«Comentario a la Ley de contrato de seguro», de E. VERDERA TUELLS, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	244

ESTUDIOS

El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas

«La función calificadoradora tiene su órgano propio, que es el Registrador de la Propiedad.»
«El Registrador califica los títulos presentados a Registro con entera libertad e independencia, sin perjuicio de los recursos que puedan interponerse conforme a la ley contra su calificación» (ROCA SASTRE).

I. LA TESIS QUE SE DEFIENDE

Las cláusulas de interés variable en las hipotecas, tal como están redactadas actualmente, no son inscribibles en el Registro de la Propiedad. Por ello, procede denegar dichas cláusulas mientras no se establezca otra redacción, de acuerdo con los puntos que iremos viendo.

Esto lo impone el principio de calificación registral en sus dos vertientes: en la de calificación-control, así llamada porque vela por el control de legalidad de las operaciones de tráfico jurídico inmobiliario; y en la de calificación-creación, es decir, en su aspecto de dar entrada a nuevas situaciones ideando y proponiendo la fórmula o cauce jurídico adecuado para las mismas.

Manifestación de la calificación-control en este campo de la cláusula de interés variable es la denegación, impidiendo el acceso al Registro de una cláusula con tres fallos fundamentales: 1.º falta de tipo de referencia o criterio objetivo de la variación del interés. La objetividad es básica en Derecho; 2.º no configuración de la cláusula a modo de hipoteca de máximo y de seguridad con el consiguiente señalamiento de un máximo

de responsabilidad real hipotecaria, con efectos tanto entre partes como respecto a terceros; 3.º falta de precisión y claridad a la hora de configurar el contenido de la cláusula de interés variable, lo que es insostenible tratándose de un contrato que funciona en la práctica como contrato de adhesión.

Manifestación de la calificación-creación es admitir el acceso al Registro de esta nueva figura que impone la realidad económica y que es la cláusula de interés variable, pero ideando, creando, fórmulas y cauces jurídicos que den viabilidad legal a la misma, ante la ausencia de una normativa sobre ella.

Por tanto, admisión de la cláusula de interés variable, sí; pero denegación de inscripción de la misma tal como aparece actualmente redactada, por no adaptarse a los más elementales principios jurídicos.

No debe ser obstáculo a esa denegación el hecho de que hasta la fecha se hayan podido inscribir muchas de ellas. La calificación registral se produce en cada momento con autonomía, sin que la vinculen calificaciones anteriores del propio Registrador, según ha declarado la Dirección General de los Registros. Por otra parte, la explicación de ese posible acceso al Registro hasta la fecha es porque se parte de la doctrina del último Considerando de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de septiembre de 1972, que admite la cláusula de interés variable, pero en unos términos que nada tienen ya que ver con el deterioro progresivo en la redacción de los formularios de hipotecas de las entidades de crédito, que si bien en principio se ajustaban a la doctrina de la Resolución, poco a poco han ido separándose de ella, hasta llegar a soluciones insostenibles como las del presente, en que se dan los fallos que acabamos de apuntar y que se irán comentando en lo sucesivo.

Por otra parte, para dar una salida a las numerosas escrituras de hipoteca que ya están formalizadas y que puedan ir formalizándose en el futuro manteniendo esa errónea redacción, hasta que se reciban los criterios o directrices de lo que he llamado antes la «calificación-creación», los párrafos cuarto y quinto del artículo 434 del Reglamento Hipotecario reformado el 12 de noviembre de 1982 brindan la posible solución: practicar la inscripción de la hipoteca sin la cláusula de interés variable, con la conformidad del presentante (párrafo 4.º del art. 434) y con referencia exclusiva al tipo de interés inicial, haciéndolo constar en la nota al pie del título, por diferir de lo solicitado o pretendido en el documento (párrafo 5.º del art. 434).

En cuanto a las inscripciones ya practicadas de cláusulas de interés variable, están en principio bajo la salvaguardia de los Tribunales conforme al principio de legitimación, por lo que mientras no sean decla-

radas nulas, surtirán su efecto, sin desconocer que a la hora de plantearse su ejecución ante los Tribunales pueden aparecer problemas, sobre todo en el procedimiento judicial sumario, por no haberse configurado debidamente como hipotecas de máximo y no haberse previsto el documento acreditativo del interés exigible, a efectos de la ejecución.

II. FUNDAMENTO DE LAS CLAUSULAS DE INTERES VARIABLE: COMPARACION CON LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION

A pesar de que hay bastante conexión entre uno y otro tipo de cláusulas, el fundamento y finalidad de ambas son diferentes, y ello conviene apuntarlo desde el principio, si bien para decir en seguida, que, aunque una y otra cláusula sean diferentes, el fundamento de las limitaciones jurídicas que ha de tener una y otra son similares, sea por aplicación *a fortiori* o, para quien no admita la analogía, por aplicación directa de preceptos legales, que impide que la cláusula de interés variable entre el mundo jurídico tal como ha venido al mundo económico.

Las *cláusulas de estabilización* tratan de mantener la equivalencia de las prestaciones de las partes ante los riesgos de la depreciación monetaria. Hay un fundamento jurídico evidente, de *justicia conmutativa*: mantener la equivalencia de las prestaciones del contrato ante los problemas inflacionistas y de depreciación monetaria. Sin embargo, su admisión se ha producido lenta y trabajosamente, dado el principio nominalista que inspira el Código Civil y dado que, aunque producen una justicia parcial (en el contrato en cuestión) pueden contrastar con cierta injusticia general para el resto de los acreedores que no tuvieron la previsión de pactar la cláusula (así VALLET, *La antítesis inflación-justicia*). Lo cierto es que el Reglamento Hipotecario, en la reforma de 17 de marzo de 1959 las recogió en el número 3.º del artículo 219, si bien con la lógica cautela y prudencia de aquel tiempo y con importantes limitaciones, como son la imposición de determinados módulos objetivos, el señalamiento de unos topes de responsabilidad hipotecaria, la prohibición de que los intereses se apliquen sobre el capital ya estabilizado, etc. Hay quien criticó la reforma tachándola de tímida (ROCA SASTRE), pero no se olvide que ANTONIO HERNÁNDEZ GIL elogia las limitaciones con que se introdujo. Quizá en una futura reforma convenga revisar los topes y las clases de índices o módulos objetivos, pero siempre manteniendo la filosofía de las limitaciones, con objeto de evitar situaciones exorbitantes. Ciertamente que en la práctica no se ha usado apenas de las cláusulas de estabilización del capital en los préstamos hipotecarios, pero esto no puede llevar a la solución cómoda de

que es un artículo que no responde a la realidad y que se debe hacer caso omiso de él. El principio de legalidad impone la necesidad de atenerse al Reglamento mientras no sea reformado. Por tanto, si se presentase en el Registro una escritura de hipoteca con cláusula de estabilización del capital habría que aplicar el precepto y calificar esos importantes límites marcados reglamentariamente. Obsérvese, además, que era y sigue siendo una cuestión muy discutida en la doctrina y en la jurisprudencia, y de ahí la necesidad de cautela y prudencia. Pero, en definitiva, podemos decir que las cláusulas de estabilización del capital tienen abierto camino en el Reglamento Hipotecario y que su justificación jurídica es clara, partiendo de la necesidad de mantener la equivalencia o conmutatividad de las prestaciones, ante el fenómeno de la inflación o deflación.

Pero si las cláusulas de estabilización del capital tienen una fundamentación jurídica y una regulación legal, ¿qué decir de *las cláusulas de interés variable*? Buscaremos el posible fundamento.

Ante todo, hay que decir que dichas cláusulas aparecen relacionadas modernamente con los llamados «intereses preferenciales» de las entidades de crédito. En principio, no se configuran ni tratan de introducir como un medio de estabilizar las prestaciones de las partes, sino como un medio de dar salida a un problema meramente financiero y económico de tales entidades. Se trata de que éstas puedan mantener lo que se llama el «margen de explotación», o sea, el superávit o diferencia entre ingresos y gastos de dichas entidades, pues en otro caso, se dice que no podrían subsistir. Esta necesidad de superávit se explica por la función de «mediadoras» en el mercado financiero, que tienen las entidades de crédito. Efectivamente: las entidades reciben depósitos y dan intereses a cambio (operaciones pasivas); pero, por otro lado, también conceden préstamos recibiendo intereses de los prestatarios (operaciones activas). Gracias a los intereses que pagan los prestatarios se pueden atender los pagos de intereses a los depositantes y los múltiples gastos crecientes de las entidades. Y ocurre que la competencia del mercado financiero impulsa normalmente a la subida de los intereses que se dan a los depositantes, y como los depósitos suelen ser a plazo mucho más breve que los préstamos hipotecarios, se da la circunstancia de que los intereses de las operaciones pasivas aumentan —por la competencia y por la inflación— y, en cambio, los intereses de las operaciones activas (préstamos hipotecarios) se mantendrían invariables durante toda la vida contractual. La situación expuesta no es tan simple, pero da una idea aproximada del fundamento económico que, en definitiva, se persigue con la cláusula de interés variable: compensar los gastos de la entidad, para evitar una situación económica irreversible de la misma.

Por tanto, desde un punto de vista meramente económico, la cosa

está clara. Pero lo que no cabe es pretender conectar *jurídicamente* los patrimonios individuales de los prestatarios, entre sí, a través o con la disculpa de la función mediadora de las entidades de crédito. Porque, ¿qué conexión jurídica puede tener ese conjunto de patrimonios individuales? Desde el punto de vista jurídico de ambas partes del contrato, ¿por qué va a tener que variar el tipo de interés pactado en un determinado momento? Un prestatario concreto y determinado podría decir con razón que qué tiene que ver él con la masa de depositantes y con la masa de prestatarios. Para la entidad de crédito existe la justificación económico-financiera. Pero ¿y para el prestatario? Y es que el prestatario es el eterno olvidado cuando se estudia la cláusula de interés variable, a pesar de que puede ser el más afectado por la situación, por ser presumiblemente el menos potente de las partes.

En vista de lo que se acaba de decir, no hay más remedio que insistir en la búsqueda de una fundamentación jurídica de las cláusulas de interés variable, pues hasta ahora sólo se ha señalado una fundamentación parcial y economicista de la cláusula desde el punto de vista de la entidad financiera, y no desde la perspectiva jurídica, que ha de cubrir a ambas partes contratantes.

Para que se compruebe que soy partidario de las cláusulas de interés variable —con las limitaciones que se dirán—, entiendo que el fundamento jurídico puede encontrarse a través de estas dos vías conjuntas, si bien se señalan con precaución y cautela:

1.^a Con las cláusulas de interés variable se pretende mantener la equivalencia entre el dinero prestado (crédito) y el precio del mismo en cada momento de la vida contractual (períodos de interés). Así, en un préstamo con devolución a los veinte años, se trata de formar varios períodos de interés (anuales) en que se va pagando un interés equivalente al que en el mercado financiero se paga por los créditos, en tal momento y no en el momento inicial.

No obstante, para que este primer elemento de la fundamentación fuera totalmente correcto, sería necesario que quedara claro que el interés inicial —el de primer período— no se ha estipulado en consideración a un plazo largo del préstamo —de veinte años, por ejemplo—, sino que se ha hecho en condiciones inferiores, como corresponde a un período de menor duración y a las posibles variaciones pactadas.

Si esto no queda claro, todavía podía intentarse justificar la cláusula de interés variable, combinando esa idea de equivalencia periódica entre el crédito y su precio (interés), con la idea de la aleatoriedad, o sea, fundándola en un

2.^a Pacto o contrato aleatorio, en el sentido de que para mantener esa equivalencia se pacta, junto al tipo de interés inicial, un sistema que

suponga para ambas partes —y no para una sola—, a las posibles alza o baja, una variación con plena objetividad y claridad. La subida o bajada —la variación, pues, y no el aumento— depende de un mecanismo futuro e incierto, que es el precio que alcance el dinero en el mercado financiero en momentos sucesivos, a base de traducirlo en unos tipos de referencia objetivos y claros.

Con estas dos bases jurídicas se puede conseguir fundamentación a lo que en principio no era más que un problema económico de la entidad financiera. Pero el apoyo del Derecho impone unas lógicas servidumbres que ha de soportar la cláusula, pues los principios jurídicos claves, recogidos en preceptos legales, no pueden ser sobrepasados ni sorteados, bajo la disculpa de la situación económica de las entidades de crédito.

Estos principios jurídicos —que se obtienen del Derecho positivo, según veremos— y que la cláusula no puede sobrepasar son: 1.º la necesidad de *objetividad* del tipo de referencia, en base al cual se estipula la variabilidad; 2.º la fijación de un máximo de riesgo y de responsabilidad hipotecaria, entre partes y respecto a terceros; 3.º la necesidad de dar claridad y una concreta configuración a la cláusula de interés variable.

Estos mismos principios se aplican a las cláusulas de estabilización del capital, que es una figura similar, aunque diferente, a las cláusulas de interés variable. Téngase en cuenta que ambas se apoyan en el cambio de circunstancias (monetarias en el caso de la estabilización, y financieras en el caso del interés variable) y en ambos casos se pretende mantener una equivalencia de prestaciones. Por otra parte, no se puede olvidar que, en la práctica, las cláusulas de interés variable podrían llegar a encubrir o suponer —en ciertas circunstancias— una estabilización del interés, y entonces sí que habría que decir que son aplicables directamente los límites del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, pues no cabe obtener «vía interés variable» lo que estaría prohibido «vía estabilización». Sobre esta posible relación entre cláusula de estabilización y cláusula de interés variable, que no se puede minimizar, una vez hecha esa tajante diferenciación entre una y otra, desde el punto de vista conceptual, hay que citar en primer lugar a TIRSO CARRETERO, que dice: «Es cierto que, a primera vista, nada tiene que ver la cláusula de estabilización por escala móvil (valor trigo, etc.) con la de interés variable (con referencia a un tipo de interés oficial...) Pero modestamente opino —continúa TIRSO— que se trata de dos problemas que contemplados desde una perspectiva económico-jurídica y de política monetaria ofrecen cierta unidad sustancial, que debe conducir a una unidad de planteamiento y solución. Mientras el valor de la moneda presente grandes oscilaciones, como es el caso de la presente gran inflación, y, en cambio, los tipos

oficiales de interés tengan oscilaciones leves, como acontece por ahora en los países europeos (hablaba TIRSO en 1974), el pacto de interés variable no se estima peligroso por razones cuantitativas. Pero si pensamos en una acaso estabilidad monetaria conseguida precisamente a través de una muy enérgica política monetaria de grandes alteraciones del tipo oficial de interés, se produciría, naturalmente, una inversión de los problemas y la cláusula de interés variable pasaría al primer plano, viéndose entonces que era el mismo problema planteado en términos de la obligación accesorio de intereses en vez de en términos de la deuda capital, cosa nada extraña, por otra parte, pues el valor de un capital, en definitiva, parece que debe estar íntimamente relacionado con la renta capaz de producir» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1973, página 174).

No es que pretenda equiparar ambas cláusulas, sino que hago la cita para marcar una posible proximidad entre ellas.

No pretendo su identificación, entre otras cosas porque entonces la cláusula de interés variable estaría prohibida por el artículo 219 del Reglamento Hipotecario, y, sin embargo, no llegó a tanto. Me conformo con la aplicación analógica de ciertas limitaciones del artículo 219. Por otra parte, las limitaciones que he apuntado antes son aplicables fuera ya del contexto del citado artículo 219 del Reglamento Hipotecario, pues tienen su apoyo en otros preceptos que se irán viendo en lo sucesivo.

Por todo lo expuesto, y para concluir este epígrafe, la cláusula de interés variable, debe entrar en el mundo del Derecho y en el Registro de la Propiedad, con un ropaje jurídico adecuado, no como viene al mundo económico. Así entrará en el Registro «por la puerta grande», y no justificándola «por los efectos meramente económicos». Lo «meramente económico» para un profesional del Derecho tiene que ser insuficiente por sí mismo.

III. LA JURISPRUDENCIA, LA LEGISLACION Y LA DOCTRINA ANTE LA CLAUSULA DE INTERES VARIABLE

La única resolución hasta la fecha que se ha ocupado de la cláusula de interés variable es la de 12 de septiembre de 1972 en su último Considerando. Después de negar el acceso al Registro de una cláusula de estabilización del capital en supuestos de préstamo Ahorro-Vivienda, dada la finalidad social de esta clase de préstamos y «la finalidad social que es la propia de las Cajas de Ahorro, según sus leyes reguladoras», admite la inscripción de una cláusula de interés variable, que poco o nada tiene

que ver con las cláusulas que aparecen actualmente en la práctica diaria, diciendo lo siguiente:

«Considerando que respecto de la segunda y última de las cuestiones a tratar, y aceptada por el prestatario la posibilidad de que si se modifican los intereses de esta clase de préstamos por disposición ministerial serán estos nuevos los que se aplicarán a partir de la fecha de entrada en vigor, pues las disposiciones mencionadas no han impuesto la norma con carácter retroactivo a los préstamos ya formalizados, sino, por el contrario, con respeto del interés pactado, no cabe duda que producirá todos sus efectos entre las partes y que podrá ser inscrito sin que pueda sobrepasarse el máximo de responsabilidad hipotecaria señalada en la escritura de hipoteca, por ser una exigencia del principio de especialidad y de la necesidad del tercero de conocer exactamente esta circunstancia, que tanto puede afectarle».

Esta referencia en la resolución a la cláusula de interés variable ha permitido que hayan tenido acceso al Registro de la Propiedad múltiples cláusulas de interés variable, pero hay que observar lo siguiente: 1.º que se refiere a la modificación por disposición ministerial, que es un sistema totalmente objetivo, que nada tiene que ver con el actual mecanismo de los intereses preferenciales, dada la liberalización que hoy existe en el mercado financiero. Por tanto, se trata de una resolución que contempla un sistema de referencia OBJETIVO, OFICIAL Y PUBLICO, que es lo contrario de lo subjetivo y preferencial de las propias entidades que pactan el interés. 2.º Que exige la fijación de un máximo de «responsabilidad hipotecaria», y como esta responsabilidad «hipotecaria», es por consecuencia de la «hipoteca», y ésta es un derecho real que afecta a partes y a terceros, el máximo al que la resolución se quiere referir es un máximo sin distinción de partes y terceros. Una lectura superficial del «Considerando» ha hecho que algunos hagan decir a la resolución lo que no dice, a saber, que el «máximo es meramente respecto a terceros». Pero esto no lo dice la resolución, que se refiere al «máximo de responsabilidad hipotecaria», y sólo para explicarlo, alude a continuación al principio de especialidad (que no se olvide, es aplicable a «partes y a terceros», según la doctrina y la legislación) y, además, al conocimiento de los terceros de esa circunstancia, pero no es que afecte «sólo a terceros», ni mucho menos que esos terceros sean unos «terceros concretos», sino más bien todo el mundo, es decir, el *penitus extraneus* o sea, el sujeto pasivo universal típico de todo derecho real como es la hipoteca. También una precisión en el contenido de las servidumbres permitirá a los terceros conocer exactamente su perfil, y no por ello, el principio de especialidad deja de aplicarse también a las partes. Pero sobre todo esto volveremos después.

Ahora quería deshacer el equívoco que se ha creado en torno al escueto Considerando de esta resolución.

En definitiva, podemos concluir que, en base a esta resolución, se puede admitir la cláusula de interés variable, pero, al mismo tiempo hay que señalar que en base a esta resolución de ninguna manera pueden admitirse las cláusulas de intereses variables que circulan actualmente en la práctica, que nada tienen que ver con la que contempló la resolución.

Algunos autores se han ocupado, al comentar esta resolución, de las cláusulas de interés variable, pero dada la época en que escribían, en que no habían aparecido los intereses preferenciales, poco nos pueden decir de los problemas que ahora se plantean, y concretamente de las limitaciones jurídicas que deben tener estas cláusulas.

Así, por ejemplo, véase el comentario de TIRSO CARRETERO (lugar citado), que confiesa ser «insuficiente la doctrina de la resolución para determinar las verdaderas consecuencias de la admisión por el Registro de las cláusulas de interés variable», y que a pesar de caer en un cierto confusionismo respecto al máximo de responsabilidad por intereses, que entiende que es *erga omnes*, al final hay un poco de claridad —no la suficiente— cuando dice que «será necesaria una reelaboración doctrinal de los formularios para que no queden confundidos e interfiriéndose entre sí los dos topes de responsabilidad hipotecaria por intereses que juegan al admitirse la inscripción de una cláusula de interés variable: el tope temporal tradicional, fijado en años, y el nuevo, derivado de las fluctuaciones de tipo de interés, que debiera fijarse en puntos, y tanto hacia arriba como hacia abajo». Pero para haber dado en el clavo tendría que haber añadido que esos topes son totalmente diferentes en su naturaleza, y efectos, pues el del artículo 114, el temporal, es sólo respecto a terceros, y en cambio, el tope de cuantía por interés variable, al ser de máximo, es para partes y para terceros. Sobre esto insistiremos después.

Otro autor que se ha ocupado de estas cláusulas es JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, pero en este punto *aliquando dormitat Homerus*, porque, al hacer una distinción entre «partes» y «terceros», ha podido provocar cierto confusionismo en relación con el artículo 114, que nada tiene que ver con nuestro caso. Por otra parte, se escapan frases que aluden sólo a la «elevación», cuando, como es sabido, la validez de la cláusula exige estar al alza y a la baja. En fin, hay cierta mezcla a propósito de la cláusula de estabilización de capital y la cláusula de interés variable que yo he tratado antes de diferenciar y aproximar en cada aspecto concreto. (Pueden verse sus obras, *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, Madrid, 1978, págs. 264 y ss., y *Complemento al Derecho Hipotecario y su Legislación*, Madrid, 1974, págs. 291 y ss.) Ultimamente,

en el V Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Roma han presentado ponencias sobre el tema EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y ADOLFO AÑINO GARRIDO, aparte del propio JOSÉ MARÍA CHICO.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO se ocupa en general de la *Problemática registral de las cláusulas estabilizadoras de la hipoteca*, dedicando un epígrafe a «las cláusulas de estabilización y los intereses», en donde cita la Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de septiembre de 1972, y propugna que en una futura reforma reglamentaria se admita el principio de que el interés actúe sobre el capital nominal corregido por los índices estabilizadores y que se moderen oficialmente los puntos de interés aplicable. Además, se adhiere a la opinión de TIRSO CARRETERO en el sentido de que tanto las cláusulas estabilizadoras del capital como las de los intereses tratan de solventar el mismo problema, aunque obedezcan a enfoques distintos, que es el problema de incrementar la renta del capital prestado con garantía hipotecaria.

Por su parte, ADOLFO AÑINO GARRIDO, dentro de un estudio mucho más amplio titulado *Aspectos financieros del Derecho real de la hipoteca. Las garantías jurídicas del mantenimiento del valor económico del inmueble hipotecado y del crédito garantizado. La movilización de los créditos hipotecarios*, dedica un epígrafe a las cláusulas de interés variable, con referencia a la Orden ministerial de 17 de enero de 1981 y a la Circular del Banco de España de 24 de febrero de 1981. Hace una crítica interesante a la norma tercera de esta Circular, respecto al preferencial de la propia entidad como tipo de referencia, diciendo: «La circunstancia de la generalidad de estos intereses —en el sentido de que la entidad de crédito los aplica a todos sus clientes— no los priva de su carácter subjetivo, en el sentido de que dependen de la voluntad o arbitrio de una de las partes del contrato (confróntese art. 1.256 del Código Civil)». Quizá falte cierta contundencia frente a la Circular, pues en mi opinión, según se dice después, no puede considerarse norma coactiva para los prestatarios. También se echa de menos una diferenciación de la cláusula de interés variable respecto al supuesto del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, acerca de lo cual hablaré más adelante.

En cuanto a la legislación mencionaré algunas disposiciones recientes que se han ocupado de la cláusula de interés variable.

Así, la Orden del Ministerio de Economía de 17 de enero de 1981 alude a la figura que estamos estudiando, diciendo lo siguiente: «En los préstamos o créditos a tipo de interés variable que concierten las entidades de depósito deberá pactarse un tipo de interés de referencia y establecerse cláusulas de rescisión de las operaciones en función de la alteración de los tipos y condiciones de los mercados que permitan a cualquiera de las partes una ordenada gestión financiera». Tenemos, por tan-

to, dos requisitos, ya de entrada en los contratos de préstamo a tipo de interés variable: 1.º pactar un tipo de referencia; 2.º pactar cláusula de rescisión.

Naturalmente, deben cumplirse los preceptos legales existentes, pues no basta señalar sin más un tipo de referencia, sino que éste ha de ser objetivo, y por otra parte han de cumplirse las normas de la legislación hipotecaria en relación con la figura adecuada para garantizar tales préstamos, que como veremos es la hipoteca de seguridad. Pero, al menos, hay ya una disposición, si bien de inferior rango, que contempla las cláusulas de interés variable.

La citada Orden ministerial hizo una delegación a favor del Banco de España facultándole para «dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de la presente Orden, y en particular para: a) determinar la forma en que se publicarán los tipos preferenciales mencionados en el número segundo, e inferiores y superiores mencionados en el número noveno párrafo 4.º; b) establecer los criterios a que se someterán los contratos de préstamos y créditos a tipo variable dentro de lo dispuesto en el número tercero.

En cumplimiento de esta delegación de facultades, el Banco de España ha dictado, en relación con el interés variable, la Circular 12 de 1981, de 24 de febrero, que contiene una serie de puntualizaciones a propósito del tema, según se verá, pero ya de entrada hay que advertir lo siguiente: 1.º que si bien se trata de instrucciones que son obligatorias para las entidades de crédito, no tienen efectos civiles pues no vinculan a los prestatarios, ya que no se dirigen a ellos, ni han sido publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*; 2.º que el contenido de dicha Circular ha de entenderse sometido, en todo caso, a la jerarquía normativa y concretamente, por lo que se refiere a los préstamos hipotecarios, a la superior jerarquía resultante del Código Civil y de la legislación hipotecaria; 3.º que aparte de lo anterior, dicha Circular contiene una serie de normas que —salvo en lo relativo al preferencial de la propia entidad— pueden ser aceptadas como criterios racionales a tener en cuenta en la estructuración de la cláusula de interés variable, pero no porque lo diga la Circular —que ya se ha dicho no tiene efectos vinculantes para el prestatario— sino por lo razonable y equitativo de sus soluciones, que pueden ser aplicadas para dar una regulación adecuada a la cláusula, si son asumidas por las partes contratantes al estructurar este contrato atípico que implica la misma.

IV. TERMINOLOGIA EN LA CLAUSULA DE INTERES VARIABLE

Cuando la cláusula de interés variable era del estilo de las que contemplaba la Resolución de 12 de septiembre de 1972 no se necesitaba conocer ninguna terminología especial. Pero a la vista de la redacción actualmente existente, se impone precisar una serie de términos:

Interés inicial: es el que se fija en el momento de otorgar el contrato, que a lo largo de la vía del préstamo será objeto de variación (*interés variable*).

Tipo de referencia: es el módulo que se tiene en cuenta para la variación del interés en cada período.

Interés preferencial: es el que la propia entidad u otras entidades conceden respecto a clientes de trato preferente. En la práctica actual ese interés preferencial se pretende que sea tipo de referencia. Pero como el tipo de referencia, según veremos, ha de ser objetivo, lo procedente es que el preferencial sea el de otras entidades (una media de ellas) distintas de la contratante. También hay otros posibles tipos de referencia (el de emisiones de cédulas, bonos, etc.).

Diferencial: es la diferencia de puntos que en el momento de celebrar el contrato existe entre el interés inicial pactado y el interés de referencia. Este diferencial debe permanecer invariable durante toda la vida del préstamo, según veremos. Por ejemplo, siendo el tipo de referencia un 15 por 100, y el tipo inicial pactado el 17 por 100, el diferencial es 2 puntos. Las variaciones se calculan sumando 2 puntos al tipo de referencia en un momento dado, lo que nos dará el interés resultante de la variación, que puede ser por encima o por debajo del inicial.

Período de interés: es el período durante el cual el tipo de interés permanece invariable, y normalmente es un año. Pasado este año, y para el siguiente período de interés, se producirá la variación correspondiente. Por ello, dentro del plazo del préstamo (por ejemplo, diez años), pueden existir varios períodos de interés, a efectos de la cláusula de variación (por ejemplo, diez períodos de un año cada uno), y en cada período, el interés variará atendiendo a la variación del tipo de referencia más los puntos del diferencial.

Extraña terminología toda esta para el jurista, pero que ha de aceptar si quiere profundizar en la cláusula de interés variable. Más extraña todavía puede serlo para la masa de prestatarios, pero de esto se hablará más adelante, a propósito de la necesidad de dar claridad a la cláusula.

A esa terminología, podría añadirse alguna otra modalidad, más familiar para el hipotecarista, pero sólo para decir lo siguiente:

Máximo de responsabilidad hipotecaria: es la cantidad máxima de que responde la finca en las hipotecas de seguridad y que se aplica tanto a las partes como a terceros, sin hacer distinción entre ambos, pues es una cuestión de esencia del derecho real de hipoteca.

Tercero: figura discutidísima que estudian en profundidad los hipotecaristas, que emplean los preceptos legales y que no deben emplear nunca los contratantes fuera del contexto en que están empleados en los textos legales, y mucho menos en las hipotecas de máximo, que nada tienen que ver con la distinción entre partes y terceros, según se verá.

V. NECESIDAD DE QUE EL TIPO DE REFERENCIA SEA OBJETIVO

El primero de los requisitos que ha de reunir la cláusula de interés variable para que pueda ser inscrita en el Registro de la Propiedad es la OBJETIVIDAD del tipo de referencia, de modo que ninguna de las partes del contrato y mucho menos la entidad financiera, pueda decidir, influir, controlar o intervenir en esta cuestión.

La OBJETIVIDAD del tipo de referencia va unida al requisito que nadie discute de que la variación puede ser por aumento o disminución del interés. Si el tipo de referencia no es objetivo, hay base para pensar que la disminución del interés no se producirá nunca o que una parte tiene en su poder armas suficientes para que esa disminución no se produzca.

Hasta tal punto es importante la necesidad de la objetividad en Derecho, que es conocida la frase de que «nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo», de tal modo que, una cláusula de un contrato de préstamo, que, por cierto es un contrato en que siempre debe extremarse la precaución, en cuya cláusula se atentara contra la objetividad, podría decirse que atenta contra el artículo 1.255 del Código Civil.

La objetividad en esta materia es un principio general del Derecho, que viene recogido expresamente en nuestro Código Civil en el artículo 1.256, cuando dice que «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Dejemos de momento el problema de la «validez» y centrémonos en el «cumplimiento». El cumplimiento es la realización de las prestaciones en que la obligación consiste, y en el presente caso, el contenido de la presta-

ción, el pago de interés, no puede quedar al arbitrio de la parte prestamista.

Pues bien, en la práctica actual no se cumple el requisito de la objetividad, según se indica a continuación.

Necesidad de excluir el preferencial de la propia entidad financiera, como tipo de referencia

Ya hemos visto que el tipo preferencial es el que libremente pueden señalar las entidades respecto a clientes que considera preferentes. Dado el actual sistema de liberalización de los tipos de interés, las entidades pueden fijar libremente los tipos. Ciertamente existen una serie de condicionamientos que influyen en esa fijación, pero la decisión final corresponde en definitiva a la entidad que puede señalar en cada momento el interés preferencial que estime conveniente.

Pues bien, a pesar de esto, se suele pactar en la cláusula de interés variable que el tipo de referencia es el preferencial de la propia entidad, realizándose la fijación del tipo inicial de interés a base de señalar un diferencial respecto a ese preferencial, y según varíe este preferencial manteniendo el mismo diferencial, variará el interés en el futuro.

Desde un punto de vista meramente económico de la entidad financiera es perfectamente lógico que se quiera acudir al interés preferencial de la propia entidad, pues con ello consigue un mayor control de la situación para mantener su propia situación financiera.

Pero ya se ha dicho antes que la fundamentación jurídica no puede partir de esa mera perspectiva económica que sólo tiene en cuenta a una de las partes del contrato y no a la otra.

Por todo ello, el citado pacto va en primer lugar contra el artículo 1.255 del Código Civil, y además, contra el artículo 1.256 del mismo Código, ya que un aspecto esencial del contrato (el interés del préstamo, el precio del crédito) quedaría sometido al arbitrio de una posible decisión unilateral de la parte prestamista. El pacto va también contra el artículo 1.449 del Código aplicable por analogía a nuestro caso, y que dice que «el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». La analogía es clara, pues el interés viene a ser «el precio del crédito».

Frente a todo esto, no puede alegarse que la Circular del Banco de España, número 12 de 1981, de 24 de febrero, permite utilizar a estos efectos, el preferencial de la propia entidad, y ello por lo siguiente: 1.º la norma tercera de la Circular dice claramente que «el tipo de interés de referencia que se especifique en el contrato deberá ser *objetivo*», y sólo

después de decir esto «recomienda» la utilización de alguno de los tipos que señala, entre los cuales está «el preferencial de la entidad para operaciones de crédito o préstamo de plazo similar al período de interés». Para evitar la contradicción entre la necesidad de «objetividad» que señala la Circular y la recomendación de usar una serie de tipos, hay que llegar a la conclusión de que ese preferencial «de la entidad» tiene que ser, aunque no lo diga la Circular, el preferencial de la entidad que se tome como referencia, que por razones de objetividad no puede ser la misma entidad; 2.º más decisivo es entender que la Circular no es norma vinculante para el prestatario, al no tener efectos civiles, no dirigirse a dar normas al público y sobre todo, por no haber sido publicada en el *Boletín Oficial del Estado*; 3.º y más decisivo todavía es el principio general de jerarquía normativa: una Circular, aunque fuera tajante en su redacción, que no lo es, no podría ir nunca en contra de una ley superior como es el Código Civil, según sus artículos 1.255, 1.256 y 1.449.

Tampoco puede alegarse frente a la aplicación del Código Civil que la entidad prestamista no es juez y parte en la elección contractual de su propio tipo preferencial como tipo de referencia en una operación determinada, porque ese preferencial lo aplica a todos sus clientes, es decir, está revestido de generalidad. Pero «esta generalidad» lo que hace en mi opinión es apoyar la tesis de que el tipo de referencia no puede ser el preferencial de la propia entidad, pues precisamente al producirse esa contratación en masa y quedar afectados una multiplicidad de prestatarios, es cuando se dan las notas típicas del contrato de adhesión, cuyos efectos hay que examinar con cautela, y es por tal generalidad cuando puede producirse un mayor interés de la entidad prestamista en controlar una situación que puede dar lugar a la existencia de unos grandes números desde su perspectiva financiera.

No vale tampoco hablar de que el poder económico se ha de poner al servicio de sus clientes y que las entidades no quieren ni podrían abusar de ese poder, pues aun no dudando de ninguna manera de que esto sea así, al Registrador de la Propiedad lo que le interesa no son las buenas palabras o las buenas acciones, sino que en los documentos que tiene a la vista para calificar no aparezca ninguna cláusula cuya literalidad sea contraria al Código Civil, sin entrar en el problema de si *a posteriori* la entidad prestamista utilizará o no el arma que tiene en su poder. Lo importante, a efectos de la calificación registral, es que no se tengan armas, como lo importante, a efectos de una intervención judicial, en caso contrario, es que no se usen.

Tampoco es convincente para el Registrador que se diga que todas las entidades financieras están obligadas a informar periódicamente de sus tipos preferenciales al Banco de España, y éste, una vez

analizada la información, con respecto a sus costes, ingresos y otros datos del balance y fundándose, además, en el conocimiento que tiene acerca de la situación y evolución de los distintos mercados financieros del país, puede perfectamente encargarse, y de hecho así lo hace, del control y vigilancia de los tipos de referencia utilizados y también publicados por aquellas entidades. Pero a efectos civiles de calificación de la validez de la cláusula esto no interesa, pues aparte del control que pueda ejercer el Banco de España y de las sanciones y actuaciones que pueda realizar, a efectos civiles, el control de la cláusula en el tráfico jurídico inmobiliario corresponde al Registrador de la Propiedad, dada su función cautelar tendente a evitar situaciones irregulares.

Por todo ello, una de las conclusiones del estudio que hizo una Comisión de Registradores del Centro de Estudios Hipotecarios de la Delegación de Cataluña, a propósito de las cláusulas de interés variable, formada por FRANCISCO PÉREZ DE LA CRUZ, FRANCISCO ROGER MATA LLANA, JORGE SALAZAR y yo mismo, fue la que dice así:

«Ha de cumplirse lo dispuesto en los artículos 1.256 y 1.449 del Código Civil. El criterio de determinación del interés no puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes. Consecuencia de esto es que no es inscribible la cláusula en que el tipo de referencia es el preferencial de la propia entidad prestamista. Ciertamente que en la determinación de este preferencial operan condiciones del mercado financiero, pero esto no es suficiente para mantener la objetividad del criterio, pues en alguna medida interviene la entidad prestamista, y esto es suficiente para la aplicación de esos preceptos, sobre todo tratándose de cláusulas que operan en la práctica a modo de contrato de adhesión, en que la interpretación ha de ser restrictiva. Ciertamente también que la Circular 12/1981, de 24 de febrero, del Banco de España, incluye entre los que recomienda el tipo de interés preferencial, pero a efectos hipotecarios, la calificación registral ha de partir de la aplicación preferente del Código Civil. Por tanto, ha de estipularse un tipo de interés de referencia totalmente objetivo».

Deben también excluirse otros tipos de referencia subjetivos

Por las mismas razones que se acaban de indicar tampoco cabe que se señale como tipo de referencia el interés retributivo que la entidad aplique a los depósitos de ahorro, o el tipo de los bonos o cédulas emitidos por la propia entidad, pues en todos estos casos, la decisión final sobre el interés se monopoliza en la entidad prestamista, con olvido absoluto de la parte prestataria, amparada por los preceptos ya señalados.

Posibilidad de pactar como tipo de referencia la media de preferenciales de otras entidades

Si se pacta como tipo de referencia el que en un momento dado sea la media de los intereses preferenciales de cuatro o tres Bancos por ejemplo, siendo todos ellos distintos de la entidad prestamista, la objetividad se consigue, pues ella no decide esos tipos preferenciales.

Ahora bien, hay que hacer también algunas puntualizaciones: 1.^a no cabe aludir sin más, a los tres o cuatro grandes Bancos, sino que hay que especificar de qué Bancos se trata, pues lo otro es un criterio impreciso que no puede reflejarse en una inscripción; 2.^a hay que especificar el diferencial actual —en el momento del contrato— respecto a ese promedio; 3.^a hay que *acreditar* y no sólo especificar ese promedio de preferenciales, no ya sólo en el momento de la ejecución, según veremos después, sino en el momento mismo de otorgar la escritura de hipoteca, ya que al ser un promedio, es de difícil conocimiento por los prestatarios, y para subsanar esta oscuridad debería unirse a la escritura sendas certificaciones de los Bancos de referencia o certificación del Consejo Superior Bancario o de la Confederación de Cajas de Ahorro o del Banco de España; 4.^a debe procurarse un amplio abanico en las entidades que se tomen como referencia. Quiero decir que sería conveniente, si se está ante una Caja de Ahorros, que no se utilizasen como preferenciales de referencia, los de otras Cajas, pues subsiste la cuestión de la imparcialidad u objetividad del criterio, apuntándose la posibilidad de utilizar entonces los preferenciales de los Bancos. De todos modos este es un punto discutible, y hay que reconocer que la Comisión de Registradores antes citada, señaló que «a título de ejemplo, podría admitirse la media de los preferenciales de otras tres entidades específicamente señaladas», sin hacer distinciones sobre el problema que estoy apuntando.

También cabría utilizar como tipo de referencia el del mercado interbancario (MIBOR) o el rendimiento de las obligaciones privadas, siempre que tengan una publicación adecuada.

La utilización del preferencial de la propia entidad como tipo de referencia alternativo, no único, y sus dificultades

Alguna entidad ha pretendido obviar en la práctica el problema del artículo 1.256 del Código Civil, estipulando que el tipo de interés de referencia será el preferencial de la propia Caja, siempre que sea inferior al promedio del de los cuatro Bancos que señala. Con este condicionamiento de que ha de ser *inferior* al tipo *objetivo*, parece que

se obvia el problema del 1.256, pues parece que ya no queda al arbitrio de la parte prestamista, que en todo caso se somete a la objetividad de los preferenciales de otros Bancos.

Ahora bien, tengo que decir que se trata de una mera apariencia de objetividad, pues a poco que se estudie la cláusula se verá que no es así, sino que tiene todavía más fallos al intentar escaparse del artículo 1.256 sin conseguirlo.

Ante todo, veamos lo que dice esa cláusula: «a) Desde hoy hasta el último día del año natural siguiente al presente, el tipo de interés será de ... por 100 anual, resultante de incrementar en ... puntos el "tipo de interés preferencial" publicado por la Entidad en los tabloneros de anuncios de todas sus oficinas, conforme a la Circular 13/81 del Banco de España, para operaciones de crédito a TRES AÑOS, que se tomará como interés de referencia y que el día de hoy es del ... por 100 anual. b) Para cada uno de los años naturales de vigencia del préstamo siguientes al plazo señalado en la letra a) precedente, el tipo de interés a aplicar será el resultante de incrementar con el citado diferencial de ... puntos el que sea inferior entre los dos siguientes: 1. El preferencial expresado en la letra a) precedente. 2. El promedio de los tipos de interés preferencial para operaciones de crédito a tres años, publicados por los Bancos (señala cuatro), que se denominarán, a efectos de este contrato, como Bancos de referencia».

El error de esta cláusula está en que, pactando dos posibles tipos de referencia alternativos (el de la propia Caja y el promedio de los cuatro Bancos), no obstante sólo señala un diferencial, y lo hace en relación con el preferencial actual de la propia Caja, olvidándose totalmente del diferencial de los Bancos, cosa importantísima pues como normalmente los tipos de interés de los Bancos son superiores a los de las Cajas —al menos actualmente, en el momento de la firma de los contratos en cuestión—, el diferencial entre el tipo inicial pactado y el del promedio actual de los Bancos será inferior al de la Caja, y en la práctica actual, llega a ser incluso negativo. Y como en la cláusula se señala un único diferencial (el de la Caja) y ese diferencial es el que hay que sumar a los tipos de referencia alternativamente previstos, el resultado de la comparación de ambos tipos será siempre favorable a la Caja.

En definitiva, hay en la cláusula dos fallos muy concretos:

1.º Pretende comparar intereses de la Caja con los intereses de los Bancos comerciales. Todo el mundo sabe, por la práctica actual, que los intereses de las Cajas son siempre inferiores a los de los Bancos, pues se trata de entidades totalmente diferentes en su naturaleza, finalidad y funcionamiento, que no se pueden comparar en cuanto a diferenciales. El

resultado de una comparación siempre tiene que ser el de salir como inferior el tipo preferencial de la propia Caja. Ahora bien: de lo que se trataba era de evitar que jugara como único el preferencial de la propia Caja, por entender que ello iba en contra del artículo 1.256, y resulta que con el sistema propuesto en esa cláusula, el preferencial de la Caja actuará siempre como único.

2.º El fallo de prever un único diferencial. Pondremos un ejemplo: supongamos que se pacta como tipo de interés inicial el 17 por 100, que se dice obedece a un diferencial de dos puntos respecto al preferencial de la propia Caja, que en el momento del contrato es del 15 por 100. Por tanto, se pacta un único diferencial —dos puntos— atendiendo solamente al preferencial de la propia Caja. Nada se nos dice en el momento inicial del contrato, del promedio preferencial de los cuatro Bancos que luego se toman como referencia, ni de su diferencial respecto al tipo inicialmente pactado. Pero debería especificarse el diferencial respecto a los Bancos, para dejar claro el contrasentido de la cláusula, pues tengo entendido que el promedio de preferencial de los Bancos es actualmente algo superior al 17 por 100, es decir, un 17,25 por 100, con lo cual sería superior al tipo inicial pactado, y consiguiente su diferencial sería negativo, de —0,25 puntos, frente al + 2 puntos de diferencial de la Caja. Ahora bien, para obtener la variación del interés, se dice en la cláusula que hay que sumar el diferencial de 2 puntos (el de la Caja) tanto al futuro preferencial de la Caja como al futuro preferencial del promedio de Bancos, cuando lo que debería hacerse es sumar ese diferencial de 2 puntos al preferencial de la propia Caja y, aparte, restar el diferencial de 0,25 (negativo) del promedio de Bancos, y sólo de esta manera, comparar los dos resultantes para ver entonces si es inferior el de la Caja. De otro modo, tal como está redactada la cláusula, al sumar en ambos casos el diferencial de los dos puntos, la diferencia entre Caja y Bancos de referencia se haya ya insalvable, con el contrasentido de aplicar el diferencial que se obtuvo de uno de los elementos de la comparación, al otro elemento, que tiene un diferencial distinto y hasta negativo, en el caso imaginado.

Todo esto es muy complicado para el interesado y resta claridad a la cláusula, y por ello, lo mejor es prescindir simplemente de este criterio alternativo, utilizando un único criterio objetivo sin hacer entrar para nada, ni siquiera como inferior, el preferencial de la propia Caja. Pero lo que he querido demostrar es que tal como está redactada la cláusula, se infringe encubierta, pero claramente el artículo 1.256 del Código Civil, pues siempre prevalecerá el preferencial de la propia Caja en la práctica. Y por ello, caben dos soluciones: 1.ª Prescindir lisa y llanamente del preferencial de la propia Caja, que es la solución ideal, a la

vista del artículo 1.256; 2.^a Señalar claramente los respectivos diferenciales de los dos elementos de comparación y no uno sólo, pero la claridad en este punto sería casi imposible, por lo que es mejor desistir en cualquier caso del sistema de comparación o alternativa de módulos.

El tipo de referencia de la propia Entidad no puede pactarse tampoco como tipo sustitutivo, en defecto de otros

Después examinaremos más detenidamente el problema de los intereses sustitutivos. Lo que ahora simplemente quiero decir es que si se eliminan los tipos de referencia en que puede actuar el arbitrio de la propia entidad (sea su preferencial o el tipo de emisiones de sus propias Cédulas o bonos, o el tipo de interés de sus certificados de depósito) por ir contra el artículo 1.256 del Código Civil, esa eliminación ha de hacerse tanto respecto a los tipos de referencia que se pacten en primer lugar, como respecto a los llamados tipos de referencia sustitutivos que habrían de operar en defecto de los primeros.

Con esto, aunque no se da solución total al problema de los intereses sustitutivos, al menos se resuelve en parte la cuestión, pues ya no podrán ser utilizados muchos de ellos, como se hace actualmente en la práctica. Hay que tener en cuenta que los tipos de referencia sustitutivos enturbian enormemente la cláusula, pero de ello ya me ocuparé más adelante, al hablar de la figura de los contratos de adhesión.

VI. EL REQUISITO DE LA FIJACION DE UN MAXIMO DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA ENTRE PARTES Y RESPECTO A TERCEROS

Este es el segundo de los requisitos de la cláusula de interés variable. En la práctica se viene observando una distinción improcedente entre partes y terceros, aplicando la cantidad máxima sólo respecto a terceros, por mera comodidad en la referencia al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, sin pararse a pensar que este artículo nada tiene que ver con la cláusula de interés variable.

La solución que dio la Comisión de Estudios del Centro de Cataluña

Para destacar ya desde el principio cuál es mi opinión en este punto, indico a continuación la solución dada por dicha Comisión, de la que como ya he indicado formamos parte cuatro Registradores de Cataluña:

«Configuración de la cláusula de interés variable dentro de la figura de la hipoteca de máximo. Hipotecas de máximo son aquellas que garantizan el cumplimiento de obligaciones indeterminadas en su existencia o en su cuantía. En este caso, la variabilidad del interés implica que estemos ante una obligación indeterminada en su cuantía. En estos casos, puede aplicarse por analogía la regla general del artículo 153 de la Ley Hipotecaria sobre hipotecas en garantía de cuentas corrientes, y puede compararse, a modo de ejemplo, con la hipoteca... en garantía de cláusula de estabilización de capital del artículo 219-3.º del Reglamento Hipotecario (olvido ahora la hipoteca de costas por sus implicaciones procesales que la hacen muy diferente a todas). En todos estos casos, el máximo de responsabilidad hipotecaria no se fija exclusivamente para terceros, sino que también opera *inter partes*. O sea, que en las hipotecas de máximo, no cabe la diferenciación entre partes y terceros. Los procedimientos de ejecución hipotecaria sólo pueden aplicarse hasta el máximo pactado, aun en el supuesto de pretenderse la ejecución contra la parte prestataria, sin existir terceros.»

«Por tanto —seguida la Comisión—, no es inscribible la diferenciación entre partes y terceros que pudiera hacerse a propósito del interés variable. La inscripción del máximo no puede referirse sólo a terceros, sino que ha de fijarse, a todos los efectos de la hipoteca, es decir, con efecto también entre partes.»

«Distinto problema —añade la Comisión— es el de si, *a efectos exclusivos del préstamo*, cabe dejar ilimitada la cantidad. Pero, por una parte, esto no interesa a la hipoteca, cuya inscripción es constitutiva, tanto para terceros como para las partes. Y por otro lado, podría discutirse —aunque no se entra en ello— la admisibilidad de un préstamo con interés variable sin previsión alguna de tope de responsabilidad «*inter partes*». Alguna opinión deduce que se raya en la figura de la aleatoriedad contractual, en que la tipificación del riesgo que se asume parece concordar con la teoría de la causa del negocio jurídico y con la necesidad de evitar excesivas incertidumbres en negocios atípicos con alguna nota de contratos de adhesión.»

«Consecuencia también de la configuración del supuesto como hipoteca de máximo —terminaba la Comisión— es que, a efectos de la utilización del procedimiento judicial sumario, ha de pactarse un sistema para la determinación de la cuantía en el momento de la ejecución. Podría pensarse en un documento acreditativo de la media de intereses preferenciales de otras entidades (¿Certificación de la Confederación de Cajas? ¿Certificación del Consejo Superior Bancario? ¿Certificación del Banco de España...?)»

Hasta aquí la conclusión de la Comisión del Seminario de Derecho Hipotecario de Cataluña.

A partir de ahora se refuerzan esas conclusiones.

La cláusula de interés variable implica hipoteca de máximo y este máximo es entre las partes y respecto a terceros, sin distinción

Nadie discutirá que la cláusula implica una obligación indeterminada en su cuantía, que depende de la incertidumbre de la situación económica y, en concreto, del tipo de referencia. Por eso se trata de una hipoteca de máximo, que es una de las clases de hipoteca de seguridad. ROCA SASTRE define la hipoteca de máximo diciendo que «es la que se constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios». Esa indeterminación de cuantía de la cláusula de interés variable impone la configuración del supuesto como hipoteca de máximo. Así lo entiende también TIRSO CARRETERO al comentar la Resolución antes citada de 12 de septiembre de 1972, diciendo: «Si la intención del considerando es la que nos imaginamos —dice TIRSO— la cifra global fijada pasa a ser el máximo de garantía de una hipoteca de seguridad con indeterminación del crédito, que habrá de ser determinado en su día mediante el cálculo de los intereses correspondientes a cada período con tipo distinto ministerialmente fijado» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1973, pág. 177).

Una vez sentado que estamos ante una hipoteca de máximo, pasamos al segundo punto, que es el de la necesidad de que ese máximo se aplique sin distinguir entre partes y terceros, a efectos de la hipoteca.

Hay que partir del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, que es fundamental en materia de hipotecas: «Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación garantizada y el de los intereses si se hubieran estipulado». Olvidemos por un momento el artículo 114 —luego nos ocuparemos de él— y meditemos en esta regla general del artículo 12. Pues bien, cuando el precepto alude al «importe de la obligación garantizada» la fijación que exige no es sólo para terceros, sino que es entre partes y terceros sin distinción. En las hipotecas ordinarias o de tráfico esto es así, sin ningún problema. En las hipotecas de máximo, como el importe de la obligación es indeterminado hay que fijar un máximo, pero tal máximo cumple la misma función que «el importe de la obligación garantizada del artículo 12», porque es el importe máximo de «responsabilidad real o hipotecaria de la finca», respecto a lo cual es indife-

rente que se trate de partes o de terceros. Es a todos los efectos y no «a efectos meramente hipotecarios respecto de terceros» como dicen sin excepción las cláusulas de interés variable que circulan actualmente en la práctica. Y es que se olvida que la hipoteca de máximo se identifica con la hipoteca ordinaria precisamente en ese aspecto de la cuantía máxima, que cumple el mismo objetivo que la «cantidad garantizada» en el caso de hipoteca ordinaria. Al fijarse el máximo, lo que estaba indeterminado, se determina o precisa y se pone en paralelo con la hipoteca ordinaria. Por tanto, si en la hipoteca ordinaria nadie discute que la cifra de responsabilidad del capital hay que fijarla entre partes y para terceros sin distinción (insistimos en que el problema del artículo 114 es diferente y de él nos ocuparemos después), en la hipoteca de máximo la cuantía es también entre partes y para terceros.

*En los prototipos de hipotecas de máximo admitidos legalmente
no hay distinción entre partes y terceros*

El caso más típico es el de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, a que se refiere el artículo 153 de la Ley Hipotecaria y que la jurisprudencia y la doctrina consideran como el modelo a tener en cuenta para las hipotecas de máximo. Dicho artículo exige que en la escritura de constitución de hipoteca se exprese «la cantidad máxima de que *responda la finca*». No dice que sea sólo a efectos de terceros. En la práctica, a nadie se le ha ocurrido decir que la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito exige un máximo sólo para terceros, ni conozco una sola escritura que se haya expresado de ese modo.

Esto también es muy claro en otra hipoteca de máximo, la del número 3.º del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, es decir, la hipoteca en garantía de cláusulas de estabilización, de gran analogía con la hipoteca en garantía de cláusulas de interés variable, según se ha apuntado al principio. Pues bien, uno de los requisitos de las escrituras de hipoteca de esa clase es «que se fije una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria que no podrá exceder... del importe del principal más un 50 por 100 si el plazo del préstamo fuera superior a diez años o a un 25 por 100 en los demás casos». Obsérvese que se alude al máximo de «responsabilidad hipotecaria», es decir, por razón de la hipoteca, y no a efectos meramente de terceros. Por otra parte, se señalan unos máximos muy concretos, cuya finalidad es evitar que queden «al libre arbitrio contractual, que podría conducir a extremos improcedentes» (LA RICA), por lo que es clarísimo a través de esta finalidad, que la fijación del máximo es también entre partes.

En la hipoteca en garantía de moneda extranjera a que se refiere el número 1.º del artículo 219 del Reglamento Hipotecario ocurre lo mismo, pero hay aquí unas opiniones interesantes de LA RICA y ROCA SASTRE que conviene recalcar. Es sabido que ese precepto dispone que «el importe de la obligación asegurada con la hipoteca o la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada podrá establecerse en divisas extranjeras», pero «señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en signo monetario de curso legal en España». Ahora nos interesa la referencia al máximo en este precepto. Pues bien, LA RICA, en sus *Comentarios al Reglamento Hipotecario de 1947* (pág. 218) sostiene que la fijación de ese máximo «ha de surtir efecto *inter partes* y *erga omnes*, de modo que ha de regir incluso respecto del deudor hipotecante».

Por su parte, ROCA SASTRE dice lo siguiente: «Nosotros entendemos que dicha equivalencia en pesetas ha de actuar en todo cuanto entre en consideración el derecho real de hipoteca y no en lo estrictamente creditual. Al débito personal no le afectará aquella fijación de equivalencia, por operar ésta exclusivamente en orden al gravamen hipotecario. Tal fijación es un ingrediente constitutivo de la hipoteca por débito en divisa extranjera, pero no trasciende de esto. Así, en ella, su valor a efectos de terceros será el reflejado registralmente en pesetas, pero lo mismo sucederá aunque la hipoteca vaya a la ejecución encontrándose aún la finca hipotecada en poder del deudor personal, pues entonces el acreedor ejerce la acción real hipotecaria; en cambio, si prescindiendo de la hipoteca procede por acción personal, la referida fijación de equivalencia podría no entrar en juego» (6.ª edición, tomo IV-2.º, pág. 642).

Por tanto, es claro que a efectos de la hipoteca, no cabe distinguir entre partes y terceros.

La fijación de un máximo sin distinguir partes y terceros lo impone el concepto mismo de derecho real

No es por casualidad por lo que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria exige la determinación de cantidad sin distinguir partes y terceros, y que en los prototipos de hipotecas de máximo se prescinda igualmente de esa distinción entre partes y terceros. Es porque la esencia misma del derecho real, como concepto contrapuesto al de obligación, impone prescindir de esa diferenciación.

Ante todo, una de las diferencias que apunta la doctrina, entre derechos reales y personales, es que en estos últimos existe un sujeto pasivo determinado, y en cambio, en los primeros no existe tal sujeto pasivo determinado, pudiendo hablarse únicamente del «llamado sujeto pasivo uni-

versal», es decir, toda la colectividad. Por tanto, no cabe hacer la distinción entre partes y terceros en los derechos reales, porque si se hiciera se involucraría su concepto con el de los derechos personales, que responde a distinta normativa. Se podrá decir que a efectos del contrato de préstamo, el sujeto pasivo es la *parte* prestataria, pero a efectos de la *hipoteca* en garantía de ese préstamo, el sujeto pasivo es indeterminado, es cualquiera que sea propietario de la finca.

Veamos algunos ejemplos de derechos reales distintos de la hipoteca, en que no se plantea ninguna cuestión por parte de la doctrina, a este propósito. Así en las servidumbres. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha venido reiterando que cabe la configuración de nuevas servidumbres, pero siempre que se precise su contenido (teoría del *numerus apertus* con restricciones). Pues bien, ¿a quién se le ocurriría decir que cabe la inscripción de una servidumbre, en cuya constitución se dijera, por ejemplo, que se impone la prohibición de edificar a menos de cinco metros, pero que entre las partes, la prohibición es indefinida o tiene una distancia diferente? Y es que, en esencia, no cabe que una cosa sea blanca y negra al mismo tiempo. O se pacta un derecho personal o un derecho real. Si es esto último, es con todas sus consecuencias, es decir, eficacia *erga omnes* (sujeto pasivo universal) sin distinguir partes y terceros.

Otro ejemplo: el del derecho de vuelo. En la constitución de un derecho real de vuelo se exige que se exprese el número de plantas que pueden construirse por elevación. Pues bien, ¿y si se dijera que respecto a terceros se limita a tres plantas, pero entre las partes es dos o indefinido? No sería tampoco inscribible, porque va contra la esencia del derecho real, al que no cabe yuxtaponerle una característica parcial del derecho personal. El derecho real es lo que es —sin distinción entre partes y terceros—, y precisamente por eso afecta por igual a todo el mundo (sujeto pasivo universal).

*En la hipoteca es indiferente, la distinción entre partes y terceros,
como regla general*

Si la hipoteca es un derecho real debe tener esas mismas características del derecho real, que le hacen indiferente entre partes o para terceros. Y así es, según el artículo 104 de la Ley Hipotecaria, reiterado por el artículo 1.876 del Código Civil. Según ambos preceptos, «la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, *cualquiera que sea su poseedor*, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida». La expresión «cualquiera que sea su poseedor»

significa que la hipoteca tiene la nota de absolutividad o eficacia *erga omnes*, pero además, que es totalmente indiferente para ella la distinción entre partes y terceros, porque no hay un sujeto pasivo determinado («cualquiera»). Por tanto, una hipoteca, como la de la cláusula de interés variable, que sujetara los bienes al cumplimiento de la obligación distinguiendo una eficacia entre partes y otra respecto a terceros, va contra el artículo 104 de la Ley Hipotecaria, que impone la sujeción de la finca al cumplimiento de la obligación asegurada con la hipoteca, «cualquiera que sea su poseedor», es decir sin distinguir quién sea en cada momento el dueño de la finca. No se trata de apoyarse en una mera literalidad de expresión, pues, como hemos visto responde a la teoría del derecho real desde la perspectiva del sujeto pasivo universal.

Por otra parte, se explica ahora también que el artículo 12 exija que se exprese el importe de la obligación asegurada sin distinguir partes y terceros, y ello porque en el derecho real, como decía SÁNCHEZ ROMÁN, no hay dos sujetos concretos de la relación jurídica, a diferencia del derecho personal, sino un sólo sujeto (el titular) cuyo poder se extiende directamente sobre el objeto (la finca). Lo que interesa, a efectos del derecho real de hipoteca y del ejercicio de las acciones reales derivadas de la misma, es la responsabilidad de la finca, no la responsabilidad concreta de sus titulares, pues esto otro es un aspecto de derecho personal, que es totalmente ajeno al Registro de la Propiedad.

Los casos en que la Ley Hipotecaria distingue entre partes y terceros (arts. 114 y 120) suponen una excepción a la regla general que se acaba de indicar, es decir, suponen una excepción al concepto y esencia del derecho real, y por eso, no se pueden interpretar extensivamente y su especialidad será explicada después.

El principio hipotecario de especialidad o determinación impone no distinguir entre partes y terceros, a efectos hipotecarios

El poder inmediato y directo que el derecho real supone sobre una finca implica la necesidad de que todos los aspectos del mismo queden perfectamente determinados. Se suele justificar diciendo que de este modo los terceros que contraten sobre la finca podrán tener conocimiento claro y completo de sus características. Pero esto no significa que los datos registrales se expresen sólo con vistas a los terceros. La explicación tradicional de la Ley Hipotecaria como «ley de terceros» está hoy superada, siendo únicamente una mera forma de abreviar o de simplificar la esencia del Registro. Pero eso no significa que para las partes no tenga que existir la misma precisión o determinación. Precisamente los terceros pue-

den conocer esos datos porque entre las partes que pactaron y constituyeron el derecho real, éste quedó perfectamente definido.

Además, en todo caso, el principio de especialidad debe ser completado por el de legitimación (que se aplica a partes y terceros) y por los casos de inscripción constitutiva (entre ellos, el derecho real de hipoteca), en que el derecho real no nace ni siquiera entre partes si no es a través de la inscripción.

Todos los autores, que empiezan explicando el principio de determinación por la necesidad de dar a conocer a los terceros con claridad los datos del Registro (seguridad del tráfico jurídico inmobiliario), reconocen que ese principio se aplica tanto a las partes como respecto a los terceros. Los terceros conocerán mejor esos datos, pero es en el mismo sentido que han sido perfilados entre partes. Las partes crean un derecho real, pero según se ha dicho antes, éste nace sin sujeto pasivo determinado.

Basta repasar cualquier tratado de Derecho hipotecario para comprobar que los requisitos derivados del principio de especialidad se aplican tanto entre partes como respecto a terceros. Así, por ejemplo, ROCA SASTRE dice que el principio de especialidad se manifiesta tanto respecto a la finca como al derecho real. En cuanto a la finca funciona a base de concentrar el historial jurídico de la misma, abriendo a cada una un folio o registro particular. Pues bien, aunque esto se hace para que los terceros conozcan mejor el historial de la misma, a nadie se le ha ocurrido pensar que podría utilizarse, entre partes, el antiguo sistema de inscribir en un mismo folio todas las fincas de un documento, y luego cuando pasara a tercero, abrir el folio real. Es un problema indivisible. En cuanto al derecho real —continúa ROCA SASTRE— el mismo debe constar en el Registro con determinación de su naturaleza jurídica, extensión, cargas y limitaciones, así como el titular del mismo, designándole por su denominación y circunstancias. Pues bien, todo esto es entre partes y para terceros, sin que, pienso yo, pueda decirse, por ejemplo, que los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento (circunstancias de la inscripción) se aplican sólo respecto a terceros y no entre partes. Y si esto hay que entenderlo respecto al artículo 9, lo mismo hay que decir del artículo 12, que responde a la misma idea de expresar las circunstancias del derecho, que el artículo 9, e incluso, *a fortiori*, pues la inscripción de hipoteca es constitutiva, según se sabe.

SANZ FERNÁNDEZ expone también el principio de especialidad con gran amplitud, referido a la determinación de los derechos reales (aspecto sustantivo) y a la expresión registral de los derechos. En cuanto al primer aspecto, distingue el sujeto, el objeto y el derecho mismo, y en los tres casos se refiere a la necesidad de determinación exacta de cada

uno de ellos. Pues bien, esos requisitos se aplican a las partes y a los terceros, sin distinguir. Por lo que se refiere a la expresión registral de los derechos, alude a la organización del Registro sobre una base adecuada, o sea la finca y el folio real, y además, la necesidad de uniformidad y precisión de la forma de los asientos de modo que expresen con absoluta claridad los derechos inscritos. Este otro aspecto también se aplica a las partes y a los terceros.

En el principio de determinación no hay pues, distinción entre partes y terceros. Lo que ocurre es que la fundamentación última está en la necesidad de que todos los que contraten sobre la finca (terceros) se apoyen en situaciones claras y precisas, pero estas situaciones claras las ha de ofrecer el asiento en que consta el derecho real constituido por las partes. En el derecho real, y en el principio de especialidad, es indivisible la cuestión de las partes y de los terceros, aunque la finalidad última de la Ley Hipotecaria sea la de «ley de terceros».

Por eso, las referencias a terceros que se contienen en algunas resoluciones en nada afectan a la necesidad de que el derecho real quede ya determinado desde el principio entre las propias partes. Es como si se quisiera decir: como el derecho real trasciende a terceros, a diferencia del derecho personal, se impone precisar mejor sus elementos y caracteres. Pero, es sobre la base de que esos elementos y caracteres son los del derecho real tal como ha surgido y no unos diferentes para esos terceros.

Así, las Resoluciones de 3 y 4 de marzo de 1952, precedentes del actual número 3.º del artículo 219 del Reglamento Hipotecario (cláusula de estabilización) entendieron que la cláusula valor-oro «no se ajusta a lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley Hipotecaria y 219 de su Reglamento, por *no determinar* de manera exacta la *responsabilidad real*, que interesa en general a cuantos terceros adquirentes se apoyen en el Registro, por lo que es necesario evitar ambigüedades para corresponder al principio fundamental de especialidad, defecto que habría podido subsanarse al señalar un máximo de responsabilidad y constituir una hipoteca de seguridad».

Obsérvese que se habla del artículo 12 de la Ley Hipotecaria (que no distingue partes y terceros) y de la responsabilidad real (la del artículo 104 de la Ley Hipotecaria). Lo que ocurre es que esos terceros son esos «cualesquiera poseedores» del citado artículo 104, es decir, está en consonancia con el concepto de derecho real y de responsabilidad real que afectan por igual a partes y terceros.

Esa misma explicación hay que dar a la referencia a los terceros por parte de la Resolución de 12 de septiembre de 1972, según hemos visto anteriormente.

La cláusula de interés variable implica hipoteca de máximo, aunque la hipoteca en garantía del capital sea ordinaria

En nada afecta a lo que se ha dicho a propósito del carácter de hipoteca de máximo que tiene la hipoteca en garantía de cláusula de interés variable, el hecho de que los intereses sean accesorios del capital, y en relación con éste la hipoteca no sea de máximo, sino ordinaria.

Aunque, a efectos de la unidad del conjunto de obligaciones garantizadas pueda y deba hablarse de una sola hipoteca, profundizando en su naturaleza jurídica, hay que interpretar que lo es en garantía de obligaciones de naturaleza diferente, como son la obligación de devolver el principal, la obligación de devolver unos intereses variables y la obligación de pago de costas. Pues bien, en el fondo, la hipoteca es el resultado de la superposición de tres hipotecas diferentes: la hipoteca en garantía del principal, que es ordinaria o de tráfico; la hipoteca en garantía de intereses, que si no lleva cláusula de variabilidad es también ordinaria, pero si la incluye, es de máximo; y la hipoteca en garantía de costas, que también es de máximo, según ha reconocido la Dirección General, pero cuyo fundamento y efectos es totalmente distinto de la hipoteca en garantía de interés variable, dadas sus implicaciones procesales.

Por tanto, no hay ningún contrasentido en deslindar esas diferentes modalidades de hipoteca dentro de la hipoteca global. El propio legislador admite esa convivencia, como ocurre precisamente en las hipotecas en garantía de cláusulas de estabilización, pues resulta que en garantía del principal del préstamo, es de máximo, según se ha visto, y en cambio, la que garantiza los intereses, no lo es, pues la cláusula de estabilización no puede pactarse respecto a los intereses según el artículo 219-3.º. Es el ejemplo a la inversa del caso que se está estudiando, pero que sirve perfectamente para comprobar esa posible convivencia de hipotecas de distinta clase dentro de la hipoteca global.

El tope máximo no debería ser fijado discrecionalmente, sino por referencia a los topes del artículo 219-3.º del Reglamento Hipotecario a fortiori o por analogía

Las mismas razones que impulsaron al legislador a establecer el tope del 50 por 100 del capital en las hipotecas con cláusula de estabilización (de duración superior a diez años), imponen no superar tampoco ese tope en el supuesto de cláusula de interés variable. Ya sabemos que el artículo 219-3.º está pidiendo que se suban los topes, pero no que se

supriman, y mientras no se modifique el precepto, está vigente. Pues bien, dadas las posibles implicaciones entre cláusula de estabilización y cláusula de interés variable, que se han apuntado al principio, sería absurdo que lo que no está permitido «vía estabilización» estuviera permitido «vía interés variable», pues ésta es una figura nueva que, aunque no está prohibida, en ningún caso podría servir para conseguir algo que está prohibido «vía estabilización». Por ello, habría base para entender que en las escrituras de hipoteca con cláusula de interés variable, una vez fijado el tope máximo de responsabilidad real del tipo de interés, habría que añadir la siguiente frase: «en ningún caso, las cantidades a cobrar por aumento de interés (no por el interés, sino por el aumento de él) en todo el tiempo del contrato, podrán exceder del 50 por 100 del principal del préstamo» (suponiendo que el plazo exceda de diez años, conforme al artículo 219-3.º, pues en otro caso, sería el 25 por 100).

Desde esta perspectiva, no se fija un tope máximo al porcentaje de interés, sino a la cantidad total resultante de aplicar el aumento durante todo el contrato de préstamo.

Ahora bien, cabe una segunda solución a la hora de señalar el tope máximo de responsabilidad real por interés variable, y es entender que no *a fortiori*, sino por analogía con el artículo 219-3.º, podría establecerse como tope máximo de porcentaje de interés un 50 por 100 más del interés pactado inicialmente. Desde esta perspectiva, podría decirse que el artículo 219-3.º del Reglamento Hipotecario se refiere a un distinto supuesto por ser diferente la cláusula de estabilización que la cláusula de interés variable, y por ello, no cabe su aplicación directa en la forma antes señalada, sino que lo único que cabe es su aplicación analógica, a base de fijar un máximo del 50 por 100 más del tipo de interés inicial. Es decir, si en las cláusulas de estabilización del capital se fija un tope máximo de un 50 por 100 más del capital inicial, en las cláusulas de interés variable, ha de fijarse, por analogía, un tope máximo de porcentaje de interés, del 50 por 100 más del tipo inicial.

Desde la primera perspectiva, se haría aplicación directa y *a fortiori* del supuesto de cláusula de estabilización al de la cláusula de interés variable.

Desde la segunda perspectiva, se haría simplemente una aplicación analógica del precepto.

Para poder inscribir la referencia al procedimiento judicial sumario es necesario pactar la forma de acreditar el interés variable

O dicho más claramente: es necesario prever en la escritura la forma en que se acreditará en su día la cuantía líquida y concreta del interés.

Argumentos: 1.º el artículo 131-2.^a de la Ley Hipotecaria se refiere a la *cantidad exacta* que por todos los conceptos sea objeto de reclamación; 2.º la configuración de la cláusula de interés variable como hipoteca de máximo lleva a ese resultado. El artículo 153 de la Ley Hipotecaria se refiere a los procedimientos para acreditar el saldo de la cuenta corriente y alude al documento «que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada». Dada la necesidad de un criterio objetivo, mejor es acudir al artículo 219-3.º del Reglamento, que se refiere a los «documentos oficiales» para acreditar la estabilización. En el presente caso de interés variable, se trataría de «los documentos que acrediten la variación del interés y su fijación exacta». Claro que también podría decirse que no es necesario pactar nada sobre este extremo en la escritura de constitución de hipoteca y que lo importante es acompañar en su día los documentos acreditativos. Pero tratándose de una figura de nueva creación debe perfilarse anticipadamente este extremo tan fundamental.

Estos documentos para acreditar el interés habría que estudiar en cada caso concreto cuáles son los procedentes, pues depende del tipo de interés de referencia que se pacte en las escrituras. En general, podrían estimarse suficientes, bien el certificado del Consejo Superior Bancario, el de Confederación de Cajas de Ahorro, el del Banco de España, e incluso, respecto al preferencial de otra entidad, el certificado de ésta.

En cualquier caso, hay que advertir, en relación con las escrituras de hipoteca que circulan actualmente en la práctica, que al no pactar normalmente el sistema de acreditar el interés en el momento de la ejecución, no cabría tampoco inscribir esa alusión que siempre se hace a la utilización del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Se trata, en definitiva, de un aspecto más que demuestra que la redacción de las actuales escrituras no es todo lo precisa que sería de desear.

El máximo también lo impone la aleatoriedad e incertidumbre del acto de interés variable

Aunque hasta ahora he tratado de precisar el requisito del máximo respecto al derecho real de hipoteca, dejando la cuestión del crédito a la decisión de las partes y al margen totalmente del Registro, quiero ahora referirme a este aspecto del crédito para decir que, incluso respecto a él, hay base para exigir la fijación de un máximo entre partes. Esto ya es más discutible y de ello se ha ocupado a fondo MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, entendiendo que en todo contrato aleatorio, y lo es la cláusula de interés variable, se impone limitar el posible riesgo. En definitiva podría analizarse a fondo la naturaleza jurídica de

la cláusula de interés variable, para llegar a la conclusión de que se trata de un *contrato aleatorio atípico*. El «aleas» determinará si la variación es el alza o la baja, y qué cuantía del alza en su caso. Pero para evitar situaciones imprevisibles de indefensión y cláusulas exorbitantes en sus resultados, se impone marcar el máximo de responsabilidad. La cláusula sigue siendo de interés variable, sin que se desvirtúe su naturaleza, pues el Derecho civil lo que exigiría sería poner un tope a la variabilidad. Obsérvese la enemiga de la doctrina y de la jurisprudencia, por lo menos cierto sector, hacia los contratos aleatorios atípicos. Si se admiten hay que entender que por crearse en base a la autonomía de la voluntad, su admisión ha de hacerse con cuidado marcando bien todos sus perfiles. Si la situación llega a ser exorbitante, peligraría la causa del contrato y la equivalencia típica de todo contrato conmutativo, una de cuyas clases es el contrato aleatorio. Obsérvese también que el prototipo de contrato de seguro, que es definido en la ley de 8 de octubre de 1980, refiriendo la obligación de indemnizar «dentro de los límites pactados».

El máximo entre partes también lo impone la reciprocidad de riesgos en las prestaciones

Aun para quien no admitiera nada de lo que se ha dicho anteriormente a propósito de la hipoteca de máximo, la naturaleza misma de la cláusula de interés *variable* (y no de elevación sólo) impone por lógica jurídica la necesidad de señalar un máximo entre partes. Se reconocerá al menos que habría que fijar el máximo del 100 por 100 de aumento posible del tipo de interés, pues en otro caso, resultaría el siguiente contrasentido jurídico: el prestatario tendría la posibilidad de que el tipo de interés podría descender en su favor (es cláusula de variación y no de aumento, según se ha dicho), pero no más abajo de cero, pues en los intereses no hay negativos, al ser una prestación positiva. En cambio, para el prestamista podrían subir sin límite, indefinida y angustiosamente. Pero si para el prestatario no puede bajar más allá del 100 por 100 (o sea, quedarse en cero), para el prestamista no puede ser nunca superior a un 100 por 100. Naturalmente esto para quien parta únicamente de una lógica jurídica de la cláusula, sin entrar en el estudio de todos los preceptos y argumentos antes vistos. Al menos tendría que aceptar esa equivalencia de riesgos al alza y a la baja. Lo que ocurre es que, si se admite esto, ya se comprende, también por lógica jurídica y lógica económica, que el descenso de interés nunca va a quedar en cero, siendo dudoso que baje incluso y mucho más dudoso que pueda bajar más de un 50 por 100. Entonces, ¿por qué no se acepta el tope

de subida del 50 por 100, que hemos visto deriva de la aplicación analógica de preceptos legales? Pero ahora estamos ante la pura lógica del hombre de la calle, y ésta nos dice también que debe fijarse un tope máximo entre partes, para evitar el contrasentido de que una de las partes tenga un tope de riesgo y la otra parte, no.

El artículo 114 de la Ley Hipotecaria se refiere a un caso totalmente distinto y excepcional, lo que impide pueda ser aplicado por analogía al caso de la cláusula de interés variable

Reconozco que existe la tentación consciente o inconsciente de asimilar el caso de la cláusula de interés variable al de las anualidades del artículo 114, al objeto de limitar el máximo sólo respecto a tercero y no en cuanto a las partes.

El caso del artículo 114 es totalmente distinto del de la cláusula de interés variable. ¿Es que puede aplicarse, por analogía a nuestro caso, diciendo que si en las anualidades existe un límite para tercero, en la variabilidad del interés debe darse el máximo sólo para tercero? No se ve qué analogía, qué parecido puede haber entre la cuestión de las anualidades del artículo 114 y la hipoteca de máximo en la cláusula de interés variable.

Efectivamente, en el artículo 114 hay un problema de *tiempo*, de *anualidades*; en la cláusula de interés variable hay un problema de indeterminación de *cuantía*. En el artículo 114 no hay ninguna indeterminación de cuantía, ni siquiera para las partes. La cuantía está perfectamente determinada con sólo hacer una operación aritmética. Se cumple perfectamente el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, pues «la inscripción expresa el importe de los intereses estipulados», y no hay ninguna incertidumbre ni imprecisión ni siquiera entre partes. Así las partes saben perfectamente cuál es el máximo o tope de responsabilidad por intereses, pues si el tipo es, por ejemplo, el 17 por 100, el capital 1.000.000 de pesetas y el plazo de devolución del préstamo diez años, la cuantía de responsabilidad por intereses para las partes es de 1.700.000 pesetas por los diez años, más, naturalmente, los intereses que corran una vez vencido el plazo sin que se haga la devolución. Por tanto, no hay indeterminación ni incertidumbre de cuantía entre las partes, pues todo queda perfectamente claro, a diferencia de lo que se pretende con esa distinción entre partes y terceros en la cláusula de interés variable. Precisamente, lo que pretendo que se haga en la cláusula de interés variable es que quede claro de cuánto responde el prestatario por interés variable y no que quede indeterminada la cantidad, sin señalar tope de responsabilidad.

Por otra parte, hay algo fundamental a propósito del artículo 114, y es que se trata de un precepto *excepcional*, que no permite interpretación extensiva al caso diferente de la cláusula de interés variable. La Exposición de Motivos de la Ley de 1861, que es la Ley que lo introdujo en nuestro sistema, justificaba el precepto diciendo: «La obligación de pagar intereses, se dice, no debe ser motivo para que el tercer adquirente de la propiedad gravada, que no conoce el descubierto en que puede hallarse el deudor por el hecho de no haber reclamado contra la hipoteca, quede perjudicado por omisión o incuria del acreedor, o tal vez por mala fe de éste combinada con la del deudor. El acreedor, además, se entiende que renuncia a la hipoteca en la parte relativa a los intereses anteriores a los tres años últimos en el hecho de no reclamarlos o de no haber exigido una ampliación de inscripción sobre los bienes hipotecados».

Para comprobar lo excepcional del precepto desde el punto de vista teórico oigamos a GALINDO y ESCOSURA, casi sus primeros comentaristas: «Disposición es ésta (el art. 114), de cuya conveniencia y conformidad con los principios que deben regir, dudamos; porque es cosa inusitada que la acción del acreedor para pedir los intereses se vaya transmitiendo de unas anualidades a otras, sin intervenir en ello el consentimiento de los contratantes. No se comprende que los derechos reales que encarnados en la cosa conservan siempre esta calidad, mientras no se realizan y vive la cosa a que afectan, se extingan, sin extinguirse ésta ni realizarse aquéllos. No se comprende que el derecho real de reclamar los intereses de los tres primeros años por la acción hipotecaria mude de naturaleza y se convierta en personal al cuarto, quinto o sexto año, habiendo de emplearse dos acciones distintas y variables para reclamar deudas de igual origen procedentes del mismo contrato y fundadas en el mismo documento». «Aunque restringir la hipoteca de los intereses a los tres años últimos da al acreedor idea exacta de la cantidad de que responde la finca, es a costa de la sana doctrina; a costa de la buena fe, siempre puesta a prueba en el deudor, que con sólo querer puede burlar al acreedor; a costa de los mismos intereses de los contratantes, que han de hacer crecidos gastos para ampliar la hipoteca por cada anualidad vencida y no pagada» (tomo III, pág. 236).

Por su parte, MORELL Y TERRY no está de acuerdo con GALINDO y ESCOSURA, pero da una explicación que revela claramente que el artículo 114 nada tiene que ver con el problema del máximo de la cláusula de interés variable. Dice MORELL: «El crédito por intereses no es, por otra parte, igual al crédito por la cantidad principal; *éste se supone* que existe íntegro respecto a tercero mientras no conste su cancelación; aquél, si no se halla determinado por una cantidad fija, debe *suponerse que va extinguiéndose cada año*. La Ley pudo, en interés de los terceros, estable-

cerlo así, y, sin embargo, concedió al acreedor la garantía en cuanto a dos años y parte vencida de la anualidad corriente, tres años, puede decirse, plazo suficiente, pues no se concibe que los acreedores, tratándose de la renta o interés de su capital, se descuiden tanto en el cobro, y con ese plazo y la facultad de pedir ampliación de la hipoteca creemos que se hallan bien atendidos los derechos de los acreedores, ya que nada les impide, de acuerdo con los deudores, procurarse, aun con relación a terceros, mayores garantías» (tomo III, pág. 739).

Por tanto, a través de estas citas se revela: 1.º Que el artículo 114 se introduce como una excepción dentro del sistema. 2.º Que su explicación es meramente práctica, partiendo de la especialidad que suponen los créditos que se devengan *por anualidades*. 3.º Que esa explicación tiene que ver con el problema de la presunción de pago de intereses cuando transcurren las anualidades, presumiéndose una renuncia del acreedor a la hipoteca. 4.º Que la *regla* —así la denomina la Exposición de Motivos— es la extensión de la hipoteca a la seguridad de todos los intereses, y como excepción está el artículo 114.

En definitiva, en el artículo 114 hay un problema de anualidades, o sea de tiempo. En cambio en la cláusula de interés variable estamos ante un problema de cuantía. La indeterminación de cuantías nos lleva directamente a la hipoteca de máximo, con todas sus consecuencias ya vistas. El problema de las anualidades del artículo 114 nos lleva a otro mundo totalmente diferente, que nada tiene que ver con el problema que estamos estudiando. Es más, son separables y perfectamente compatibles ambos problemas: cabe hablar del tope máximo de interés variable, aplicable a partes y terceros, por no ser problema del artículo 114 (por ejemplo, un máximo del 23 por 100) y luego añadir que respecto a las *anualidades* la hipoteca sólo garantiza las de tres o cinco años respecto al tercero del artículo 114. El máximo del 23 por 100, por referirse a la *cuantía* del porcentaje de interés, revela hipoteca de máximo y es aplicable a partes y terceros; en cambio el tope de anualidades —problema de tiempo esencial en una prestación periódica— es materia del artículo 114.

La referencia de la Resolución de la Dirección de 12 de septiembre de 1972 a «los terceros» nada tiene que ver con el problema del artículo 114 y tiene el significado que antes se ha indicado al tratar de la jurisprudencia (apartado III de este estudio).

El supuesto de distribución de responsabilidad hipotecaria entre varias fincas es también excepcional y nada tiene que ver con la cláusula de interés variable

El artículo 119 de la Ley Hipotecaria exige que se distribuya la responsabilidad hipotecaria entre cada finca cuando se hipotecan varias fincas a la vez en garantía de un solo crédito. Esta responsabilidad es con respecto a tercero según el artículo 120, pues entre partes se aplica el artículo 121, según el cual «si la hipoteca no alcanzare a cubrir la totalidad del crédito, puede el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecas que conserve el deudor en su poder, pero sin prelación en cuanto a dicha diferencia sobre los que después de inscrita la hipoteca hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas».

Aquí también estamos ante un supuesto excepcional, que no es trasladable tampoco a la cláusula de interés variable.

La necesidad de distribución de responsabilidad entre cada finca se hace para fomentar el crédito territorial, pero desde un punto de vista *técnico* constituye una *excepción* a las notas de la hipoteca. En primer lugar es una excepción a la nota de *indivisibilidad* del derecho real de hipoteca que marca el artículo 1.860 del Código Civil al decir: «La prenda y la hipoteca son indivisibles aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor». El párrafo tercero del propio artículo 1.860 dice: «Se *exceptúa* de estas disposiciones el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca o en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito». Este párrafo *excepcional* —el Código dice: *se exceptúa*— hay que ponerlo en relación con la citada normativa de la legislación hipotecaria. La excepción se explica atendiendo al fomento del crédito territorial, al principio de que el Registro de la Propiedad se lleva por fincas y a la idea de excluir la solidaridad. Pero como el concepto o característica de indivisibilidad de la hipoteca tiene su fuerza, se ha llegado en la regulación del supuesto a una vía media: para las partes la hipoteca es indivisible, pero para los terceros es necesaria la distribución o división de responsabilidad. Por otra parte, hay que tener en cuenta que desde el punto de vista conceptual se trata de una sola hipoteca y de un solo contrato, aunque comprenda varias fincas. La solución a la encrucijada de problemas que se presentan es precisamente hacer esa distinción entre partes y terceros.

Ahora bien, un precepto excepcional no puede ser objeto de interpretación extensiva. Y un precepto que tiene su propia *ratio* explicativa no puede tampoco trasladarse analógicamente a una cuestión como la de la cláusula de interés variable, que nada tiene que ver con aquel precep-

to y que nadie ha dicho que tenga que ver, pero que yo expongo aquí para dejar claro que la distinción entre partes y terceros sólo la puede utilizar el legislador en materia de hipotecas en supuestos muy excepcionales en que la conflictividad de principios se pone a prueba y se pretende dar una salida intermedia a la situación, nada de lo cual se da en la hipoteca de máximo que representa la cláusula de interés variable.

Aun prescindiendo de todo lo dicho anteriormente, la frase «a efectos meramente hipotecarios respecto de terceros», con referencia a la fijación de un máximo, es insostenible

Las actuales escrituras de hipoteca recogen sin excepción esa frase un tanto extraña, que supone la diferenciación entre partes y terceros en un problema que es insoluble, como es el de la hipoteca de máximo.

Y es que, aunque no se admita nada de lo dicho anteriormente, se reconocerá que es una frase totalmente improcedente a efectos del Registro.

Por de pronto extraña, como dice mi compañero FRANCISCO PÉREZ DE LA CRUZ, la palabra «meramente», como si fuera algo sin importancia y como si lo que se pretendiera es que, fuera de esa excepcionalidad, debería imperar la ausencia de tope. Pero a efectos meramente semánticos, no cuadra bien inscribir una hipoteca en el Registro diciendo que el máximo es «a efectos meramente hipotecarios», pues lo «hipotecario» para la hipoteca es «todo», no «lo meramente». La inscripción de hipoteca es constitutiva, por lo que fuera del mundo registral no hay nada, y para ello el mundo registral lo es todo.

Por otra parte hay que criticar la alusión a tercero en la redacción de las cláusulas al uso. ¿Qué tercero es ése al que quiere referirse la cláusula? La Ley Hipotecaria se puede permitir el lujo de utilizar la palabra «tercero» porque es la propia Ley, aunque luego resulte que hay libros y libros, artículos y artículos, preceptos y preceptos que interminablemente estudian el concepto de tercero y sus diferentes clases, así como las múltiples teorías sobre su concepto. Lo que quiero recalcar con esto es la pregunta antes señalada: ¿Qué terceros son éstos a los que se refiere la cláusula? ¿Los terceros del artículo 34? ¿Los terceros del artículo 32? ¿El tercer poseedor de finca hipotecada que deja de ser tercero cuando asume la obligación garantizada con la hipoteca? ¿El tercero del artículo 114? ¿Pero cuál es el tercero del artículo 114, que también se discute en la doctrina, y que, como he dicho antes, es un precepto excepcional dentro del sistema? ¿Los posibles cesionarios o subhipotecarios del crédito hipotecario constituido? ¿Cualquier acreedor común o privi-

legiado que forme parte de la masa acreedora en una posible situación de concurso, quiebra o suspensión de pagos?

En definitiva, aun para quien no vea en la cláusula de interés variable una hipoteca de máximo, sin posibilidad de distinguir entre partes y terceros, reconocerá que esa referencia al tercero en un pacto supone una imprecisión absoluta.

Normalmente las entidades de crédito piensan en los terceros adquirentes de la finca hipotecada. Ahora bien, ni esto se dice expresamente ni debe ser así, pues entonces quedan olvidados toda esa otra gama de terceros. Obsérvese que muchos de esos terceros (los terceros civiles) no tienen por qué ser diferenciados de las partes. Recuérdese una vez más el caso de concurso, quiebra o suspensión de pagos.

Además, en la práctica los terceros adquirentes se suelen subrogar en la responsabilidad hipotecaria y en la obligación personal garantizada, con lo que desde ese momento dejarían de ser terceros y ya no existiría tope para ellos. Es más, en algunas cláusulas de escrituras de hipoteca se pretende facilitar la asunción personal automática de la deuda por parte del tercer adquirente, con lo que en el fondo se llega a una situación de inexistencia de máximo, pues si lo que se pretendía era poner el tope en beneficio de esos terceros (adquirentes) y se fomenta la desaparición de éstos (al facilitarse y regularse la asunción automática de la deuda), ya se me dirá en qué queda el tope máximo.

Por eso, prescindiendo de lo anterior, hay base para excluir la diferenciación entre partes y terceros por razones prácticas.

Pero hay más. Las entidades crediticias pueden emitir en el futuro, y así lo vienen haciendo, cédulas, bonos y participaciones hipotecarias, que están garantizadas, como se sabe, por el monto total de los activos hipotecarios de la entidad. Ahora bien, ¿cuál es la cuantía de esos activos respecto al interés variable si no se precisa su tope máximo? Por tanto, a efectos del mercado secundario de hipotecas, también conviene quede precisado el montante de responsabilidad hipotecaria.

Una fórmula concreta para denegar la inscripción de esa frase podría ser más o menos así: «Denegada la inscripción... porque —aparte de las otras razones ya señaladas— la frase «a efectos meramente hipotecarios respecto de terceros» es confusa e improcedente, pues, a efectos de la responsabilidad hipotecaria a que se refiere el pacto de constitución de hipoteca, no cabe, respecto a la cuantía máxima de porcentaje, diferenciar entre partes y terceros, al tratarse de hipoteca de máximo. Además, no se sabe exactamente a qué terceros quiere referirse. Tendrían que ser los terceros «en general», incluidos los acreedores comunes, pues el crédito singularmente privilegiado que implica la hipoteca sólo les pue-

de afectar en cuantía determinada; pero si se consigna en el Registro de la Propiedad podría parecer que sólo se refiere a terceros registrales, y esto no es adecuado».

Dificultades de la distinción entre partes y terceros en el procedimiento de ejecución hipotecaria

Razones prácticas y técnicas de la mecánica procesal imponen también evitar la distinción entre partes y terceros a propósito del ejercicio de la acción real hipotecaria. Supóngase que se ejercita el procedimiento judicial sumario y que se pretende una cantidad por encima del tope máximo por dirigirse la acción contra la parte prestataria. Imaginemos que existen titulares de hipotecas posteriores o anotaciones de embargo también posteriores antes o después de la nota marginal de expedición de certificación de cargas de la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. ¿Cómo se articula procesalmente la distinción entre partes y terceros? Sería totalmente improcedente que no se consignara en el Juzgado la cantidad correspondiente al exceso del máximo antes de hacerse pago al acreedor. Pero, ¿cómo se sabe si existen o no esos terceros si pueden aparecer en el momento final? Si se les obliga a comparecer en el juicio, entonces habrá una contradicción entre lo que resulta del Registro (sólo les puede afectar la hipoteca hasta el máximo aunque se muestren pasivos) y lo que pretendería hacer en el proceso (que se cancelaran sus inscripciones sin reservarles la cantidad sobrante, una vez pagado el acreedor hasta el máximo).

Una última carta: la proyectada reforma del Reglamento Hipotecario

El jurista debe hacer caso omiso de «proyectadas reformas», pues ha de atenerse a la legalidad vigente. Pero cuando hablo de esa «proyectada reforma» no quiero utilizarla como argumento de Derecho positivo, pues eso sería totalmente improcedente y contrario al sistema de fuentes. Lo que pretendo es aludir a una especie de «doctrina de los autores», y ello a título meramente informativo, sin ninguna pretensión de reforzar argumentos, pues éstos ya han sido expuestos, sino únicamente para que se compruebe que no estoy solo en esta cuestión de la hipoteca de máximo, sin distinguir entre partes y terceros. Hay una serie de Registradores que apoyan en la práctica esta configuración de la cláusula de interés variable a través de la hipoteca de máximo (así FRANCISCO PÉREZ DE LA CRUZ, JORGE SALAZAR, FÉLIX MARTÍNEZ CIMIANO, MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, JOSÉ ANTONIO MIQUEL). Pero es que, además, en esa proyectada reforma del Reglamento Hipotecario, y esto es muy re-

ciente, intervinieron muchos Registradores y muy cualificados, pues fueron los que estudiaron en el trámite final el problema. Como se sabe, esa proyectada reforma estuvo a punto de publicarse cuando se publicó el primer paquete de la reforma el 12 de noviembre de 1982, habiendo quedado su publicación para un momento ulterior.

Pues bien, tengo en mis manos el proyecto de reforma, en que se trataba de regular la cláusula de interés variable. Su artículo 219 bis, en el párrafo primero, decía: «En las hipotecas constituidas por Bancos, Cajas de Ahorro y otros establecimientos de crédito autorizados será inscribible el pacto por el que se establezca la posibilidad de variación del interés garantizado hipotecariamente con arreglo al que se fije por disposición oficial para esta clase de operaciones o a la variación que experimente el fijado como básico por el Banco de España, siempre que se determine que la variación no podrá exceder, en más ni en menos, del 50 por 100 del interés inicialmente pactado».

No quiero referirme ahora a los criterios objetivos que se preveían para la variación, pues de esto ya me he ocupado anteriormente, y creo que no hay que ser tan restrictivo como el texto del proyecto; ni quiero comentar esa referencia al «menos», que creo es improcedente; quiero recalcar la alusión al tope del 50 por 100 del interés inicialmente pactado, que se hace sin distinguir entre partes y terceros, como un tope necesario a todos los efectos. Obsérvese que el precepto es el 219 bis, y por tanto va a continuación del 219, que se refiere a la hipoteca en garantía de cláusula de estabilización, en que también se establecen unos máximos, sin distinguir entre partes y terceros. Ese proyecto, que no ha llegado a publicarse, pero que revela la opinión de una serie de Registradores (apoyo meramente doctrinal), partió de otro anteproyecto que realizaron los Registradores de Valencia, que también establecieron un tope, si bien del 30 por 100, que luego la Comisión del Colegio de Registradores elevó hasta el 50 por 100.

Por tanto, esta última carta la utilizo simplemente a efectos de demostrar que la opinión que aquí se mantiene a propósito del máximo sin distinción de partes y terceros no es sólo cosa mía, sino de un colectivo más o menos amplio de momento dentro del Cuerpo de Registradores.

VII. LA CLAUSULA DE INTERES VARIABLE Y LOS CONTRATOS DE ADHESION: NECESIDAD DE CLARIDAD, OBJETIVIDAD Y EQUIDAD EN LA REDACCION DE LA CLAUSULA

El tercer grupo de requisitos que ha de reunir la cláusula para ser inscribible en el Registro de la Propiedad, junto a los de objetividad del tipo de referencia y configuración como hipoteca de máximo, es el que

consiste en la necesidad de dar claridad y equidad a los términos concretos en que se redacte la cláusula.

Esto sí que lo impone el principio de especialidad o determinación y también la catalogación de la cláusula dentro de la figura de los contratos de adhesión en que han de eliminarse las condiciones oscuras y poco equitativas.

La calificación de contratos de adhesión por el Banco de España

La comparación o asimilación al contrato de adhesión no es mía, sino que es del propio Banco de España. Así, en el preámbulo de la Circular 13/1981, de 24 de febrero, del citado Banco de España se lee lo siguiente: «La Orden ministerial de 17 de enero de 1981, sobre liberalización de tipos de interés..., establece determinadas obligaciones de publicidad y transparencia, muy necesarias *dadas las características* del contrato de adhesión que revisten comúnmente las relaciones del público en general con dichas entidades».

Asimismo, el preámbulo de la Circular del mismo Banco y de la misma fecha, número 12 de 1981, con referencia específica a los préstamos y créditos a tipo variable, dice: «Son, en esta materia, de especial relevancia la especificación de los tipos de referencia a utilizar por las entidades y el diseño de unas cláusulas de rescisión de las operaciones en función de la alteración de los tipos y condiciones de los mercados que permitan a cualquiera de las partes una ordenada gestión financiera, *evitando al mismo tiempo actuaciones unilaterales lesivas para los intereses de la otra parte*».

En fin, en el preámbulo de la Orden del Ministerio de Economía de 17 de enero de 1981 se lee: «Por lo que respecta a otras operaciones activas y pasivos, es preciso establecer criterios para ordenar los créditos a tipo variable, ya aparecidos en el mercado, *con objeto de evitar posibles abusos*».

Por tanto, es el propio Banco de España el que alerta para evitar abusos y para imponer claridad, llevándonos a la figura de los contratos de adhesión.

Y esto enlaza directamente con la calificación registral, que debe tratar de excluir las cláusulas oscuras. Por una sola vez más, permítaseme volver al contrato *aleatorio* de seguro y a lo que dice el artículo 3.º de la Ley del Seguro Privado de 8 de octubre de 1980 acerca de las condiciones generales de los contratos: «Las condiciones generales, que *en ningún caso podrán tener carácter lesivo* para los asegurados, habrán de incluirse...». «Las condiciones generales y particulares *se redactarán de forma clara y precisa*. Se destacarán de modo especial las cláusulas limi-

tativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito».

Insiste en la necesidad de proceder con cautela y de imponer claridad en los contratos de adhesión FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO en su trabajo «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, año 1982, fascículo IV. Cita también este autor un dictamen de CLEMENTE DE DIEGO, con referencia a los principios generales y a la doctrina de la causa, sobre el problema de unas cláusulas de la cuenta corriente de efectos utilizadas entonces por algunos Bancos de Barcelona. Se debe tener en cuenta —dice— «la naturaleza del contrato, la justicia conmutativa y la debida protección a la parte débil» (DE CASTRO, pág. 1.065).

Como consecuencia de esta necesidad de claridad y equidad en la redacción de la cláusula se debe llamar la atención a propósito de una serie de problemas concretos, como son los de los tipos de referencia sustitutivos, las notificaciones al prestatario de las variaciones del interés, la llamada cláusula de rescisión, la necesidad de que el diferencial sea fijo y de que el tipo de referencia se calcule respecto a operaciones de plazo similar y de que se acredite no sólo en el momento de la ejecución, sino en el momento del contrato.

Todas estas cuestiones no se solucionan adecuadamente en la práctica actual en la redacción de las cláusulas de interés variable, lo cual las hace caer en este otro defecto de falta de claridad y equidad que la función calificadora del Registrador debe poner al descubierto para evitar que se inscriban en esas condiciones (calificación-control) y para conseguir que se redacten de una forma satisfactoria (calificación-creación).

De ellas nos ocupamos seguidamente, no sin antes hacer una breve referencia al carácter de las Circulares del Banco de España, en que se contienen algunas de dichas cuestiones.

Las Circulares del Banco de España no constituyen Derecho civil vigente para los prestatarios ni por tanto a efectos del contrato y del Registro

Aunque el Banco de España tiene una especie de delegación normativa del Ministerio de Economía en virtud de lo dispuesto en la Orden de 17 de enero de 1981 en su apartado VII, punto decimocuarto, sin embargo se trata de una normativa que no es vinculante para la parte prestataria ni tampoco tiene el carácter de Derecho civil, y en cualquier caso de ningún modo podría vulnerar la jerarquía de fuentes y la prevalencia de los preceptos antes estudiados.

En el punto decimocuarto de dicha Orden se dice: «Se faculta al Banco de España para dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de la presente Orden, y en particular para: a) Determinar la forma en que se publicarán los tipos preferenciales mencionados en el número segundo, e inferiores y superiores mencionados en el número noveno, párrafo 4. b) Establecer los criterios a que se someterán los contratos de préstamos y créditos a tipo variable dentro de lo dispuesto en el número tercero».

Pero esto no puede llevar a la conclusión de que las Circulares 12 y 13 del Banco de España de 1981 constituyen «un verdadero apéndice legal de aquella Orden ministerial». Según CREMADES y JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ, «no puede entenderse que el incumplimiento en uno u otro aspecto de dichas Circulares por parte de los Bancos contratantes haya de implicar la ineficacia o nulidad de las operaciones celebradas en contradicción de tales disposiciones», y lo más que pueden aceptar los privatistas —añaden— «es justificar la imposición de sanciones para las entidades infractoras, pero nos resistimos, desde luego, a aceptar un efecto diferente como es el de la invalidez de las relaciones jurídicas contrarias a sus mandatos». Y terminan: «En definitiva, nos negamos a admitir la existencia de un derecho privado de origen administrativo o reglamentario que en absoluto cumple los requisitos propios del sistema de producción de normas jurídicas de nuestro sistema de derecho».

Pero es que hay que decir más a este propósito: 1.º Las Circulares no han sido publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*, y por tanto no pueden obligar ni vincular de ninguna manera a la parte prestataria. 2.º El propósito de las Circulares es dar una serie de normas internas a las entidades prestamistas, no a los prestatarios, y por ello tales normas no pueden vulnerar las que constituyen una normativa aplicable a ambas partes contratantes y no a una sola.

Pero una vez dicho esto, ocurre que esas Circulares, al igual que ocurría con la «proyectada reforma del Reglamento Hipotecario», antes aludida, están llenas de buen sentido, pues tienen el propósito, también señalado, de dar algunas normas en estos contratos de adhesión en beneficio de la parte prestataria, y por tanto han de ser bien recibidas. Pero bien entendido, utilizando la frase conocida, que es «no por razón de su imperio, sino por imperio de su razón».

Quiero decir que hay buena parte aprovechable de esas Circulares para que sea recogida en las escrituras de préstamo hipotecario, a pesar de lo cual las entidades prestamistas no siempre lo hacen así en la práctica, lo que para ellas resulta imperdonable, pues precisamente son las destinatarias de esas Circulares. En cambio, sí hacen caso de esa alusión al tipo de interés preferencial de la entidad, que ni es muy clara su uti-

lización en la Circular 12 de 1981 (ya se ha dicho antes que contrasta con la referencia al criterio de objetividad que señala la propia Circular y además se enumera a modo de recomendación y en términos un tanto genéricos), ni puede decirse que sea conforme con los artículos 1.255 y 1.256 del Código Civil. Pero sobre esto ya hemos hablado bastante, y ahora hay que referirse a otros aspectos de la Circular, cuyo contenido es digno de crítica favorable, no porque lo diga la Circular, sino porque es conforme con el principio de especialidad y claridad y con la equidad que debe presidir el clausulado de todo contrato de adhesión.

Postura restrictiva respecto a los intereses de referencia

La ya citada Comisión de estudios del Seminario de Registradores de la Propiedad de Cataluña señalaba lo siguiente a este propósito:

«En términos generales, los Registradores de la Propiedad (de Cataluña) han venido advirtiéndole cierta oscuridad en la presentación o redacción de la cláusula de interés variable, como consecuencia de su gran extensión, debido a la multiplicidad de intereses sustitutivos que se han previsto. Ello quita claridad». «Por tanto, una primera razón para descartar los intereses sustitutivos es la necesidad de claridad, clave de la prestación del consentimiento. Por un lado, eso es fundamental para las partes contratantes cuando se les lee por el Notario la escritura, pues si no la entienden bien puede producirse vicio del consentimiento y aplicación del artículo 1.288 del Código Civil. Por otra parte, necesidad de claridad para los terceros que consulten el Registro».

Como muestra de lo farragoso y complicado que es para la parte prestataria todo esto de los intereses sustitutivos, expongo a continuación la redacción de una cláusula de una entidad prestamista. A la ya de por sí extensa cláusula de interés variable se le añade este apartado:

«c) Tipos de interés de referencia sustitutivos.—Si por cualquier causa la entidad y los Bancos de referencia dejaren de publicar el 'tipo de interés preferencial' de las operaciones de crédito a tres años, el interés aplicable a cada uno de los períodos anuales se determinará en base al que resulte inferior de los siguientes tipos de referencia sustitutivos, y por su orden, con los incrementos que para cada uno se expresan:

1. El publicado por la entidad o el promedio de los publicados por los Bancos de referencia para plazos más largos, tomando siempre el más próximo a tres años, incrementado en el diferencial indicado en el apartado anterior.

2. El publicado por la entidad o el promedio de los publicados por

los Bancos de referencia para el plazo de dos años, aumentado en el propio diferencial, más 1/2 punto.

3. El publicado por la entidad o el promedio de los publicados por los Bancos de referencia para operaciones a un año, incrementado en el mismo diferencial más un punto.

4. En el caso de que en virtud de normas legales o reglamentarias la entidad y los Bancos de referencia no publicasen tipo preferencial alguno, los tipos de interés aplicables a este préstamo serán en cada anualidad los que resulten de incrementar el tipo de interés retributivo que la entidad aplique a los depósitos de ahorro a más largo plazo, el cual en este caso será publicado por la entidad, en forma análoga a la anteriormente expuesta, con el diferencial que existiera en el año anterior entre el indicado tipo y el que se hubiere aplicado a este préstamo».

Se reconocerá en una primera lectura que esta redacción es bastante complicada para la parte prestataria, lo que ya de por sí sería causa de descalificación de la misma.

Pero es que haciendo una lectura más detenida, la descalificación ha de ser todavía más fuerte por lo siguiente: 1.º Porque se incluye entre los tipos sustitutivos los de la propia entidad, lo que infringe el artículo 1.256 del Código Civil, sin que se obvie este precepto por la referencia a tipos alternativos, según se ha razonado antes en el epígrafe correspondiente a esa cuestión. 2.º Porque se alude a unos tipos de referencia en relación con operaciones de plazo diferente al del período de interés, lo que determina cierta inconsecuencia en el elemento comparativo. 3.º Porque no se acreditan en el momento del contrato esos tipos de referencia y su diferencial respecto al tipo inicialmente pactado.

Hay que insistir ahora en este tercer punto crítico de los intereses sustitutivos, es decir, en el defecto de no *acreditar* ese interés de referencia en el momento de firmar el contrato, y en consecuencia, en no saberse si el diferencial que se señala responde o no a la realidad. Es muy cómodo decir que el prestatario puede enterarse de cuáles son esos tipos de referencia y cuál es su diferencial, cuando la verdad es que resulta bastante complicado y engorroso, y sobre todo, será prácticamente imposible comprobarlo en un momento posterior a medida que vaya pasando el tiempo desde la firma del contrato. Concretamente, me pregunto: ¿toda esa serie de sustitutivos que se señalan responden al respectivo diferencial que se indica? La necesidad de dar claridad al contrato impone que se acompañen los justificantes o pruebas de esa serie de tipos sustitutivos, pues si se diera el caso de que en un momento ulterior tuvieran que entrar en funcionamiento, podría producirse la indefensión para el prestatario al no haber podido comprobar si en el momento de la

firma del contrato respondían a la realidad. Una vez más la figura del contrato de adhesión impone este planteamiento, en lugar de decir que cada cual es libre de firmar lo que estime pertinente y de tener o no conocimiento de lo que quiera. ¿Qué prestatario, hombre corriente, buen padre de familia, tendrá conocimiento, si no se le acredita, de todos esos tipos de referencia sustitutivos y de sus correspondientes diferenciales en el momento de firmar el contrato? Como no se pueden aceptar firmas en blanco, hay que rechazar esa masiva enumeración de tipos sustitutivos y esa carencia de justificación. ¿Y si en vez del diferencial de un punto o medio punto, que se señala, resulta que hay un error, y que el diferencial en el momento del contrato es de tres puntos? La cuestión es fundamental, pues de ello dependerá que la variación sea en un sentido o en otro, en el futuro.

Por cierto, que la Circular 12 del Banco de España tampoco es muy amiga de los intereses sustitutivos, ya que la norma segunda dice: «El tipo de interés de referencia pactado sólo podrá ser sustituido por otro tipo de referencia, en las circunstancias previstas en la norma cuarta, párrafo 2.º». Y el párrafo 2.º de la norma 4.ª dice: «No obstante lo anterior, en las operaciones ligadas al mercado interbancario, y en previsión de circunstancias excepcionales en que no hubiera disponibilidad de fondos a plazo equivalente al período de interés, se podrá pactar en el contrato original la aplicación transitoria de otros tipos de referencia y períodos de interés, en tanto persistan esas circunstancias».

La repetida Comisión de Registradores que estudió este tema, interpretó estos párrafos en el sentido que «no se admiten los intereses sustitutivos en términos generales. O bien sólo lo admite para operaciones del mercado interbancario, o bien, si se interpreta que es fuera de él, es de modo transitorio y excepcional, por falta de disponibilidad de fondos».

Ahora bien, ya hemos dicho que la Circular no es vinculante para los prestatarios, al no haber sido publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, por lo que, aun entendiendo que la citada Circular no prohíbe los intereses sustitutivos —cosa que no resulta de su texto—, no podría llegarse a la conclusión de que son admisibles, pues su rechazo lo hemos fundado en otro tipo de argumentos, habiéndose aludido ahora a la Circular a título simplemente de curiosidad.

Por eso, poco nos puede interesar tampoco que ante cualquier consulta de una entidad crediticia al Banco de España, éste dijera que cabe utilizar tipos de referencia sustitutivos, pues esto no es ningún argumento para evitar y obviar los requisitos de Derecho civil y de Derecho hipotecario que son exigibles para pactar tales intereses, a saber: 1.º que no produzcan oscuridad a la parte prestataria, y oscuridad la produce una

multiplicidad de intereses sustitutivos; 2.º que se acredite cada uno de los tipos de referencia en el momento de firmar el contrato, para así que quede acreditado su diferencial respecto al interés inicial, y permita en el futuro comprobar la variación producida; 3.º que los tipos de referencia sustitutivos se refieran a operaciones de plazo similar al período anual de interés; 4.º que esos tipos de referencia sean objetivos y no los de la propia entidad.

Necesidad de notificar al prestatario las variaciones de interés

Como se trata de una cuestión fundamental para él, pues según vamos a ver en seguida, puede optar por desistir del contrato antes de admitir el nuevo tipo (cláusula de rescisión), ha de considerarse requisito necesario de la escritura de préstamo el que se pacte y articule adecuadamente el sistema de notificación al prestatario por parte de la entidad prestamista.

La Circular 12 del Banco de España impone también esta obligación a la entidad prestamista diciendo que «deberá comunicar al prestatario el tipo de referencia a aplicar a cada período de interés». Pero en cualquier caso, ya se ha dicho que lo impone la equidad y el buen sentido que ha de presidir el contenido de una nueva figura que se crea en la práctica jurídica.

En algunas de las escrituras de hipoteca que pretenden acceder al Registro se pacta un sistema de notificación improcedente, a base de entender hecha la notificación por la mera publicación de la variación en un periódico de la provincia. Este sistema es insostenible, pues sólo cabe aplicarlo en casos de rebeldía procesal, y no en este caso, en que lo que debe imperar es procurar que el prestatario se entere de la variación para que pueda optar por desistir o no del contrato, y no obligarle a que compre o se suscriba a un determinado periódico, y a que lo lea directamente en espera de que algún día se entere de la noticia.

Por tanto, es claro que esa forma de publicación por periódicos no equivale a una notificación y produce indefensión a la parte prestataria. Ahora bien, ¿en qué forma se debe realizar esa comunicación? Exigir sin más la notificación notarial a toda la masa de prestatarios sería excesivo. Creo que en este punto, no hay que confundir dos problemas diferentes: uno de ellos, es la necesidad de pactar esta notificación en el contrato, porque lo impone la buena fe y la equidad contractual, pero, a este efecto, basta que sea en cualquier forma directa; y otro problema distinto, es el de la notificación o requerimiento en caso de incumplimiento en el pago de las prestaciones, como requisito para que el acreedor pueda ejercitar el procedimiento judicial sumario. Separemos ambas cues-

tiones: la notificación de la variación del interés ha de pactarse en principio sin referencia a una concreta forma notarial. Y entonces, pueden suceder varias cosas: que el interesado conteste diciendo que acepta o diciendo que desiste del contrato, y en tal caso no hay problema, pues se hará en la forma solicitada; o que el interesado no conteste, en cuyo caso, pueden a su vez suceder dos cosas: que no haya contestado, pero que al recibir la notificación del nuevo interés lo siga pagando, con lo que en cierto modo eso equivale a darse por enterado; o que no conteste ni pague, en cuyo caso, antes de ejercitar el procedimiento judicial por parte de la entidad, ha de cumplir los requisitos legales, entre ellos, hacer el requerimiento en forma al deudor y tercer poseedor, es decir, notarial o judicialmente. Pero entonces ha de poder optar por desistir del contrato.

En cualquier caso, parece oportuno pactar un domicilio para notificaciones a estos efectos, por analogía con lo dispuesto en el artículo 130 de la *Ley Hipotecaria*.

Necesidad de pactar la llamada cláusula de rescisión

Otro de los requisitos que impone el buen sentido es que se permita al prestatario desistir del contrato con ocasión de cualquier subida de interés, sin más que realizar la devolución de la parte pendiente del capital con los intereses al tipo antiguo, sin revisión. Parece además necesario darle un plazo prudencial, que bien puede ser el de seis meses, a tal efecto, como he visto en alguna escritura que circula en la práctica diaria.

Este requisito de buen sentido, lo exige también la Orden del Ministerio de Economía de 17 de enero de 1981, en su número segundo, punto tercero, al decir que «deberán establecerse cláusulas de rescisión de las operaciones en función de la alteración de los tipos y condiciones de los mercados que permitan a cualquiera de las partes una ordenada gestión financiera». Por tanto, estamos ante un requisito legalmente exigido, pues lo impone la Orden ministerial citada, que sí ha sido publicada en el *Boletín Oficial del Estado* y es norma vinculante para ambas partes contratantes.

La Circular 12 de 1981 del Banco de España también insiste en este punto diciendo que «los contratos deberán establecer el procedimiento de rescisión en caso de no aceptación por el prestatario del tipo de interés a aplicar en el siguiente período de interés». Pero recordemos que lo que diga la Circular no es vinculante a efectos civiles, sin perjuicio de admitir este párrafo en el presente caso por coincidir con lo que dispone la Orden ministerial.

En la práctica, se advierten a veces imprecisiones terminológicas en las escrituras de hipoteca, que hay que tratar de evitar, pues pueden producir confusiones de fondo. Así, a veces se emplea la palabra «resolver» en vez de «rescindir», y ello es totalmente inadecuado, aparte de contrario a la normativa que impone la Orden ministerial. Es discutible si estamos ante una verdadera «rescisión», pero en cualquier caso, siempre será concepto más adecuado que el de «resolución». Quizá la naturaleza jurídica del supuesto se adapte mejor a la figura del «desistimiento» de la parte prestataria. En cambio, la «resolución» tiene una carga de «incumplimiento» y de «indemnización de daños y perjuicios por ilicitud civil», como dice MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS (compárese con art. 1.124), que no puede ser aplicable a nuestro caso, en que por un cambio de circunstancias, de lo que se trata es de permitir al prestatario que desista del contrato, sin ninguna dosis de incumplimiento o ilicitud contractual, y sin indemnización de daños y perjuicios.

Por ello, aquellas cláusulas de interés variable que empleen la palabra «resolución» en lugar de «rescisión» o «desistimiento» no deberían tener acceso al Registro de la Propiedad, pues pueden repercutir negativamente en la parte prestataria. Sobre todo teniendo en cuenta que se suele añadir que cargará con «los gastos de toda clase».

Necesidad de que el diferencial sea fijo

En la norma segunda de la Circular 12 del Banco de España se dice que el diferencial «permanecerá invariable durante la vida del contrato». Esto también lo impone el buen sentido que ha de presidir la creación de nuevas figuras contractuales, pues en una cláusula de interés variable, lo que ha de variar, por definición, es el tipo de referencia y no el diferencial, que en cambio, constituye la garantía de previsión y objetividad de la cláusula. Si encima de ser variable el interés de referencia, se varía en cada momento el diferencial, se produce una inseguridad en el posible cálculo de la variación por la parte prestataria. Esta ya sabe que el interés de referencia puede variar, pero también sabe que con sólo sumar unos puntos fijos (diferencial) a ese tipo de referencia, tendrá el interés variable en un momento dado. Por tanto, el requisito de «diferencial fijo» lo impone la necesidad de dar claridad y objetividad a la cláusula.

En la práctica, muchas veces se utiliza el concepto de diferencial arbitrariamente o al azar, como si se tratase de un mero incremento de puntos. Pero esto es *gravísimo*, pues entonces la cláusula es exclusivamente *al alza*. El diferencial no es el de los coches ni es un juego, sino que ha de responder a una realidad básica y objetiva. la diferencia acreditada ya en el momento de otorgar el contrato entre el tipo inicial y el

tipo de referencia. Después, el tipo de interés de referencia variará al alza o a la baja, pero el diferencial ha de permanecer fijo. Sólo así, la cláusula será objetiva.

*Necesidad de pactar plazos similares de las operaciones
del tipo de referencia*

Es frecuente en la práctica aludir a tipos de referencia previstos para operaciones a mayor plazo que el período de interés variable. Así, se dice que se pacta el tipo de referencia equis correspondiente a las operaciones a plazo a tres años, cuando el período de interés es de un año, por ejemplo. Esta falta de concordancia la denuncia también la Circular 12 del Banco de España aludiendo en su norma tercera al tipo preferencial «para operaciones de crédito o préstamo de plazo similar al período de interés».

Necesidad de acreditar el tipo de interés de referencia

A lo largo de este estudio, he dicho varias veces que el tipo de referencia ha de acreditarse en el momento de la firma de la escritura de hipoteca, a base de acompañar el documento justificativo correspondiente, para dejarlo incorporado a la escritura, o bien acompañarlo posteriormente para dejarlo archivado en el legajo correspondiente del Registro. Este requisito lo impone la necesidad de que ambas partes contratantes y no una sola tengan plenamente formado su conocimiento y consentimiento en esta materia tan importante, a fin de evitar errores que producirían vicio del consentimiento contractual. Recuérdesse lo ya dicho a propósito de los contratos de adhesión.

Por tanto, no sólo ha de acreditarse el tipo de referencia en el momento de la ejecución, a efectos de poder ejercitar la acción hipotecaria, sino que también en el momento de la firma del contrato, la formación plena del consentimiento contractual exige que se acredite ese tipo de referencia que se pacta.

Modelo de cláusula de interés variable que se propone

«Se pacta como tipo de interés inicial el 16,50 por 100 anual (por ejemplo), resultante de incrementar con el diferencial de dos puntos la media aritmética de los tipos preferenciales de interés para operaciones de crédito (préstamo) a un año, publicados por las entidades siguientes: ... (que no sean todas Cajas, sino también Bancos, y que no se incluya

la propia entidad)..., siendo dicha media aritmética en el día de hoy el 14,50 por 100.

Este tipo de interés estará vigente hasta el último día del año natural siguiente al presente.

En cada período anual sucesivo —años naturales— el tipo de interés será, al alza o a la baja, el resultante de añadir ese diferencial de dos puntos al promedio de los intereses preferenciales de las citadas entidades publicados el 1.º de octubre anterior a cada período de interés.

El nuevo tipo de interés se comunicará a la parte prestataria, a cuyo efecto se fija como domicilio la propia finca hipotecada (por ejemplo). La parte prestataria podrá desistir del contrato si no le conviniera el nuevo tipo de interés, a cuyo efecto deberá comunicarlo así a la entidad prestamista antes del 1.º de diciembre, y quedará obligada a devolver las cantidades pendientes en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor del nuevo tipo, durante cuyo plazo los intereses se satisfarán al tipo anterior.

En el supuesto de que ninguna de las entidades crediticias de referencia publicasen el preferencial indicado, se utilizará como tipo de referencia sustitutivo la media ponderada del rendimiento interno de las obligaciones privadas (u otro objetivo), que en el día de hoy es... según se acredita por certificación o publicación del Banco de España, siendo, por tanto, el diferencial fijo en este caso de tantos puntos respecto al tipo de interés inicial pactado.

A efectos de la hipoteca que se constituye en esta escritura, el máximo del tipo de interés que no puede ser sobrepasado es del ... (aquí, como máximo un 50 por 100 más del tipo inicial) (1).

Para acreditar el tipo de interés en el procedimiento judicial sumario se pacta que será documento acreditativo suficiente las certificaciones de las entidades de referencia antes señaladas o bien la certificación del Consejo Superior Bancario, o de la Confederación de Cajas de Ahorro o del Banco de España.»

Con esto termino el presente estudio recordando los puntos que han constituido el *leiv motiv* del mismo, a saber:

1.º Necesidad de que el tipo de referencia sea objetivo y no los de la propia entidad (art. 1.256 del Código Civil).

(1) Haciendo por mi parte un gran esfuerzo, la escritura podría añadir la siguiente frase, *pero no sería inscribible*: «Ello sin perjuicio de que, a efectos meramente obligacionales y con efectos *inter partes*, pueda sobrepasarse ese límite y exigirse por acción personal». En seguida habría que insistir en su denegación a efectos registrales, bien por ser de efectos personales o bien por ser ineficaz incluso entre partes por no marcar límite máximo de riesgo, según mi opinión.

2.º Necesidad de que la cláusula de interés variable se configure como hipoteca de máximo, a todos los efectos, sin distinguir entre partes y terceros.

3.º Necesidad de que esta figura de nueva creación que es la cláusula de interés variable se pacte con un contenido que responda a la claridad y equidad contractual, tal como es exigible en los contratos de adhesión y en las figuras de nueva creación.

Una última cosa: recomiendo la lectura detenida de las cláusulas que circulan actualmente en la práctica. Sólo así se comprenderán las razones expuestas en este estudio.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

Registrador de la Propiedad

Algunas consideraciones en torno al Derecho de Propiedad Inmobiliaria

INTRODUCCION

El derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles es una de las instituciones jurídicas cuya fundamentación y descripción jurídica resulta más difícil quizá por ser obvia su existencia y su aceptación. En torno a ella se han centrado discusiones de todo orden tanto desde el punto de vista jurídico como desde el sociológico o político. En este breve artículo no se intenta un estudio conceptual del derecho de propiedad a lo largo de los tiempos, ni mucho menos una fundamentación sociológica de su existencia. La literatura jurídica en torno al tema es tan abundante y, en muchas ocasiones, de tanta calidad que resultaría superflua e insuficiente cualquier exposición sobre la materia. Sin embargo, sí puede ser útil, desde el punto de vista estrictamente técnico, llevar a cabo la exposición de una serie de ideas que, quizá, por estar en la mente de todos, no son, en general, objeto de una explicación clara. Muchas veces lo evidente no es objeto de sistematización y explicación cuando la realidad es que el sentir general y las manifestaciones concretas de una institución en un tiempo determinado suelen dar la clave de la esencia y la conveniencia de la misma.

En este sentido, desde mi punto de vista, el examen de la realidad actual puede facilitar en gran medida el montaje de instrumentos técnicos capaces de desarrollar no solamente la relación jurídica de dominio sino, muy fundamentalmente, el cumplimiento de las finalidades a que hoy día está avocada la vieja institución de la propiedad privada sobre los bienes inmuebles.

En la doctrina suele ser frecuente el estudio del derecho de propiedad en función de una serie de ideas que prácticamente se aceptan en su integridad como elementos básicos de su configuración. Así, desde un punto de vista muy genérico, puede decirse que la línea común de pensamiento discurre en torno a las siguientes ideas:

- a) Que el concepto de propiedad constituye una noción de carácter socioeconómico que afecta básicamente al contenido patrimonial de la institución, mientras que el término dominio se refiere a la expresión técnica del poder jurídicamente más absoluto que la norma permite sobre un bien inmueble, dentro del marco genérico de los llamados derechos reales.
- b) Que la propiedad como concepto socioeconómico ha experimentado una evolución paralela a la propia organización social. Así, se inicia como un poder de la comunidad sobre los terrenos que constituyen su asiento, para concluir, a través fundamentalmente de las instituciones romanas, en una facultad atribuida a las personas individuales con el carácter de oponible, tanto frente a los demás miembros de la comunidad, como frente a ésta considerada en sí misma. La organización social basada en la dependencia personal típica de los siglos medios, da lugar a un oscurecimiento de la naturaleza individual de la titularidad del dominio, mediante la aparición del dominio dividido, que va desapareciendo en los siglos modernos, hasta que en la Revolución francesa se culmina el proceso liberal de organización de la propiedad privada como facultad individual de los ciudadanos y de las personas jurídicas, completándose el proceso con la destrucción jurídica de la propiedad vinculada y de la titularidad en manos muertas. El siglo xx asiste a una revolución básica en el ejercicio del contenido del Derecho a través de la doctrina de la función social del dominio que se organiza a través de una cada vez más profunda penetración del Derecho público en el contenido de las facultades dominicales.
- c) Que el derecho de propiedad inmueble es por tanto un elemento determinante de la organización social y, al mismo tiempo, su configuración, una consecuencia directa del criterio que se adopte en cuanto a la concepción política sobre el propio esquema social.
- d) Que la regulación civil del dominio, recogida hoy día en los códigos, obedece a una concepción liberal ampliamente superada por la función social de la Propiedad Inmobiliaria y que, por tanto, es necesaria una revisión de esa concepción a la luz

de los textos constitucionales y de la legislación especial sobre la propiedad inmueble. Dentro del Derecho español esta materia ha sido objeto hoy de un tratamiento bastante profundo a la luz del texto constitucional de 1978, de las precisiones contenidas en la legislación urbanística y en los preceptos específicos de la legislación agraria (1).

En conjunto, no cabe duda de que, por las razones que se apuntaban anteriormente, la postura que se adopte sobre la propiedad está tan directamente influida por la posición política o filosófica del intérprete de la norma, que muchas veces es difícil rastrear cual sea el concepto que realmente se predica del dominio ya que, normalmente, la propia técnica jurídica se pone consciente o inconscientemente al servicio de una determinada concepción previa. Cobra así trascendental importancia aquella frase del profesor DE CASTRO según el cual la postura previa del intérprete determina tanto el método de interpretación como la acogida que se dé a determinadas instituciones jurídicas. Pues bien, raramente se encontrará dentro del campo del Derecho una institución tan controvertida y sujeta a esa previa postura como la del derecho de la propiedad inmueble.

En función de estas ideas, se ha estimado oportuno en estas breves líneas, llevar a cabo un estudio del Derecho de Propiedad Inmobiliaria desde un punto de vista técnico que prescinda, al menos en una exposición pormenorizada, de su fundamento filosófico y de su evolución histórica. La cuestión se estudia más bien desde el plano fenomenológico de sus manifestaciones actuales con la finalidad de contestar a una pregunta esencial.

En efecto, es evidente que mientras la opinión común parte de la base de una concepción iusprivatística del dominio de los inmuebles, avalada por preceptos civiles superados y corregidos por una seria penetración del Derecho público en el ámbito propio del contenido del poder jurídico dominical, lo cierto es que existen y se manifiestan, con una frecuencia cada vez mayor, tipos y modalidades de propiedad inmueble no regulados suficientemente en la norma y que exceden con mucho en su riqueza jurídica de las simples limitaciones a las facultades del titular que establece la norma de Derecho público.

Desde este punto de vista, la pregunta a que antes se ha hecho alusión es la siguiente: ¿Realmente la propiedad que hoy se manifiesta en nuestra sociedad moderna es simplemente la vieja institución liberal remozada por su adscripción a la función social que el moderno ordena-

(1) Cabe citar, como ejemplo, y entre otros, el estudio del profesor VICENTE MONTÉS en su obra *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*.

miento exige? Si la contestación fuera positiva nos encontraríamos ante una contradicción insuperable, puesto que difícilmente puede adecuarse una concepción característica de épocas pasadas a las nuevas necesidades de la sociedad moderna. Ello supondría que las técnicas civiles serían incapaces de dar respuesta a problemas nuevos para los cuales la norma vigente no está preparada. Sin embargo, creemos que no es ésta la postura lógica. La realidad jurídica nos permite una opinión radicalmente distinta.

Así, frente a la concepción vulgar de que la técnica civil sobre la propiedad inmueble se ha parado en el tiempo, de tal forma que la evolución de aquel Derecho se centra exclusivamente en una cada vez mayor limitación de las facultades de su titular, provenientes, de forma genérica, del ordenamiento público que «delimita» el poderío definido en los códigos civiles y concretamente en nuestro artículo 348, lo cierto es que la propiedad inmobiliaria está experimentando una revolución fundamental que afecta no a sus límites exógenos sino a su propia estructura y características.

Lo que se pretende demostrar es precisamente que, frente a las necesidades impuestas por la nueva organización social resultante de la evolución económica y jurídica, la propiedad inmueble ha experimentado una modificación tal que es necesario un análisis de sus características actuales para ver hasta qué punto es preciso revisar las ideas tradicionales sobre la misma. Desde este punto de vista, la vieja técnica iusprivatística vuelve a ser capaz de responder al reto de las actuales necesidades mediante una concepción versátil del dominio inmobiliario en la que se dan dos características, a mi juicio, muy interesantes:

- Que no es bastante una simple penetración del Derecho público en el campo de la configuración civil del dominio para que éste responda a las necesidades de los tiempos.
- Por el contrario, que una excesiva acentuación de la delimitación pública de la propiedad rompería los esquemas organizativos de la actual sociedad, puesto que la complejidad de ésta exige mecanismos muy precisos en los que la técnica iusprivatística es absolutamente esencial.

Para llevar a cabo un análisis técnico de la actual organización de la propiedad puede partirse de diferentes criterios. En este artículo, a efectos dialécticos, y con cierta simplificación, se va a examinar la propiedad desde un cuádruple punto de vista: *de su titularidad, de su objeto, de su contenido* y, por último, *desde el ámbito de la protección de su ejercicio*.

Se sigue con ello el esquema que, en cuanto a la estructura del derecho subjetivo ofrece la clásica teoría del profesor FEDERICO DE CASTRO.

Se parte de la base de la concepción tradicional de entender el derecho de dominio sobre los bienes inmuebles como el ejemplo típico de los llamados derechos reales desvinculados en su ejercicio y en su protección del título que da lugar a su nacimiento o a su adquisición, de tal forma que el poder jurídico que confiere es ejercitable no solamente frente al transmitente, sino frente a todos los demás elementos integrantes de la comunidad y frente a la comunidad misma como sujeto independiente. Es, por tanto, el derecho real típico o paradigmático.

Pues bien, si se lleva a cabo un análisis de este derecho cabe distinguir:

I. EN CUANTO A SU TITULARIDAD

La concepción tradicional del derecho de propiedad inmueble obedece, en este punto, a dos ideas:

1. *En el plano de la técnica jurídica* se entiende la propiedad como un poder atribuido normalmente a un solo titular. La figura de la comunidad, que supone la coexistencia de dos o más elementos personales a los que se atribuye conjuntamente la propiedad se regula en el Derecho civil como un fenómeno no deseado, bien provisional o bien resultante de una realidad jurídica exterior al propio derecho de dominio. En efecto, al menos dentro de la técnica romanista traducida al lenguaje liberal del siglo XIX, la comunidad en la titularidad dominical parte de las siguientes ideas:

- a) En determinados supuestos, la comunidad es una necesidad exterior y anterior al propio derecho de dominio. Así, cuando la comunidad de intereses está impuesta por una realidad social distinta, por ejemplo, el matrimonio o sociedad hereditaria, es inevitable la atribución conjunta del dominio a los componentes de dicha comunidad, en tanto esta situación se mantenga. Es indiferente a los efectos que estamos estudiando la naturaleza jurídica intrínseca de la comunidad dominical de que se trate, bien por cuotas, bien en mano común, bien de terceros géneros difícilmente encuadrables.
- b) Fuera de los supuestos anteriores, la comunidad o condominio se regula como un fenómeno no deseado que puede indudablemente nacer de la voluntad del conjunto de los partícipes, pero

que se caracteriza por la nota de la provisionalidad y por la nota de la imperfección jurídica.

- Por la nota de la provisionalidad, puesto que dicha comunidad puede ser rota en cualquier momento a través de la acción irrenunciable e imprescriptible de división de la cosa común.
- Desde el punto de vista de la imperfección jurídica porque no se ha resuelto con claridad el problema de la armonización entre las facultades dominicales atribuidas a cada cotitular y de sus posibilidades de uso y disfrute o de posesión material respecto de la cosa tenida en común.

Es cierto que los Códigos Civiles dan normas sobre la materia, pero también lo es que, generalmente, dichas normas no son absolutamente claras y dan lugar, a menudo, a problemas de interpretación cuya solución se ha intentado mediante mecanismos presuntivos como la posesión civilísima, o a través de convenios entre los copartícipes de escasa regulación y compleja definición.

Por tanto, y en conclusión, en lo que se refiere a este aspecto, los supuestos de comunidad en nuestra concepción tradicional solamente se admiten para responder a realidades anteriores, de tal forma que su existencia se condiciona a esta previa realidad, y cuando ello no es así, lo que pudiéramos definir como comunidad voluntaria se somete a un ataque directo por parte del legislador para evitar su continuidad y, desde luego, su obligatoriedad.

¿La situación es hoy la misma? Evidentemente, en los textos legales sí, pero en la realidad jurídica la cuestión cambia sustancialmente.

Como luego se verá más detenidamente, al examinar el contenido y el objeto de la propiedad inmueble, estamos asistiendo a un fenómeno nuevo y diferente que, en alguna medida, aparece en todas las legislaciones a través de las llamadas comunidades de intento o supuestos de indivisibilidad jurídica. Se trata de casos, cada día más frecuentes, en los que el régimen de comunidad es inseparable de la propia configuración del derecho de dominio. No puede ejercerse el dominio si no es en régimen de comunidad. Los ejemplos serán examinados luego con más detenimiento, y nos limitamos aquí a apuntar la idea. No se trata ya de la atribución del dominio a todos los cotitulares porque lo exige una previa organización jurídica en la que están integrados, o en virtud de un título constitutivo de carácter provisional no deseado, sino que, por el contrario, el régimen de cotitularidad es esencial para la existencia del propio derecho.

Así, la cotitularidad surge del propio Derecho como esencial al mismo y, por tanto, goza de las características de la protección de la norma y de su subsistencia en el tiempo, sin que quepa la división en tantos objetos o derechos como cotitulares existan. Se ha roto el principio del carácter esencial de la *actio communi dividundo*.

2. Desde el punto de vista socioeconómico, la propiedad inmueble, dentro del acontecer histórico y hasta tiempos muy recientes, se reservaba a unos pocos miembros privilegiados de la comunidad. Incluso en la concepción llamada moderna o liberal de nuestros códigos, el dominio sobre los bienes inmuebles es una realidad en la que solamente se integraba una escasa minoría de la población. La gran masa no accedía a este tipo de Derecho. Sin embargo, hoy día ya se puede afirmar sin miedo que la propiedad inmueble se ha popularizado. En alguna medida todos somos titulares, o podemos serlo con mucha facilidad de bienes inmuebles. Lo que supone consecuencias importantes:

- a) En una organización social en la que solamente unos pocos, generalmente más privilegiados, son titulares de bienes inmuebles, puede decirse que la capacidad de autoprotección de tales titulares es grande. La titularidad de bienes inmuebles normalmente coincidía con el poder político, cuando no era su causa y, por tanto, el titular de bienes inmuebles lo era de un derecho fuerte y predominante.
- b) Por el contrario, en nuestro tiempo actual, el titular de bienes inmuebles es un ciudadano más, titular de un derecho común, entendido común por su divulgación. El propietario es el titular de un derecho que exige una protección pública, tan fuerte como la tiene el estado civil o cualquier otro derecho al alcance de un ciudadano normal. La popularización del derecho de propiedad hace necesario un sistema de protección de ese derecho más profundo y más preciso que el que tradicionalmente ofrecen los Códigos o, al menos, algunos Códigos Civiles.

Consecuencia de todo lo anteriormente expuesto es, por tanto, que en lo que se refiere al ámbito de su titularidad, la revolución que experimenta el Derecho de Propiedad Inmobiliaria se centre en dos ideas. *La población accede ampliamente a la titularidad de los bienes inmuebles y, en muchas ocasiones, con un régimen de cotitularidad que es esencial al ejercicio del propio derecho.*

II. EN CUANTO A SU OBJETO

La finca, es decir, el trozo de la superficie terrestre delimitada poligonalmente en función del derecho que sobre él se ostenta, ha venido siendo el concepto jurídico tradicional en torno al cual se centra la concepción de la propiedad inmueble. El fundo, el predio, la finca, como hemos dicho antes, no es más que un trozo específico de terreno respecto del cual el propietario ejerce un poder jurídico que, en la técnica de la atribución unipersonal generalizada a que antes nos referimos, se delimitaba verticalmente hasta el «cielo y los infiernos» en la tradicional terminología, para ser en los últimos tiempos objeto de limitaciones espaciales por razón de su confluencia o confrontación con el dominio público, por razones generalmente de aprovechamiento minero del estado o de necesidades de utilización del espacio aéreo.

Podemos preguntarnos si esta configuración tradicional hoy se entiende igual, y la respuesta ha de ser necesariamente negativa. En efecto, es cierto que el concepto tradicional de finca se mantiene, sobre todo dentro del campo de los usos agrarios, aunque ha sido objeto de mayores limitaciones, pero también lo es que dichas limitaciones se encuentran dentro del campo del principio de penetración pública del dominio como consecuencia de la función social a que debe adscribirse el aprovechamiento de los predios. Desde luego, dentro del campo de los usos urbanos o industriales, la situación se modifica notablemente. Pero conviene estudiar este aspecto pormenorizadamente.

En primer lugar, la vieja concepción de la accesión del vuelo al suelo que parte de la base del mayor valor de este último pierde significación dado que el coste económico y la permanencia de las edificaciones, es decir, la obra del hombre incorporada a la superficie, da lugar a una mayor consideración jurídica de la edificación que de la propia superficie sobre la que se asienta. El principio no aparece aún recogido en nuestros textos civiles de una forma directa, pero en el campo de la legislación urbanística las novedades pueden demostrarse sobradamente.

El suelo se «moviliza», se considera como un elemento determinante de las posibilidades edificatorias futuras, y lo que realmente se contempla como objeto de tráfico es la unidad urbana terminada que se desvincula claramente en muchas ocasiones de la superficie sobre la que se asienta. Desde este punto de vista, por una parte, se intenta la revitalización del derecho de superficie como una modalidad moderna del dominio dividido que centra la protección jurídica en el dueño útil, es decir, el superficiario; y, de otra parte, y esto es lo más importante, se concibe el objeto del Derecho más como un espacio cúbico edificado o edificable

que como un trozo de superficie, ya que ésta puede y debe ser objeto, en muchas ocasiones, de un conjunto de modificaciones físicas y jurídicas hasta que es susceptible de edificación. El ejemplo típico de esta «modificación» se observa ante todo en el ámbito de los sistemas de actuación por compensación o expropiación o en el expediente de reparcelación.

De otra parte, ese espacio cúbico edificado o edificable deja de ser una cosa simple para convertirse generalmente en una cosa compleja, en la que son perfectamente distinguibles elementos considerados como partes integrantes, pertenencias y accesorios, en la terminología tradicional; y además, y esto es lo fundamental, en la que suelen ser perfectamente distinguibles unos elementos cuya atribución debe llevarse a cabo en forma exclusiva y excluyente a un titular individualizado, y otros cuya atribución debe realizarse en régimen de comunidad para el debido aprovechamiento del objeto.

Se trata de los llamados conjuntos inmobiliarios, cuyos ejemplos son innumerables, y que responden a la necesidad de dotar a un inmueble complejo de una organización jurídica capaz de facilitar su uso y su distribución. En nuestro país solamente se encuentran regulados a través de la escasa normativa de la Ley de Propiedad Horizontal, ampliamente superada, puesto que no se puede pensar solamente en que tal situación se dé en los edificios divididos por plantas, sino en todos aquellos casos en que nos encontremos ante urbanizaciones particulares, complejos industriales, centros comerciales, conjuntos constituidos por varias manzanas y edificaciones sobre o bajo la rasante cuyos elementos se confunden o sobreponen, incluso, a elementos edificados de dominio público, y cuyas características y posible regulación han sido estudiadas con amplitud en diferentes ocasiones (2).

Las características básicas de estos conjuntos son las siguientes:

- a) Se trata de objetos complejos en los que es preciso distinguir elementos de atribución privativa dentro de lo que pudiera llamarse, con una frase gráfica, ámbito íntimo de la propiedad inmueble, y elementos comunes de atribución conjunta a todos y cada uno de los titulares de los elementos de aprovechamiento privativo. Cabe también que, sin elementos comunes, exista un conjunto de obligaciones o de vinculaciones a una actividad concreta por parte de cada uno de los titulares de distintos elementos de un inmueble, nacido de la necesidad de tratamiento uni-

(2) Puede citarse, como ejemplo, la ponencia aportada al V Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Roma en 1980, «Los conjuntos inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad», cuyos autores fueron José MANUEL GARCÍA GARCÍA, PABLO VIDAL FRANCÉS y JESÚS ALVAREZ BELTRÁN.

tario en cuanto a su cuidado y aprovechamiento, de dichos elementos, o que ambas situaciones coincidan en un mismo supuesto.

- b) Cada uno de esos conjuntos constituye una unidad dotada de vida jurídica propia en la que normalmente permanecen inalterados los distintos tipos de elementos que lo integran y, en los que, por tanto, surge por razón de su propio aprovechamiento una comunidad de intereses que exige el régimen de cotitularidad intrínseco a que se hacía referencia anteriormente en el estudio de los elementos personales del derecho de propiedad.
- c) Cabe incluso que la distinción entre las facultades que recaen sobre el objeto se distribuyan no en función de criterios físicos o espaciales sino en función de criterios temporales. No se trata de un régimen de dominio provisional y sujeto a redención o a reversión, como ocurre en las figuras censales o en la superficie, sino de un derecho de propiedad de carácter permanente, si bien distribuido en el tiempo entre sus cotitulares. Cabe, incluso, que en la distinción entre elementos comunes y elementos privativos se mezcle la figura de dominio por tiempo compartido, con lo que el viejo concepto de la finca como elemento unitario constituido por un trozo de la superficie terrestre se ha desdibujado hasta el extremo de que resulte irreconocible.

La evolución es lógica y tiende a confirmarse. Por una parte, la tecnología de la edificación da lugar a la aparición de objetos inmobiliarios complejos desde el punto de vista físico; por otra, la organización social actual a que se ha hecho referencia anteriormente, no solamente permite el acceso al dominio inmobiliario de amplias capas de población, sino que, además, exige que la atribución del objeto a los distintos cotitulares se lleve a cabo con delimitación física de diferentes elementos parciales de la edificación a través de una regulación estatutaria de las limitaciones que en el aprovechamiento del inmueble impone la necesaria cotitularidad entre ellos. Así, una característica típica de nuestra época es que además de las formas de organización política o las tradicionales de asociación civil o mercantil surjan comunidades de intereses cuya finalidad es la de aprovechar adecuadamente los modernos bienes inmuebles. El que la organización jurídica de estas comunidades de intereses se lleve a cabo como una forma de cotitularidad civil, como una nueva persona moral o como una figura mixta sobre la cual en base de la comunidad de bienes, se dote de personalidad limitada a los órganos de gobierno de la propia comunidad, modalidad ésta última que

ha sido estudiada en algunos proyectos legislativos recientes, es una cuestión de técnica jurídica que no afecta de forma específica al tema que estamos estudiando (3).

El fenómeno que se intenta destacar es que esa comunidad de intereses alrededor del aprovechamiento de un bien inmueble y que afecta, pudiéramos decir, que revolucionariamente a la estructura jurídica del propio derecho de propiedad, constituye una nueva forma de asociación humana que influye de manera poderosa, según se enfoque por el legislador, en la transformación de los núcleos urbanos y en el propio funcionamiento de éstos.

III. EN CUANTO AL CONTENIDO

Quizá en este punto es donde la revolución del derecho en el campo inmobiliario ha sido más absoluta, si bien se encuentra en íntima conexión con las ideas apuntadas anteriormente. En efecto, el concepto tradicional del dominio está constituido por dos notas:

- a) Al titular se le atribuye un poder jurídico, una posibilidad de *facere* sobre el objeto cuyas notas características son la absolutividad y la exclusividad. El titular del derecho de propiedad lo ejerce de forma absoluta sin otras limitaciones que las contenidas en las Leyes o en los Reglamentos, y con carácter excluyente tanto respecto de los demás elementos personales de la comunidad como respecto de la comunidad misma.
- b) Desde otro punto de vista, el ejercicio del derecho del dominio sobre los bienes inmuebles se caracteriza por su íntima conexión con el instituto de la posesión. La forma típica de publicidad del dominio inmobiliario es la posesión; el dominio es el derecho con contacto posesorio por antonomasia, y una de sus facultades esenciales es la posibilidad de la recuperación de la posesión a través de la acción reivindicatoria que constituye su manifestación procesal característica.

Estas dos notas han influido de forma terminante en la configuración del derecho de propiedad, sobre todo, en el esquema de pensamiento típico del Derecho romano en el que la posesión es la consecuen-

(3) En cuanto al problema de la dotación de personalidad a los conjuntos urbanos puede verse, aparte del trabajo citado anteriormente de GARCÍA, VIDAL y ALVAREZ BELTRÁN, el publicado por ROBERTO BLANQUER UBEROS en la *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 60/1978, «La unificación de los sujetos en el régimen jurídico privado de las urbanizaciones».

cia lógica de la auténtica titularidad dominical, frente a otros sistemas en los que la publicidad posesoria ha gozado de un mayor protagonismo a través del instituto del «gewere» o de la desvinculación de la adquisición del dominio de su causa mediata, es decir del negocio obligacional.

Centrada, por tanto, la cuestión dentro del ámbito de la tradición romana, las características de la propiedad traducida a otro lenguaje, y en lo que se refiere a su contenido, podrían enumerarse de la siguiente forma:

- a) Los titulares de dominio no tienen otras limitaciones en el ejercicio de sus facultades que las que resultan de las leyes y de los reglamentos. La propiedad nace de forma originaria o derivativa con un contenido determinado regulado directamente por el derecho objetivo.
- b) El contenido del derecho de propiedad se manifiesta plenamente a través de la posesión, de forma que el ejercicio de esta última hace cognoscible, a su vez, el contenido del propio derecho de dominio. El contenido de la posesión es tan similar al propio contenido del dominio que, por ejemplo, en nuestro Derecho se ha llegado a la posibilidad de acceso al registro del hecho posesorio, hasta que la evolución de la técnica ha concluido, no en la inscripción de la posesión, sino la delimitación de sus efectos jurídicos en caso de confrontación de la publicidad posesoria con la publicidad registral, a través de la figura del tercero pluscuamperfecto y de la compleja regulación contenida en los artículos 36, 38 y 41 de la Ley Hipotecaria.

¿La situación permanece inalterada? Evidentemente no:

1. Desde el punto de vista de la configuración de las facultades dominicales, éstas no experimentan la única limitación resultante de las normas positivas, leyes y reglamentos sino que, por el contrario, cabe la posibilidad de que a este conjunto de límites se añadan los resultantes del estatuto constituido en el título que alumbró la necesaria comunidad de intereses y el régimen de cotitularidad que ha de recaer sobre el bien inmueble.

Así, las limitaciones impuestas al propietario son, de una parte, las resultantes de la función social del dominio y, por tanto, del conjunto de normas de derecho objetivo que delimita el contenido de la propiedad y, de otra, el conjunto o bien de limitaciones, o bien de obligaciones *propter rem*, o bien incluso de prestaciones positivas que surgen del negocio jurídico de constitución de un régimen estatutario que se mueve, no en el campo del derecho objetivo, sino en el campo del negocio ju-

rídico y de la autonomía de la voluntad. *La norma no solamente impone limitaciones sino que, además, establece imperativamente la necesidad de la cotitularidad y permite dentro de ese campo, y en régimen de derecho dispositivo, la regulación por el constituyente o constituyentes del régimen estatutario de la propiedad, o dicho de otra forma, la posibilidad de delimitación negocial del contenido del dominio.*

Esta delimitación negocial puede verse en cuatro posibles campos:

- a) *En el dominio propiamente dicho*, imponiendo un régimen de cotitularidad permanente sobre determinados elementos, bien comunes por naturaleza, bien por decisión estatutaria. (Elementos de atribución procomunal.)
- b) *En el ámbito de la posesión* atribuyendo determinados elementos con carácter exclusivo, y en posesión, a titulares concretos o excluyendo a otros de aquélla respecto de determinadas partes del inmueble.
- c) *En el campo del aprovechamiento*, estableciendo limitaciones negativas al uso genérico, incluso de elementos de atribución privativa, o imponiendo un uso concreto de dichos elementos. No se trata ya de delimitar el uso posible de elementos comunes, sino incluso de los propios elementos sobre los que el dominio se sigue ejercitando de forma exclusiva y excluyente; por ejemplo, en la organización de determinados conjuntos comerciales o industriales. Esta posibilidad se impone, a veces, como una necesidad sin cuya aplicación puede hacerse inviable el destino del inmueble.
- d) *En el campo de la actividad de los titulares*, mediante el establecimiento de prestaciones concretas a través de lo que tradicionalmente vienen denominándose derechos reales *in faciendo* u obligaciones *propter rem*, en los que el contenido de la propiedad no se refiere tanto a la posibilidad del ejercicio de un poder sobre el objeto como a la necesaria actividad a desarrollar como consecuencia de la titularidad que se ostenta sobre el inmueble. Este último supuesto se pretende cada vez con mayor frecuencia allí donde el tratamiento estético común a varias edificaciones es importante o incluso indispensable.

Estas posibilidades estatutarias constituyen hoy, si no la forma habitual de organización de la propiedad mediante la comprensión de todos los aspectos expuestos, sí una tendencia generalizada en la que se desarrolla alguna de las posibilidades relacionadas.

De hecho, se llega a superar así el viejo problema de la organización de la comunidad de bienes. La nueva comunidad es endógena, nace de la estructura del derecho de dominio, tiene carácter permanente, aspira a la regulación última de los derechos, facultades y obligaciones de cada uno de los comuneros y su regulación no dimana del derecho objetivo de forma directa, sino del campo del negocio a través del principio de autonomía de la voluntad. Así este principio que constituye el nudo fundamental del Derecho privado, vuelve a cobrar un protagonismo impulsor, en íntima conexión con el principio del Derecho público de necesaria adscripción a la función social del uso y del aprovechamiento de los bienes inmuebles.

2. *Desde el punto de vista de su apariencia*, en la propiedad clásica, el contenido del derecho se identifica de forma prácticamente total con el contenido de la posesión. Sin embargo, hoy no ocurre igual. En efecto, en el ámbito de lo que venimos denominando propiedad estatutaria, efectivamente se mantiene ese paralelismo en cuanto se refiere a los elementos de atribución exclusiva y excluyente, y ello hasta cierto punto, puesto que determinadas limitaciones estatutarias de las señaladas anteriormente difícilmente se transparentan a través de la posesión. Ahora bien, respecto a elementos comunes, el ámbito de la posesión de los mismos está íntimamente ligado, en todo caso, con el régimen estatutario que regule la propiedad compleja de que se trate.

En efecto, la posesión cumple dentro del campo del Derecho inmobiliario en general, y especialmente en relación con la figura del dominio, una doble función:

- a) Por una parte, constituye un mecanismo de protección inmediata del propietario a través del conjunto de acciones interdictales que, sin provocar decisión definitiva sobre la atribución de la titularidad dominical, pone al poseedor en el uso y disfrute de la cosa objeto del dominio.
- b) De otra parte, la posesión es un mecanismo publicitario que permite al adquirente conocer el contenido de las facultades del dominio en términos generales, y afirma la adquisición frente a terceros a través de la recepción de la tenencia de la cosa en los sistemas en los que, o bien se sigue la doctrina del título y el modo, o bien se centra la adquisición en la tradición posesoria más que en el consentimiento obligacional con finalidad traslativa.

Pues bien, en el ámbito de estos nuevos fenómenos de la propiedad, a que nos estamos refiriendo, es evidente que el primer efecto de la pose-

sión se mantiene cuando actúan conjuntamente los cotitulares frente a terceros, o cuando actúa uno de los cotitulares respecto del elemento privativo que le está atribuido con carácter exclusivo y excluyente. Sin embargo, en lo que se refiere al segundo de los aspectos, es decir, el de la publicidad intrínseca que provoca la posesión, lo cierto es que en cuanto parte de las facultades del dominio se delimitan de acuerdo con un estatuto comprensivo de un conjunto de limitaciones y de obligaciones, regulador además de la forma de gobierno de la comunidad, se desdibuja el contacto posesorio, lo que exige un régimen de publicidad añadido que permita al tercero el conocimiento de lo que adquiere a través de un sistema que excede de la imperfecta publicidad posesoria. El problema será estudiado en el apartado siguiente cuando se contemple la propiedad desde el punto de vista de la protección de su ejercicio.

IV. EN CUANTO A LA PROTECCION DEL EJERCICIO DEL DERECHO

La protección del dominio se produce en el Derecho civil y procesal en dos vertientes diferentes:

- a) *En el campo de la protección precautoria*, a través de los sistemas protectores del principio de seguridad del tráfico, es decir, mediante el instituto posesorio o de las situaciones de presunción relativa o absoluta, resultantes de las normas que regulan los efectos de la inscripción en el registro de la propiedad.
- b) *Desde el punto de vista procesal* a través del conjunto de acciones que protegen al propietario en caso de invasión de su derecho, es decir, las acciones declarativas del dominio, las acciones negativas o confesorias, la acción reivindicatoria como eje central, y como consecuencia del contacto posesorio que es característica de la propiedad, las acciones propias de la posesión propiamente dicha, es decir, el conjunto de acciones interdictales y en, su limitado ámbito, la publiciana.

La cuestión consiste en determinar si este conjunto de instrumentos jurídicos son los adecuados para la protección y respeto de la propiedad inmueble. No se cuestiona su eficacia, sino su suficiencia, tanto en el ámbito de las meras medidas precautorias como en el ámbito de las acciones que tienden a restituir la situación vulnerada a su primitivo estado. Ambos aspectos deben contemplarse por separado.

1. *En el ámbito del principio de seguridad del tráfico*

Las dos instituciones características que reflejan este principio, se ha dicho anteriormente, son la posesión y el registro y se ha afirmado asimismo que la publicidad de la posesión, siempre imperfecta, demuestra su debilidad intrínseca precisamente en el conjunto de limitaciones estatutarias provenientes del régimen a que se acomodan las formas de propiedad moderna que estamos estudiando. Pues bien, el único medio de superar esta debilidad de la posesión está en el reforzamiento de la publicidad registral, por idénticas razones y en función de similares motivos que dieron lugar al nacimiento de la propia institución tabular.

El Derecho registral y la institución del registro aparecen como una necesidad universalmente sentida para asegurar la protección de los titulares de los derechos reales carentes de contacto posesorio, especialmente el derecho de hipoteca. Pues bien, similar situación a la planteada por la prioridad hipotecaria, que exigía el montaje de una institución jurídica capaz de determinar el mejor derecho entre los distintos acreedores ante la imposibilidad de conocimiento de las hipotecas ocultas, es la que se plantea hoy día respecto de las facultades dominicales cuando éstas están sometidas a un estatuto versátil, variable y dependiente del principio de autonomía de la voluntad.

El adquirente del dominio no solamente ha de atender a la norma objetiva que establece los principios a que debe ajustarse la utilización del inmueble en función de las necesidades de la comunidad, función social de la propiedad, sino que además habrá de tener en cuenta el régimen específico a que se encuentra sometido su derecho como consecuencia de los estatutos impuestos al propio objeto en el título constitutivo del conjunto inmobiliario, de la propiedad horizontal o de las figuras afines que constantemente surgen en el Derecho moderno.

En efecto, se aludía al hablar del objeto a la «movilización» del suelo. Así, ya en el período de transformación propio del proceso de urbanización, puede ocurrir que el predio o finca adquiridos se encuentren sometidos a un instrumento de ejecución del planeamiento que, en ocasiones, aparece dibujado plenamente en la norma objetiva, pero que en otras está sujeto a criterios dimanantes de la confluencia de intereses sobre el polígono o unidad urbanizable, a través de los expedientes de compensación, de reparcelación o de la relotificación, en la terminología de algunos ordenamientos extranjeros.

Ello puede suponer no solamente la transformación física del propio inmueble o su sustitución por otro a través del principio de subrogación real, sino también, incluso, la alteración de las facultades dispositivas del titular por la atribución de las mismas con carácter excepcional, bien

a un órgano urbanístico de carácter público, bien a una entidad asociativa que excepcionalmente puede ejercitarlas durante el período de transformación.

Ultimando el período de transformación, el inmueble acabado como consecuencia del proceso de edificación, se ve a su vez sometido al régimen estatutario al que se ha hecho anteriormente constantes alusiones en las líneas anteriores. ¿Qué posibilidades tiene el adquirente del derecho de dominio en uno u otro caso de conocer con exactitud el ámbito de las facultades por las que paga? Es indispensable que en un mecanismo publicitario técnicamente desarrollado se integren, tanto el conjunto de limitaciones provenientes de la ejecución de los planes y de las obligaciones resultantes de la ejecución de los elementos de la urbanización, como el conjunto de limitaciones, obligaciones y régimen de usos a que se ve sometido el inmueble edificado que surgen del estatuto comunitario que puede imponerse sobre el inmueble, y cuyo exacto contenido depende del título constitutivo o de sus modificaciones posteriores.

Esta necesidad es tan incuestionable hoy día como la que dio lugar al montaje de un sistema de prioridades hipotecarias. La falta de contacto posesorio exige indispensablemente la publicidad registral.

De aquí se deducen indudables consecuencias:

- a) El Registro debe tener un contenido tan amplio como la del propio régimen estatutario de la propiedad inmueble sin que quepa distinguir en dicho régimen entre elementos de naturaleza real y relaciones de naturaleza personal. El estatuto íntegro de la propiedad tiene una naturaleza real, si por ella se entiende la necesaria oponibilidad a terceros de un conjunto de derechos o de obligaciones *propter rem*. El régimen se desvincula de los elementos personales que lo constituyeron a través de un negocio jurídico, para cobrar vida propia de carácter permanente, y en alguna forma, desvinculada del título que lo motivó, es decir, goza de las mismas características del propio derecho de propiedad, en cuanto derecho real.
- b) El contenido del folio registral a que se ha hecho referencia en el apartado anterior debe estar sujeto, sin embargo, al ámbito dispositivo en que la norma permite la autonomía de la voluntad del constituyente del régimen estatutario. No deben, por tanto, ser objeto de inscripción aquellos tipos de cláusulas que, o bien se apartan de las finalidades pretendidas por la norma o que claramente contrarían la norma prohibitiva.

- c) La inscripción del conjunto de obligaciones y edificaciones que constituye el estatuto de la propiedad afecta al tercero de forma plena o, al menos, ésta debería ser la aspiración de la política legislativa. Dicha afección al tercero debe estar cubierta tanto por el principio negativo de inoponibilidad frente al adquirente del estatuto no inscrito, como por el principio positivo de legitimación, e incluso de fe pública, que surgen de la plena protección al adquirente que se integra en el régimen de propiedad, conforme a las condiciones delimitadas por el estatuto inscrito.
- d) Como consecuencia de lo dicho anteriormente, parece incuestionable la necesidad de que la escasa regulación de estos supuestos, cada vez más frecuentes, contenida exclusivamente en la Ley de Propiedad Horizontal, se amplíe comprendiendo también los conjuntos inmobiliarios resultantes de las agrupaciones de edificios sometidos a un régimen común de uso y tratamiento, o de las explotaciones industriales, de las figuras de aprovechamiento mixto como los huertos familiares, de los «campings» en régimen de propiedad, e incluso de las explotaciones agrarias de elevada tecnología en las que muchas veces un conjunto común de limitaciones o de obligaciones *propter rem* de los titulares es fundamental para el buen funcionamiento de éstas.

Paralelamente, parece necesaria una revisión a fondo tanto del artículo 8.º, números 5 y 6 de la Ley Hipotecaria, como del Reglamento Hipotecario carente de normas positivas sobre el problema. Es cierto que la imaginación de los juristas y el amplio criterio calificador de los Registradores de la Propiedad puede suplir, y de hecho suple, la deficiencia legal, pero también es incuestionable, dada la proliferación de supuestos, la necesidad de una norma reguladora de carácter general.

2. En el ámbito de las acciones protectoras del dominio

De lo dicho anteriormente, parece claro que el esquema procesal de la protección del dominio hoy día es insuficiente.

Por una parte, las acciones tradicionales funcionan de forma plena solamente cuando se trata de proteger al titular individualizado de la propiedad clásica. Por otra, las acciones posesorias se acomodan mal al régimen de relaciones internas de las comunidades en la propiedad estatutaria que hemos venido definiendo.

Además, y dentro del ámbito de este tipo de propiedad la permanencia en los códigos de la universalidad de aplicación de la acción de la

división de la cosa común, no solamente quiebra, sino que además provoca constantemente conflictos en su confrontación con la indivisibilidad estructural de la comunidad, e incluso con disposiciones concretas como en las que, de alguna forma, regulan ya las comunidades de intento.

La insuficiencia del cuadro procesal de la protección del dominio queda aún más patente si se piensa que, en la propiedad estatutaria y compleja que se ha venido exponiendo como característica de nuestros tiempos, los conflictos se centran en dos situaciones concretas:

- a) En el conjunto de reclamaciones que cada uno de los copropietarios pueda hacer a los demás en caso de incumplimiento por parte de éstos, de sus obligaciones positivas o negativas, ya sean de hacer o de dar, que imponga el estatuto en el cuidado y conservación de los elementos privativos y comunes, o en el pago de los gastos necesarios para la utilización y conservación del inmueble.
- b) En la situación de responsabilidad que frente a terceros ajenos a la comunidad se produce por la actuación de la propia comunidad o de alguno de los comuneros. Este aspecto es fundamental, en cuanto resulta indispensable la delimitación de las responsabilidades cuando la comunidad incumple sus obligaciones, y está íntimamente ligada con la naturaleza jurídica de la misma, bien se organice como una modalidad más del condominio sin personalidad o bien se le dote de cierta personalidad y, por tanto, de cierto grado de responsabilidad patrimonial independiente.

Los dos aspectos señalados carecen, en distinto grado, de regulación normativa. El primero, en nuestra legislación, se resuelve en parte a través de la hipoteca legal que establece la Ley de Propiedad Horizontal por razón de los gastos de que es responsable el propietario de algún piso o local, pero evidentemente tal regulación es absolutamente insuficiente para resolver el conjunto de cuestiones que se plantean en el resto de conjuntos urbanos que no son propiedad horizontal típica e incluso, en éstos, la norma es excesivamente simple.

En lo que se refiere al segundo de los aspectos, es decir, la responsabilidad de los comuneros frente a terceros, no existe regulación alguna en nuestro Derecho, lo que da lugar a múltiples conflictos en el funcionamiento del conjunto y de la comunidad en su relación con los elementos ajenos a la misma.

Esta insuficiencia normativa nace probablemente de la novedad conceptual que supone la introducción de una comunidad esencial o indivisible, cuya aceptación ha sido lenta, si bien hoy se reconoce universal-

mente en la práctica como la única institución capaz de resolver los problemas planteados.

Con estas líneas sobre la configuración del dominio que recogen aspectos estudiados ya con anterioridad con mucha más profundidad y precisión que la de este breve artículo, se ha pretendido únicamente llevar a cabo una labor de síntesis que puede ser útil en cuanto supone la observación unitaria de un fenómeno relativamente nuevo, pero cuyo futuro es imparable. Creemos que sólo desde esa perspectiva unitaria pueden resolverse de forma coherente los distintos problemas que ofrece la propiedad inmueble, lo que exige una cierta ruptura con principios tradicionales, cuya aplicación a esta nueva propiedad puede originar una distorsión en la eficaz regulación de la misma o en la adecuada interpretación de las normas vigentes, cuando han de ser aplicadas a nuevas situaciones.

Para concluir con este estudio, se exponen a continuación las características de esta nueva realidad de la propiedad inmueble que, al menos, en la práctica cotidiana, ya que no en los textos normativos, se presenta constantemente en la práctica profesional:

- a) La titularidad de bienes inmuebles está hoy al alcance de una gran parte de la población, lo que supone la popularización de este Derecho y por tanto la necesidad de que sus mecanismos normativos sean sencillos, inteligibles y precisos.
- b) La titularidad de bienes inmuebles se ostenta generalmente en régimen de comunidad indivisible en el que no es posible, salvo desaparición del objeto, la división de la cosa común.
- c) La estructura del objeto del derecho de la propiedad es compleja, superando el concepto tradicional de finca civil.
- d) Sobre este objeto complejo del derecho de propiedad inmobiliaria, cabe la distinción entre elementos de atribución privativos y elementos comunes, e incluso, sin existencia de elementos comunes, es posible su sujeción a un régimen estatutario delimitador de las facultades entre los copartícipes, del régimen de aprovechamiento del inmueble, de las facultades posesorias de sus cotitulares y del régimen de obligaciones *propter rem* que impone el uso y mantenimiento adecuados del objeto.
- e) El estatuto a que se ha hecho referencia tiene su origen no en la norma objetiva, cuyo fin es la delimitación de las facultades dominicales de acuerdo con la función social que ha de cumplir el inmueble, sino del ámbito de la autonomía de la voluntad, es decir, del negocio jurídico en el que el constituyente o constituyentes del régimen establecen sus características, su for-

ma y su estructura, dentro del campo dispositivo que la propia norma permite, y en todo caso con sujeción a la Ley.

- f) El estatuto de la propiedad, en estos casos, es de imposible o difícil publicidad a través del instituto de la posesión, por lo que es necesario un régimen de publicidad añadido que permita su conocimiento y la protección del tercer adquirente que se integra en la comunidad.
- g) El régimen de protección procesal a través de las acciones tradicionales es hoy día insuficiente, siendo necesario tanto la regulación de la exigencia de cumplimiento de las obligaciones estatutarias entre los comuneros, como la regulación procesal de las situaciones de responsabilidad de la comunidad y de los comuneros en sus relaciones con terceros ajenos a aquélla.

Si realmente se llega a conseguir una regulación coherente y precisa sobre este nuevo régimen de propiedad es incuestionable que las técnicas de Derecho privado, en cuanto colaboradoras de la función social prioritaria que el derecho objetivo establece para los bienes inmuebles, pueden coadyuvar a la creación y buen funcionamiento de una serie de comunidades de intereses que hoy, en la moderna sociedad en que vivimos, pueden ser base vertebradora de los núcleos urbanos, industriales y, en alguna medida, de los agrarios, fundamental para el mejor funcionamiento del tejido social.

RAFAEL ARNAIZ EGUREN
Registrador de la Propiedad

El control de legalidad y la publicidad en la fusión según la tercera Directriz (78/855/CEE) concerniente a la fusión interna de las sociedades por acciones. Dificultades que puede plantear una futura adecuación de nuestra Legislación(*)

SUMARIO: I. *El control preventivo de legalidad en el proceso de fusión:* A) Procedimiento de control. B) Fases del proceso de fusión afectadas por el control preventivo: 1.º El proyecto de fusión. 2.º Los acuerdos de las Juntas generales. 3.º El posible contrato de fusión. C) Ambito del control.—II. *La publicidad del procedimiento de fusión:* A) El procedimiento de publicidad. B) Los efectos de la publicidad en el proceso de fusión: 1.º La publicidad y el proyecto de fusión. 2.º La publicidad y el acuerdo de fusión.—III. *El régimen jurídico de la nulidad de la fusión:* A) Las causas de nulidad. B) La acción de nulidad. C) La decisión declaratoria de la nulidad. D) Los efectos de la declaración de nulidad.

La importancia que esta tercera Directriz, concerniente a la fusión interna de sociedades anónimas, concede a la protección de los diferentes intereses que pueden verse afectados en el procedimiento (socios, tra-

(*) Con fecha 9 de octubre de 1978, el Consejo de la Comunidad Económica Europea ha adoptado la tercera Directriz en materia de sociedades por acciones, referente a la fusión interna de sociedades, que consta de 33 artículos divididos en seis capítulos. Esta tercera Directriz 78/855/CEE (J. O. de 20 de octubre de 1978, número L 29/536) es la consecuencia de un proceso que comienza con una propuesta presentada por la Comisión al Consejo el 16 de junio de 1970 (J. O. de 14 de julio de 1970), que fue modificada el 4 de enero de 1973 por una nueva propuesta de la Comisión (supl. 1/73 *Boletín de la CE*) y otra de 22 de diciembre de 1975 (Doc. Comm. 671), a fin de tener en cuenta las nuevas adhesiones a la CEE.

bajadores, terceros) tiene una de sus más relevantes manifestaciones en la consideración que sus preceptos dan al requisito del control preventivo de legalidad y a la exigencia de la publicidad registral en el transcurso del proceso de la fusión, tal y como alguno de sus propios considerandos expresan (1). Las preocupaciones protectoras de la legalidad del proceso que normalmente se manifiestan en los regímenes legales de la fusión van así a quedar en la Directriz notablemente recogidas.

La regulación del control preventivo y de la publicidad se configuran en la Directriz, al igual que la casi absoluta totalidad del régimen de fusión, en torno al procedimiento de la fusión por absorción, que, salvo las peculiaridades que le son específicas, es también aplicable al régimen de fusión con constitución de una nueva sociedad, al que la Directriz sólo dedica un artículo (art. 23) (2).

El análisis de la regulación que la Directriz contiene respecto al control de legalidad y a la publicidad registral del procedimiento de fusión, así como de su trascendencia a efecto del régimen de nulidades del mismo, es el objeto del estudio que se desarrolla en las páginas siguientes, a la vez que además se plantean los posibles conflictos y dificultades que podrían derivarse de una adaptación de nuestro ordenamiento al sistema que en relación con estos temas ofrece la presente Directriz.

(1) Considerando VII: «Considerando que la publicidad prevista en la Directriz 68/151/CEE, de 9 de mayo de 1968, debe de ser ampliada a las operaciones relativas a la fusión con el fin de que los terceros estén suficientemente informados».

(2) La presente Directriz parece inclinarse por una construcción unitaria con respecto a la naturaleza de la fusión, más que «a dar una tipificación de la figura hecha por el Derecho positivo que sirva al fin de acotar el sector de la realidad social al que se aplica la reglamentación legislativa», aunque «las normas que propiamente contienen preceptos materiales se resistan a la construcción unitaria» (en este sentido no unificador se manifiesta J. GIRÓN TENA, no sólo con respecto a los procedimientos recogidos por nuestra Ley de Sociedades Anónimas —*Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 620—, sino también en la teoría general de sociedades —*Derecho de Sociedades*, t. I., Madrid, 1976, página 366—).

Con respecto a los problemas en torno a una posible construcción unitaria de la fusión pueden verse, a fin de tener una panorámica general del problema, que no corresponde tratar en este trabajo, por razón del fin que persigue: M. MOTOS GUIRAO: *Fusión de sociedades mercantiles*, págs. 25 y ss., Madrid, 1953; J. GARRIGUES y R. URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. II, cap. VIII (*Transformación y fusión*, por R. URÍA), Madrid, 1976, págs. 744 y ss.; A. BÉRGAMO: *Sociedades Anónimas*, t. III, Madrid, 1970, págs. 253 y ss.; B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Derecho mercantil registrable*, Pamplona, 1979, págs. 644 y ss.; J. RUBIO: *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1974, págs. 472 y ss.

I. EL CONTROL PREVENTIVO DE LEGALIDAD EN EL PROCESO DE FUSION

A) PROCEDIMIENTO DE CONTROL

La Directriz establece una doble posibilidad de control aplicable al proceso de fusión por las diversas legislaciones comunitarias: Bien una técnica de control encomendado a órganos judiciales o administrativos o, en defecto o insuficiencia de los mismos por no recaer sobre todos los actos necesarios, un control a través de la exigencia de que los actos básicos del proceso de fusión, deliberación de las Juntas y en su caso contrato posterior de fusión consten en documento público (art. 16, D):

«Si la legislación de un Estado miembro no prevé para las fusiones un control preventivo judicial o administrativo de legalidad, o este control no recae sobre todos los actos necesarios de la fusión, las deliberaciones de las Juntas generales que deciden la fusión y, en su caso, el contrato de fusión posterior a estas Juntas generales se establecerán en documento público. En el caso de que la fusión no tenga que ser aprobada por las Juntas generales de todas las sociedades que se fusionan, el proyecto de fusión deberá de establecerse en documento público.

El Notario o autoridad competente para establecer el documento público debe de verificar y testimoniar la existencia y la legalidad de los actos y formalidades que incumben a la sociedad para la que actúan y la del proyecto de fusión».

La construcción de esta doble posibilidad (órgano de control judicial o administrativo o bien documento público) no constituye sino una fórmula intermedia de transacción, que ha querido tener en cuenta las diversas técnicas de control que las legislaciones de la Comunidad presentan en materia de sociedades. Así, mientras que en Francia, Italia, Alemania y Holanda el control previo de legalidad es atribuido a órganos judiciales o administrativos (órganos de los que normalmente dependen los Registros Mercantiles, aunque no en todo caso, como, por ejemplo, Holanda, en donde depende de forma directa de las Cámaras de Comercio), en otras legislaciones, como, por ejemplo, la belga, la función del control se realiza a través de la intervención obligatoria de un Notario (3). Esta fórmula transaccional es, de otro lado, también la técnica

(3) Francia: Ley de 24 de julio de 1966 (art. 6) en relación con el Decreto de 23 de marzo de 1967 (arts. 3 y 11); Italia: Código Civil (arts. 2.188, 2.411 y 2.502); Alemania: AktG (arts. 345 y 346); Holanda: Código de Comercio (ar-

que en materia de publicidad de sociedades adoptó la primera Directriz de la Comunidad de 9 de marzo de 1968 y que también reflejan algunos otros textos comunitarios (4).

La exigencia planteada por la primera Directriz en orden a construir una publicidad uniforme y obligatoria para los diferentes países miembros de la CEE, que les exige abrir «un expediente para toda sociedad inscrita en un Registro Central o en el Registro de Comercio o Registro de las Empresas» (art. 3.º), en el que constarán determinados «actos e

título 36); Bélgica: Lois coordonnées sur les sociétés commerciales (arts. 4 y 12).

Sobre el control de legalidad en los diferentes sistemas comunitarios, en relación con la prevención de vicios de constitución en las sociedades, ver: P. VAN OMMESELAGHE: «Commentaire de la première Directive du 9 mars 1968», en *Cahier Dr. Eur.* 1969, núm. 6, págs. 640 y ss.; B. GOLDMANN: *Droit Commercial Européen* (troisième édition), 1975, págs. 717 y ss. Un estudio comparado de la fusión en Derecho suizo, alemán e italiano se puede ver en R. EMIL ZULLIG: *Die internationale Fusion im Schweizerischen Gesellschaftsrecht*, Stuttgart, 1975, págs. 94 y ss. y 117 y ss.

De forma exclusivamente indicativa, a fin de seguir con una mejor comprensión la función del control preventivo a lo largo del proceso de fusión, se expone éste de forma muy sintética en su estructura y desarrollo en las que podríamos considerar las tres líneas modélicas vigentes en Europa, y a todas las cuales la presente Directriz contempla como posibles técnicas de la fusión:

Para la legislación italiana, la fusión resulta de dos momentos diferentes: La deliberación de las Juntas de las sociedades participantes en la fusión, configuradoras de la voluntad de cada una de las sociedades participantes, con efectos internos para las sociedades respectivas, y la existencia de un contrato posterior de fusión cuya inscripción constituye el medio que hace nacer el nuevo ordenamiento societario unitario. La fusión se realiza con la celebración del contrato de fusión, y él produce tanto los efectos extintivos para las sociedades absorbidas, como los constitutivos de creación de una organización jurídica unitaria nueva.

Para la legislación alemana, la estructura de la fusión se acerca a la configuración de un contrato perfeccionado entre los representantes de las sociedades participantes en la fusión, cuya eficacia queda pendiente de la posterior rectificación de las respectivas Juntas generales y de su inscripción.

Para la legislación francesa, la fusión parte de un proyecto de fusión que actúa como proyecto de contrato, al cual se van adhiriendo las diferentes sociedades a través de acuerdos de disolución por absorción o para constituir una nueva sociedad, y en caso de fusión por absorción, acuerdo de la sociedad absorbente para modificar sus estatutos como consecuencia de la fusión, y cuyos efectos quedan pendientes de la inscripción registral pertinente.

(4) La primera Directriz, en su artículo 10, afirma: «En todos los Estados miembros cuya legislación no prevea un control preventivo, administrativo o judicial de la constitución, el acto constitutivo y los estatutos de la sociedad y sus modificaciones deberán revestir la forma de documento público». Palabras que prácticamente coinciden con el ya mencionado artículo 16 de la tercera Directriz.

En este mismo sentido se expresaban los proyectos de 1970 (art. 8) y de 1973 (artículo 8), antecedentes de esta tercera Directriz, y se mantiene en el proyecto de Convenio sobre fusión internacional de anónimas (art. 23). Es de señalar que el proyecto de Estatuto de la S. E. exige el control judicial a través del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (art. 17).

La traducción del proyecto de Estatuto S. E. y de las Directrices y propuestas de Directriz puede verse recopilada en *Estudios y textos del Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea* (obra conjunta de varios autores bajo la dirección del profesor J. GIRÓN TENA), Madrid, 1978.

indicaciones» (art. 2.º), a los que la presente Directriz sobre fusión añade ahora algunas frases del proceso de la fusión (5), debió haber sido aprovechado para establecer una unificación de los diferentes sistemas de control de las situaciones inscribibles y a ser posible bajo la vigilancia de los organismos bajo cuya autoridad se encontraran los Registros. Haber establecido, en definitiva, un claro sistema de calificación registral uniforme para los diversos países miembros (6), que evitará la falta de uniformidad existente no sólo en lo que a formas de control se refiere, sino, en lo que es más importante, en el ámbito del poder de calificación. La solución de la primera Directriz, e indirectamente la tercera Directriz, en cuanto que a ella sigue en este punto, optó por la vía menos conflictiva de establecer esta solución permisiva para las diversas legislaciones nacionales frente a la idea de establecer una uniformidad en el control, que ciertamente habría requerido una modificación no sólo de disposiciones legales, sino también de organización en las legislaciones afectadas (7). En esta dirección se habría quizá sido más fiel a la letra del artículo 54, 3, g), del Tratado de Roma cuando habla de «coordinación en la medida necesaria a fin de hacer equivalentes las garantías... para proteger los intereses tanto de los socios como de los terceros».

(5) Su misma Exposición de Motivos recoge la necesidad de que «la publicidad asegurada por la Directriz 68/151/CEE deba de extenderse a las operaciones relativas a la fusión», ya que hasta entonces sólo a través de la obligatoriedad de inscribir la constitución, alteración de estatutos o disolución (primera Directriz, artículo 2) podía considerarse afectada la fusión.

(6) Ante la duda sobre la mayor o menor eficacia de uno u otro sistema de control de legalidad, se manifiesta contrario a esta solución unitaria P. VAN OMESLAGHE, *ob. cit.*, págs. 653 y ss.

Es de señalar que el proyecto de Estatuto de la S. E. impone la exigencia de documentación judicial, y su control judicial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas antes de la inscripción de la constitución o modificación de estatutos en el Registro Europeo de Comercio (arts. 12; 13, 1; 17, 1, 4). Impone así una solución de control de legalidad más rigurosa que la establecida por la primera Directriz, probablemente por la razón que apunta J. D. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ («Estudios y textos...», *ob. cit.*, pág. 9) «de su aspiración a ser un texto único directamente aplicable a todos los países por la materia que regula, por razón de la materia que regula, con exclusión de cualquier norma de carácter nacional, mientras que la Directriz se limita a exponer unos requisitos mínimos que permitan, haciéndolas coincidir en lo esencial, la aproximación de las legislaciones nacionales».

(7) Como afirma J. D. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «las modificaciones de fondo introducidas en las diferentes legislaciones no han sido, salvo alguna excepción, importantes, ya que, como puede apreciarse, la Directriz no ha consagrado soluciones drásticas o radicalmente nuevas en materia de publicidad». La publicidad de las S. E. en «Estudios y textos...», *ob. cit.*, pág. 72.

A favor de la unificación de sistemas de control, ver SORDI: «Politica societaria CEE: Proposta di terza Direttiva del Consiglio in materia di fusione di società per azioni», *Riv. Dtto. Fall.*, 1979, I, pág. 52.

En relación con la aplicación de la primera Directriz en los diferentes países de la CEE: «Centre Montpellierien du Droit de l'Entreprise. La protection des tiers dans le Droit des sociétés», *R. T. D. C.*, año 1971, pág. 28; J. HEMARD,

La regulación que del control previo de legalidad establece esta tercera Directriz no plantea a nuestra legislación problemas en orden a su adaptación, al igual que tampoco los planteó la primera Directriz cuando reguló el control en relación con la constitución y modificación de las sociedades por acciones (art. 10) (8). Y ello por una doble razón: De un lado porque uno de los presupuestos en orden a la inscripción registral mercantil en nuestra legislación es el que con terminología registral se denomina «principio de calificación» o «de legalidad», materializando en la exigencia de que la inscripción en el Registro Mercantil de las situaciones inscribibles se lleve a cabo ordinariamente a través de una titulación especial (arts. 22 del Código de Comercio y 8.º del Reglamento del Registro Mercantil) y en su control por el Registrador mercantil (artículos 5.º y 44 del Reglamento de Registro Mercantil), con la finalidad de evitar que inscripciones sin garantías de validez puedan desarrollar sus efectos y gozar de la eficacia de la publicidad registral, y de otro lado porque nuestra legislación señala de forma taxativa para las sociedades anónimas la existencia de la fusión en sus dos posibilidades (absorción y constitución) y su sometimiento al control de calificación asignado al Registro Mercantil (arts. 142 y ss. de la Ley de Sociedades Anónimas y 132 y ss. del Reglamento de Registro Mercantil) (9). Situación de control que viene además reforzada por el hecho de que la escritura pública es además el título formal de presentación de la fusión ante el Registro Mercantil.

F. TERRE, P. MABILAT: «La douzième réforme du Droit des Sociétés commerciales», *Rev. Soc.*, año 1970, pág. 197; B. GOLDMANN, *ob. cit.*, págs. 721 y ss.; M. KOVARIK: «La première directive du Conseil des Communautés européennes et son application dans le Droit allemand», *Rev. Soc.*, año 1972, págs. 622 y ss.; E. LANZA: «E' possibile prevenire la crisi de regetto delle direttive comunitarie in materia di società?», *Riv. delle Società* (septiembre-diciembre), año 1971, páginas 994 y ss.

Con respecto a la relación entre el proyecto de 1973 y la legislación italiana, ver: L. BIAMONTI y otros autores: «La riforma delle società per azioni in Italia e le iniziative comunitarie in materia di armonizzazione delle legislazioni societarie nei paesi membri della CEE», *Riv. Dito. Comm.*, setiembre-octubre 1973, páginas 301 y ss.

(8) L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: «La adaptación de la legislación española de sociedades al Derecho comunitario europeo», *Rev. Inst. Eur.*, vol. 7, núm. 2, mayo-agosto 1980, pág. 586; A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ: *Panorama de la publicidad registral mercantil en el Derecho español y en otros ordenamientos europeos*, Curso de conferencias sobre Derecho comunitario europeo, Madrid, 1976, págs. 57 y ss.

(9) E. G. ARNAU: «Alcance de la calificación del Registrador mercantil», *R. Dr. Pr.*, año 1967, págs. 851 y ss.; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: «Notas sobre el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *R. Dr. N.*, año 1958, págs. 277 y ss.; C. GARCÍA JIMÉNEZ: «Los principios registrales en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *R. Dr. N.*, núms. 17-18, año 1957, págs. 266 y ss.; J. BOLAÍN ROZALÉN: «El nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *R. D. M.*, núm. 64, año 1957, págs. 411 y ss.; J. CHACÓN YERÓN y F. J. RIVAS GARCÍA: *El Registro Mercantil, su organización y funcionamiento*, Madrid, 1970, págs. 19 y ss.; B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Derecho mercantil registrable*, Pamplona, 1979, págs. 644 y ss.

El proceso de fusión de las sociedades anónimas se encuentra en definitiva sometido a los órganos y procedimientos generales de control (documentación especial, calificación registral) que las normas del Código de Comercio y el Reglamento de Registro Mercantil configuran para las situaciones inscribibles, sin que por lo tanto deban de surgir dificultades a la hora de una posible adaptación de nuestra legislación a la tercera Directriz sobre fusión en lo que a la existencia y establecimiento de órganos de control sobre el procedimiento de fusión se refiere. Otra cosa es la adecuación de nuestra legislación con respecto al ámbito y extensión del control, como se irá viendo.

B) FASES DEL PROCESO DE FUSIÓN AFECTADAS POR EL CONTROL PREVENTIVO

La necesidad, indirectamente señalada por el artículo 16 de la tercera Directriz, de que el control administrativo o judicial recaiga sobre «todos los actos necesarios a la fusión», sin especificar cuales sean éstos, al mismo tiempo que expresa la existencia de que, en defecto de aquel control o de insuficiencia del mismo, consten en documento público los acuerdos de las Juntas así como el posterior contrato de fusión si fuera necesario, plantea el determinar cuales sean «los actos necesarios» sobre los que el control previo de legalidad deba recaer.

El análisis del mencionado artículo 16, así como su estudio sistemático con el resto del articulado de la Directriz lleva a determinar, como se irá viendo, como actos necesarios y por tanto sometidos al control de legalidad a los siguientes:

- 1.º El proyecto de fusión (art. 5).
- 2.º Los acuerdos de las Juntas de las Sociedades participantes en la fusión (art. 7).
- 3.º El contrato de fusión, cuando fuera necesario (art. 16).

1.º La Directriz no menciona expresamente la exigencia del control previo sobre el *proyecto de fusión*, pero existen razones suficientes para poder deducirlo:

- La exigencia del proyecto de fusión como «acto necesario de la fusión», y por lo tanto sometido a control (art. 16.1), imponiendo a las legislaciones lo que es práctica cotidiana, se pone de manifiesto en la relevancia que la Directriz concede a la necesidad del mismo (art. 5) como figura que está presente a lo largo de todo el proceso de fusión (arts. 7, 9, 10, 11) hasta la conclusión misma

del acuerdo que debe de recaer sobre él (art. 7.3). Parece razonable que además se imponga la necesidad de un control preventivo sobre el proyecto de fusión a fin de que se tienda a evitar la posibilidad de tomar acuerdos que, por haber recaído sobre un proyecto afectado por defectos de legalidad, carecerían a la postre de eficacia y serían negativamente calificados (10).

- La extensión del control sobre el proyecto de fusión atribuida a los notarios o autoridades competentes, cuando no existan órganos de control judiciales o administrativos, que recae sobre «la existencia y legalidad» del mismo (art. 16.2) (11). Ya que lógicamente debe ser atribuido también igual control a los órganos judiciales o administrativos cuando existan, sin que se vean razones que justifiquen un diverso ámbito de actuación de aquellos y de éstos.
- La posibilidad de que la oponibilidad frente a terceros del proyecto de fusión sea efectiva, como consecuencia de su necesaria inscripción registral (art. 3, primera Directriz y art. 6, tercera Directriz), requiere en lógica la existencia de un previo control de dicha situación inscribible para que adquiera pleno sentido y eficacia (12). Es independiente para ello que el control provenga de los órganos judiciales o administrativos o por ausencia o insuficiencia de ellos de los redactores del documento público.

La tercera Directriz señala los requisitos que deben de constar en el proyecto de fusión (art. 5), y sobre el cumplimiento de los mismos recaerá lógicamente el control. Pero este contenido constituye evidentemente un mínimo («El proyecto de fusión mencionará al menos...», art. 5.2), que naturalmente puede ser aumentado por las legislaciones nacionales. De la misma forma que la exigencia de forma escrita («establecerán por

(10) El artículo 7, 3, de la tercera Directriz señala que «la decisión a tomar cae sobre la aprobación del proyecto de fusión».

(11) Estas atribuciones venían expresadas de forma más clara y explícita en los anteriores proyectos de la tercera Directriz de 1970 y 1973 (en sus respectivos artículos 8), mientras que, por el contrario, el proyecto sobre el Convenio de fusión internacional no señala nada al respecto.

(12) La oponibilidad de las situaciones inscritas carece de eficacia cuando las situaciones registradas adolecen de defectos de legalidad, salvo que, como consecuencia de la inscripción, se produjera un efecto sanatorio. Así, por ejemplo, lo señalaba expresamente la Exposición de Motivos del Reglamento del Registro Mercantil de 1919, al referirse al artículo 26: «Pues no cabe pensar que el legislador haya querido dar tales efectos, sólo por el hecho de la inscripción, a documento otorgado por personas incapaces, sin las formalidades legales, o con estipulaciones contrarias a las leyes».

«escrito...», art. 5.1) puede también ser, sin duda, reforzado por las legislaciones nacionales con la exigencia de forma pública (13).

El momento del control deberá ser lógicamente anterior a que se lleve a cabo la inscripción del proyecto en el registro a efectos de su publicidad (art. 6, tercera Directriz), si bien en la mayoría de los casos el control se efectúe por las mismas autoridades que tienen a su cargo el Registro en el que se publica.

La limitada atención que a la regulación del proyecto de fusión prestan las diferentes legislaciones comunitarias (14), lleva a que el análisis sobre el problema de su calificación no tenga opción de plantearse hasta el momento de la adopción por todas aquellas de esta tercera Directriz y en consecuencia del proyecto de fusión.

La posible adaptación de nuestra legislación a la tercera Directriz en este punto concreto de establecimiento de un control sobre el proyecto de fusión, no plantea otro problema que la necesidad de establecer una desarrollada regulación del proyecto de fusión, al que sólo de forma indirecta se refiere la Ley de Sociedades Anónimas cuando expresa la necesidad de adoptar el acuerdo de fusión por las Juntas generales de las sociedades interesadas «ajustándose a las base que éstas hubieran fijado» (artículo 143 de la Ley de Sociedades Anónimas) (15). No ofrece sin em-

(13) P. VAN OMMESLAGHE: *La proposition de troisième directive sur l'harmonisation des fusions des sociétés anonymes*. Libro homenaje a SANDERS, «Quo vadis ius societatum?», año 1972, pág. 132; G. KEUTGEN: «La directive européenne sur les fusions nationales», *Rev. Pri. Soc.*, año 1979 (segundo trimestre), pág. 105.

(14) En Alemania, la AktG de 6 de septiembre de 1966 no regula el proyecto de fusión, sino el llamado «contrato de fusión» (arts. 340 y 341), cuya eficacia queda condicionada a la aceptación del mismo por las Juntas generales pertinentes, con lo que su naturaleza parece ir más allá de la que la Directriz quiere conceder al proyecto (art. 5). Es de señalar, no obstante, que el Convenio sobre fusión internacional de Sociedades Anónimas considera «que si en virtud de la ley de una de las sociedades que se fusionan debe de establecerse un contrato que preceda a las Juntas generales, este contrato constituye el proyecto de fusión en el sentido del presente convenio» (art. 7, 3). El mencionado artículo parece pensado en base a la ley alemana, pero no es tan claro que la mencionada similitud se pueda hacer extensiva a la presente tercera Directriz, en la cual, la naturaleza jurídica del proyecto de fusión ofrece considerables dudas; las mismas dudas se ofrecen sobre la conveniencia o no de que una vez publicada la tercera Directriz deba mantenerse sin modificación el mencionado artículo 7, 3, del Convenio. La legislación francesa sí prevé un proyecto de fusión (Ley de 24 de julio de 1966, en su art. 374, y Decreto de 23 de marzo de 1967, en sus arts. 254 y ss.), aunque con un alcance en su contenido y una regulación de su control y publicidad bastante más limitado que el señalado por la Directriz. Igualmente lo han recogido los sucesivos proyectos de S. E. (proyecto de 1970 —art. 22, 1—; proyecto de 1975 —arts. 270, 2; 271, 1; 273, 1—), con la peculiaridad de que el proyecto de 1975, en el supuesto de constitución de una S. E. por fusión, habla de «proyecto de acto constitutivo». Otras legislaciones comunitarias no regulan nada al respecto.

(15) Sobre la naturaleza y alcance del proyecto, cuyo tratamiento desborda los límites de este trabajo, pueden verse las posiciones discrepantes de la doctrina: J. GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades Anónimas*, ob. cit., pág. 622; J. RUBIO:

bargo problemas el establecimiento de un control preventivo sobre el proyecto de fusión una vez que éste sea suficientemente regulado. Y ello porque tanto la existencia de órganos registrales con capacidad de control preventivo como el sometimiento a ellos del proceso de fusión está claramente determinado por la ley (arts. 146 y ss. de la Ley de Sociedades y 133 y ss. del Reglamento de Registro Mercantil), sin que en consecuencia el hecho de que pudiera extenderse legalmente el ámbito calificador al proyecto de fusión tenga porque conllevar dificultades una vez que éste sea claramente regulado en cuanto a su contenido, órganos encargados de su redacción, y régimen publicitario.

La exigencia por los órganos registrales de que consten en la escritura de los acuerdos de disolución por fusión las razones y extremos que justificaron el contenido del acuerdo de las Juntas generales es hoy la única posibilidad de control sobre el proyecto de fusión.

2.º La consideración dada por la presente Directriz a *los acuerdos de cada una de las Juntas generales de las sociedades que se fusionan* como «actos necesarios» de la fusión, y por tanto sometidos a control preventivo de legalidad (art. 16, tercera Directriz), se pone de manifiesto en su artículo 7 al indicar que «la fusión requiere como mínimo la aprobación de las Juntas generales de cada una de las sociedades que se fusionan», e igualmente cuando establece como posible causa de nulidad de la fusión la falta de control preventivo (art. 22.1.b). El acuerdo de cada una de las Juntas de las sociedades que participan en la fusión se adopta más expresamente por la tercera Directriz como requisito necesario cuando afirma: «La fusión requiere como mínimo la aprobación de la Junta General de cada una de las sociedades que se fusionan...» (artículo 7), y en consecuencia sometido al control previo (art. 16), aunque no siempre suficiente, salvo las excepciones que la misma Directriz recoge.

La Directriz plantea la posibilidad de que las legislaciones nacionales introduzcan excepciones y variaciones a la regla general de la necesidad de los acuerdos de las Juntas de las sociedades que intervienen como elemento esencial y definitivo para la perfección de la fusión. Y así de un lado se manifiesta la excepción del artículo 8, absolutamente nuevo en relación con los proyectos precedentes de la presente Directriz, que posibilita la no necesaria aprobación por la Junta de la sociedad absorbente si se producen determinadas condiciones (16). Exigiéndose en este

Curso de Derecho de Sociedades, ob. cit., pág. 474; R. URÍA: *Comentario*, ob. cit., página 735; A. BÉRGAMO: *Sociedades*, ob. cit., pág. 265; M. MOTOS GIRAIO: *Fusión de Sociedades Mercantiles*, ob. cit., págs. 261 y ss.

(16) La no necesidad técnica de que los acuerdos de las Juntas generales sobre la fusión se presenten como imprescindibles en el proceso de fusión, posibilita la admisibilidad de excepciones legales a lo que normalmente es la regla general. En este sentido, J. GIRÓN TENA afirma: «Bastaría con que se entendiera

caso la necesidad de que el documento en el que conste el proyecto de fusión sea un documento público. Y de otro lado establece la Directriz la posibilidad de que las legislaciones nacionales puedan requerir además de los acuerdos de las Juntas un contrato posterior (art. 16), debiendo recaer entonces el control no sólo sobre los acuerdos de las Juntas, sino también sobre el contrato posterior (17).

En definitiva el control previo debe recaer también sobre los acuerdos de las Juntas en cuanto que son «actos necesarios a la fusión» (artículo 16) (18) y en tanto que las legislaciones nacionales tengan órganos judiciales o administrativos de control. En caso de ausencia de estos órganos el control de los acuerdos de las Juntas se establece de forma indirecta a través de la exigencia, establecida por la Directriz para este caso, de que consten en documento público (art. 16). En los casos, anteriormente señalados, de ausencia de aprobación por la Junta, el control se

(siempre hipotéticamente) que el órgano administrativo podría vincular en esta materia a la sociedad». *Derecho de Sociedades Anónimas...*, ob. cit., pág. 622. Y en este sentido excepcional establece la Directriz (art. 8) la posibilidad de que la legislación de un Estado miembro de la CEE pueda no imponer la necesaria aprobación de la fusión por la sociedad absorbente cuando se cumplan determinadas condiciones que, justificando un suficiente conocimiento del «proyecto», pongan de relieve la inexistencia de un mínimo interés por la convocatoria de una Junta que manifieste su acuerdo aprobatorio, permitiendo deducir una aprobación tácita de aquél. Esta excepción se extiende también por la Directriz a aquellos casos de absorción en los que la sociedad absorbente posee la totalidad de las acciones de la sociedad absorbida y demás títulos que confieran derecho al voto en las Juntas, permitiéndose prescindir de la necesaria aprobación de la fusión por cada una de las sociedades que se fusionan en sus Juntas respectivas (art. 25, en referencia al art. 7). Igualmente exceptúa la Directriz la obligación de aprobación de la fusión por la Junta general de la sociedad absorbente en el caso de que, siendo ésta dueña del 90 por 100 o más de las acciones respectivas de aquéllas o de otros títulos que confieran derecho al voto, se den, además, determinadas condiciones que permitan deducir una publicidad del proyecto y un desinterés en la convocatoria (art. 27). En todos estos casos parece haberse querido tener en cuenta la conveniencia de una economía procedimental, justificada ya en no existir interés relevante en una manifestación expresa de la Junta general, o ya también en la no existencia, además, de una clara diferenciación de intereses en las sociedades que se fusionan, a pesar de tener personalidades jurídicas diferenciadas. Las soluciones señaladas han ido bastante más lejos que la prevista en el Convenio internacional de fusión, que sólo elimina en casos semejantes algunos requisitos, pero no parece que entre ellos esté la necesidad del acuerdo de las Juntas como no necesario.

(17) Este supuesto parece contemplar el supuesto de la legislación italiana, que exige un contrato de fusión en documento público posterior a los debates de las Juntas generales (art. 2.504 del Código Civil italiano).

(18) Las legislaciones que tienen una regulación sobre la materia contemplan como necesaria la intervención de las Juntas generales en la aprobación del acuerdo, aunque pueda no ser suficiente. Ver la exposición de las diferentes legislaciones que efectúa B. GOLDMAN: «Rapport sur le projet de convention sur la fusion internationale de sociétés anonymes», *Bulletin des Communautés Européennes*, supplément 13/73, pág. 53; P. VAN OMMESELAGHE: *La proposition de...*, ob. cit., páginas 133 y ss.

refuerza sobre el proyecto de fusión, y en los casos de insuficiencia de los acuerdos de las Juntas el control se extiende también, en la forma que luego se verá, sobre el contrato posterior de fusión. El momento del control de los acuerdos deberá de ser, al igual que lo era para el proyecto, previo a su publicidad registral. Si bien con cierta frecuencia en las diferentes legislaciones comunitarias los órganos encargados de la calificación son los que tienen bajo su tutela los institutos encargados de la publicidad registral (19).

El control de los acuerdos debería recaer como mínimo sobre convocatoria, composición y *quorum*, desarrollo y adopción del acuerdo en base al proyecto de fusión, y en su caso sobre las modificaciones estatutarias que su realización requiera. La Directriz sin embargo sólo impone la exigencia de que el acuerdo sea tomado por una mayoría de 2/3 ya de los votos correspondientes a los títulos representados, ya del capital suscrito representado, y que puede ser reducida a mayoría simple cuando esté representado como mínimo la mitad del capital suscrito (art. 7.1.2). La Directriz guarda silencio con respecto a otros posibles requisitos necesarios en la convocatoria y desarrollo de las Juntas que adopten los acuerdos, con lo que parecen quedar remitidos a lo que determinen sobre ello las particulares legislaciones nacionales a las que la Directriz afecta (20). La necesidad de control señalado por la Directriz a través de documento público de los acuerdos de las Juntas, cuando falte el control judicial o administrativo (art. 16.1), tampoco expresa el ámbito del mismo, con lo que parece que deben ser aplicadas también en este caso las consideraciones anteriormente dichas.

No aclara tampoco la Directriz si la formalización del acuerdo de fusión debe o puede coincidir con la formalización de la nueva sociedad que se constituya, en caso de fusión con constitución, o con la formalización de las modificaciones que deberá sufrir la sociedad absorbente en

(19) La existencia de control preventivo sobre los acuerdos de fusión de las Juntas generales es la regla generalmente adoptada por las legislaciones que tienen en sus ordenamientos regulado un procedimiento de fusión, si bien el momento del control varía según las peculiaridades de cada sistema legal en concreto: Claramente viene expresado en la AktG (arts. 345 y 353) y en el Código Civil italiano (artículo 2.502, en relación con el 2.411), y de forma indirecta, por ejemplo, en la legislación francesa, a través de la relación sistemática de los preceptos que regulan el cambio de *status*, aumento de capital, constitución de sociedades, etc. (Ley de 24 de julio de 1966 —art. 372—; Decreto de 23 de marzo de 1967 —artículos 258, 259, 287—, y Decreto núm. 67-237, de 23 de marzo de 1967 —arts. 16, 26, 32, 33, 34, etc.—).

(20) El proyecto de 1973 era más amplio en su contenido, afirmando expresamente que: «Las legislaciones de los Estados miembros regularán la convocatoria, la composición y el desarrollo de las Juntas generales, así como las condiciones relativas al *quorum* y a las mayorías» (art. 4, 1). La supresión de este precepto no parece que altere en su contenido por lo obvio del mismo, si bien las normas reguladoras variarían en su formulación de un ordenamiento nacional a otro.

caso de fusión por absorción. Del examen del artículo 18 de la Directriz que regula la necesidad de una publicidad de la fusión «para cada una de las sociedades que se fusionan» y de la técnica establecida por la primera Directriz puede desprenderse que se quiere una formalización individualizada de los acuerdos de fusión de las diferentes sociedades que se fusionan a efectos de su publicidad registral independientemente de la formalización de la nueva sociedad que pudiera nacer o de las modificaciones de la absorbente, según el tipo de fusión que se contemple.

Tampoco establece la presente Directriz el momento en que el contrato de fusión surte efectos, dejando a las legislaciones de los Estados miembros la determinación de la fecha en que han de surgir aquellos (artículo 17, Directriz); sin que la publicidad exigida por el artículo 18 deba de entenderse en otro sentido que el del momento a partir del cual surge efectos la oponibilidad frente a terceros en conformidad con lo prescrito en la primera Directriz (art. 3) y nunca como momento generador de la eficacia señalada en el artículo 19 de esta tercera Directriz (transmisión universal de bienes, paso de accionistas y extinción de las sociedades absorbidas).

El examen en nuestra legislación del control preventivo de los acuerdos de fusión tomados por las Juntas Generales requiere un previo esclarecimiento de las aparentes divergencias y contradicciones que se plantean en la Ley de Sociedades Anónimas y en el Reglamento de Registro Mercantil. Sólo después de ello podrá analizarse su adecuación a esta tercera Directriz.

La lectura de los artículos 142 y 146 de la Ley de Sociedades Anónimas que hablan del «acuerdo de disolución» y del artículo 143 de la Ley de Sociedades Anónimas que habla del «acuerdo de fusión», plantea ya la cuestión en torno a la existencia o no de dos acuerdos diferentes: el previo de disolución y el propiamente de fusión. Este problema se complica en cuanto que el Reglamento de Registro Mercantil no regula aparentemente el acuerdo de disolución, refiriéndose tan sólo al acuerdo, escritura e inscripción de la fusión (art. 133 y ss. del Reglamento de Registro Mercantil), salvo cuando indica la posibilidad de que en la escritura de constitución de una sociedad anónima creada por fusión puedan contenerse «los acuerdos de disolución de las sociedades que se extingan en virtud de dicha fusión...» (art. 136 del Reglamento de Registro Mercantil).

Para la comprensión del problema se debe partir de la necesidad de disolución, establecido por nuestro ordenamiento, de todas o de alguna de las sociedades que participan en el proceso de fusión (arts. 142, 146, 150-4.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 136 del Reglamento de Re-

gistro Mercantil) (21). Sin la existencia de disolución no puede hablarse de fusión; pero el acuerdo de disolución se toma para fusionarse, de forma que no existen dos acuerdos separados sino que como afirma URÍA, R., «el acuerdo es único, mixto si se quiere, de disolución y de fusión» (22). Es más, contrariamente a como pudiera deducirse del tenor literal del artículo 142 de la Ley de Sociedades Anónimas, la disolución no es previa a la fusión, sino que está condicionada en su eficacia a que ésta se realice (23), sin que tampoco sea válido para nuestro ordenamiento la extinción de las sociedades que se fusionan sin inscripción del acuerdo de disolución (24).

La aparente divergencia que el tenor literal de los artículos 142, 143 y 146 de la Ley de Sociedades Anónimas presenta, debe pues resolverse en el sentido de dar una consideración semejante, con las precisiones señaladas, al llamado «acuerdo de disolución» y al «acuerdo de fusión». El acuerdo de disolución sin conexión con el porqué de su casación debe de carecer de sentido, y en consecuencia con ello la calificación registral del mismo ha de ser única, afecta al acuerdo y a su causa. Es decir tiene por objeto «un acuerdo de disolución por fusión» claramente previsto por la Ley de Sociedades Anónimas (art. 150.4). Naturalmente, en la fusión por absorción, el acuerdo de fusión de la sociedad absorbente, que se presenta como necesario en nuestra legislación al no distinguir la Ley de Sociedades Anónimas a estos efectos entre sociedad absorbente y sociedad absorbida (25), no lleva consigo un efecto de disolución, sino el acuerdo de absorción de patrimonios a título universal y una posible modificación de estatutos. Y este acuerdo de fusión cae también bajo la calificación registral en cuanto implica modificación de estatutos (artículos 143, 84 y 58 de la Ley de Sociedades Anónimas).

(21) J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades...*, ob. cit., pág. 360.

(22) J. GARRIGUES y R. URÍA: *Comentario...*, ob. cit., pág. 761.

(23) B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Derecho mercantil...*, ob. cit., pág. 646. En torno a una construcción general, en la teoría de la fusión, sobre la extinción, afirma J. GIRÓN TENA: «La cuestión del momento extintivo no debe proponerse globalmente como tema dogmático, se relaciona con los tipos sociales y con la técnica seguida en Derecho positivo y a él debe remitirse». *Derecho de Sociedades...*, ob. cit., pág. 361.

(24) En Italia, por ejemplo, es el llamado *atto di fusione* el que produce los efectos extintivos (art. 2.504 del Código Civil italiano). G. FERRI: *Manuale di Diritto Commerciale*, Roma, 1976, págs. 444 y ss. En Alemania, la sociedad absorbida se extingue con la inscripción de la fusión en el registro de comercio de su domicilio, sin que sea necesario una especial cancelación de la misma (art. 346, 4, AktG). A. HUECK: *Gesellschaftsrecht*, München, 1975, pág. 237.

(25) No parece tampoco que en nuestra legislación pueda aceptarse, dado el tajante tenor literal del artículo 143 de la Ley de Sociedades Anónimas, que impone el acuerdo de fusión «para cada una de las sociedades interesadas», la no necesidad del acuerdo de la sociedad absorbente en el caso de no requerirse aumento de capital. Vid. A. BÉRGAMO: *Sociedades Anónimas...*, ob. cit., pág. 267.

Un problema diferente, aunque lógicamente unido con lo anteriormente expuesto, es el de la posible escrituración e inscripción de los acuerdos de disolución por fusión separados de la escritura e inscripción que supone la creación de una nueva sociedad surgida de la fusión por constitución o la modificación de la sociedad absorbente en el caso de fusión por absorción. Este problema, cuyo resultado incidiría en la determinación del momento del control del acuerdo de fusión, se verá más adelante al examinar la publicidad del proceso de fusión.

La consideración dada por nuestro ordenamiento a los acuerdos de las Juntas Generales de las sociedades que participan en la fusión considerándoles como necesarios, así como el sometimiento de los mismos al control de calificación registral, permite afirmar la inexistencia de dificultades en este punto en aras de una posible armonización con el contenido de la Directriz (arts. 7 y 16). Si bien es cierto que en su regulación positiva existen algunas diferencias, no sustanciales, que sería necesario asumir. Y en concreto la adecuación a las mayorías exigidas por la Directriz para la toma de acuerdos de disolución (art. 7, tercera Directriz), ya que nuestra legislación sólo exige para ellos mayoría reforzada de «*quorum* de asistencia», pero no para la adopción de los acuerdos (artículo 143 en relación con el 58 de la Ley de Sociedades Anónimas) que, a diferencia de algunas otras legislaciones europeas (26), sigue la regla general de mayoría simple (art. 48 de la Ley de Sociedades Anónimas).

El alcance de la calificación con respecto a los acuerdos de fusión plantea sin embargo algunos problemas.

Los acuerdos de disolución por fusión en cuanto acuerdos deben de quedar sometidos al régimen general de acuerdos (27), si bien con las particularidades que se derivan de los preceptos reguladores del procedimiento de fusión. Y la regulación de este régimen establece en nuestra legislación especialidades en cuanto a requisitos y formalidades (artículo 143 de la Ley de Sociedades Anónimas), protección de accionistas en torno al derecho de separación (arts. 135, 144 y 146 de la Ley de Sociedades Anónimas), etc., que lógicamente quedan sometidos a la calificación registral. Además parece también razonable que las escrituras en que consten los acuerdos de disolución por fusión reflejen las bases y condiciones de la fusión «conteniendo todos los extremos del acuerdo de disolución para fusionarse en la forma que haya sido adoptado por la Junta» (28). De no ser así, ni las escrituras que contengan los acuerdos, ni el Registro en el que se inscriban reflejarán adecuadamente «la razón

(26) Así, por ejemplo, la AktG (art. 340) y el Código Civil italiano (artículos 2.502, 1; 2.364; 2.365; 2.368).

(27) J. GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades Anónimas*, ob. cit., pág. 623.

(28) J. GARRIGUES y R. URÍA: *Comentario a la ley...*, ob. cit., pág. 779.

de ser de la fusión operada o por lo menos sus condiciones» (29). La doble posibilidad de que el acuerdo contenga reflejadas las condiciones de la fusión o el hecho de que al acuerdo acompañe, en caso de haberlo, el contrato previo de fusión (30), parece indiferente en cuanto que ambas técnicas conducirían al mismo resultado. Una expresa regulación del régimen del proyecto de fusión y de la necesidad de su control, que se impone como lógica exigencia, solventaría el problema.

El hecho de que los acuerdos de disolución por fusión puedan ingresar en el Registro Mercantil conjuntamente escriturados con la constitución de una nueva sociedad o con la fusión por absorción que modifica a la sociedad absorbente no se interfiere en lo expuesto. El problema que se plantearía sería, en el caso de presentarse a la inscripción conjuntamente escriturados los acuerdos de disolución y la constitución de una nueva sociedad o la modificación de la absorbente —problema que más adelante se examinará—, el de la necesidad o no de una calificación conjunta con el posible resultado de admitir el acuerdo de disolución rechazando la inscripción del resto del contenido escriturado, si bien la eficacia definitiva del acuerdo de disolución quedara condicionado a la inscripción de la fusión. No parece rechazable esta posibilidad en cuanto a que se trata de dos situaciones registrables autónomas aunque formalmente se hayan unificado en su escrituración.

3.º Admite la Directriz (art. 16.1), en consonancia con la línea que ya el proyecto de 1973 mantenía (art. 8) y en contraste con el de 1970 que nada decía al respecto, la posibilidad de que las legislaciones establezcan como acto necesario para la fusión la celebración de un *contrato de fusión* posterior a los acuerdos de las Juntas. Siendo ésta la única vez que la Directriz menciona la existencia de este posible contrato posterior a los acuerdos de fusión.

La mención del «contrato de fusión» parece que, al igual que sucede con el texto del Proyecto de Convenio de fusión internacional (art. 16) ha querido tener en cuenta la regulación que del llamado «atto di fusione» posterior a los acuerdos de las Juntas efectúa la legislación italiana (Código Civil art. 2.504) (31). Aunque su naturaleza de contrato no aparece

(29) J. GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades Anónimas*, ob. cit., pág. 630.

(30) A favor de su constancia se muestra J. GIRÓN TENA (*Derecho de Sociedades Anónimas*, ob. cit., pág. 630), mientras que R. URÍA mantiene una posición contraria (*Comentarios a la Ley de Sociedades...*, ob. cit., pág. 779).

(31) B. GOLDMAN: *Rapport introductif*, ob. cit., pág. 53.

No dice nada, sin embargo, la Directriz sobre los efectos que en el proceso de fusión pudiera tener la existencia de un contrato de fusión previo a las Juntas generales (así sucede, por ejemplo, en Alemania con el *Verschmelzungsvertrag*. Ver A. HUECK: *Gesellschaftsrecht*, ob. cit., págs. 235 y ss.). Por el contrario, ya se señaló anteriormente cómo el proyecto de Convenio sobre fusión internacional indicaba que «si en virtud de ley debiera ser realizado con anterioridad a las

de forma unánime en las consideraciones que sobre él hace la doctrina (32).

La existencia de este contrato requiere para la Directriz su manifestación en documento público en el caso, único en el que la Directriz lo menciona, de falta de control previo judicial o administrativo. No parece así que la Directriz exija su constancia en documento público cuando existan órganos de control judicial o administrativo que le califiquen, quedando en este caso la necesidad y función de documento público a la discreción de la regulación que las diferentes legislaciones nacionales hagan del tema (forma esencial, mera técnica de inscripción registral, etcétera).

La no clara configuración por nuestro ordenamiento del proceso de fusión (nada dice sobre cuando se producen los efectos, sobre el momento en que las sociedades participantes quedan vinculadas, etc.) ha dividido a la doctrina cuando se trata de determinar cuál es el momento determinante para la existencia de la fusión. Y las posiciones se mueven en un abanico que va desde aquellos sectores que mantienen una posición que concede primacía al acuerdo de las Juntas (33), hasta la de quienes afirman el carácter mixto del proceso en el que son esenciales para la realización de la fusión tanto los acuerdos como el convenio de fusión y en este sentido con las características de un negocio complejo (34).

La construcción de la fusión en base al acto corporativo de acuerdo de las Juntas no parece ser suficientemente explicativo del porqué de la vinculación entre sujetos de derecho —las diferentes sociedades participantes— hasta el momento de la fusión, en cuanto el acuerdo corporativo de cada sociedad sólo puede tener efectos vinculantes internos para sus socios (35). El acuerdo social no es otro que el elemento configurador de la voluntad social en aras de una disolución que posibilite el desarrollo de la fusión. No parece dudosa la necesidad de un convenio entre las sociedades intervinientes, pero si bien «ese negocio es elemento jurídico específico de la fusión, por sí mismo prescindiendo de las fases que

Juntas generales un contrato, éste constituiría el proyecto de fusión en el sentido del presente Convenio» (art. 7, 3).

(32) A favor se muestra G. FERRI, *ob. cit.*, págs. 443 y ss.; en contra, por ejemplo, F. GALGANO: *La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*, Bologna, 1979, pág. 73.

(33) R. URÍA afirma que: «La fusión aparece efectivamente como un acto de esta clase —corporativo— y no como un mero pacto o contrato convenido entre las sociedades que se fusionan». J. GARRIGUES y R. URÍA: *Comentario a la Ley de...*, *ob. cit.*, pág. 735.

(34) J. RUBIO: *Curso de...*, *ob. cit.*, pág. 472.

(35) J. GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades Anónimas*, *ob. cit.*, pág. 620.

le condicionan no podría originarla», y «este conjunto de fases y elementos están relacionados bajo el concepto de procedimiento» (36).

El momento perfectivo del convenio es el de la expresión de todos los acuerdos (37), si bien la relación entre el contenido de los mismos y el proyecto de fusión no aparece claramente determinado en nuestra legislación que parte de una difusa mención del mismo cuando afirma que: «El acuerdo de fusión... deberá ser adoptado... ajustándose a las bases que éstas —las sociedades interesadas— hubieran fijado» (art. 143 de la Ley de Sociedades Anónimas) (38). De las diferentes posibilidades que la construcción del proyecto de fusión ofrece, y en consecuencia revistiendo diferentes tipos de naturaleza jurídica (39), la Ley de Sociedades Anónimas parece haber contemplado sólo el caso de proyecto de fusión configurado por los administradores y no vinculante para ninguna de las sociedades hasta el posterior acuerdo de las respectivas Juntas de las sociedades participantes (art. 143 de la Ley de Sociedades Anónimas).

En cualquier caso no exige nuestra legislación la formalización de un contrato posterior a los acuerdos de las Juntas Generales como elemento perfectivo del convenio de fusión. Y en consecuencia no se necesita tampoco un control posterior sobre el mismo independiente del que pueda caer sobre los acuerdos de disolución por fusión, siendo así inaplicable en este punto el artículo 16 de la Directriz al mostrarse como innecesario. El control del convenio de fusión se realiza en el momento de llevar a cabo la inscripción en el Registro Mercantil de los acuerdos de disolución por fusión y de la nueva sociedad que se constituye o en su caso de la absorción. Y todo ello con independencia de que ambos —acuerdos y constitución o modificación por absorción— figuren o no formalizados en la misma escritura. Pero ni la escritura, ni la inscripción de la constitución de la nueva sociedad o de la modificación de la absorbente son elementos de la perfección del contrato de fusión, ni mucho menos expresión de un nuevo contrato posterior al acaecido

(36) J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, t. I, ob. cit., pág. 367.

(37) En el sentido de considerar los acuerdos como las manifestaciones de voluntad que configuran el contrato, se expresan J. GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, l. 3, Madrid, 1949, pág. 1274; J. GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades Anónimas*, ob. cit., págs. 623 y ss.

(38) Más claramente se expresa la tercera Directriz, señalando que: «La decisión a tomar recae sobre la aprobación del proyecto de fusión y, en su caso, sobre las modificaciones del estatuto que su realización necesite» (art. 7, 3).

(39) Muy diferentes posiciones se han adoptado por la doctrina en torno a su posible naturaleza jurídica, que no corresponde aquí analizar (así, por ejemplo, se han calificado de mero proyecto sin fuerza vinculante —R. URÍA: *Comentario a la ley*, ob. cit., pág. 735—; de contrato con estipulación a favor de terceros —J. GARRIGUES: *Tratado*, l. 3, ob. cit., pág. 1283—; de contrato sujeto a la *condictio iuris* de su aprobación por las Juntas —J. RUBIO: *Curso de Derecho...*, ob. cit., página 474—, etc.).

como consecuencia de la expresión de la voluntad de las Juntas de las sociedades intervinientes. Son simplemente medios instrumentales necesarios para el desarrollo y ejecución del contrato de fusión, y que hacen nacer una nueva sociedad o modifican una ya existente conllevando además la extinción de las demás sociedades participantes en el proceso de fusión.

Un tema diferente también al de la formalización en la misma escritura de los acuerdos de disolución y la constitución de una nueva sociedad o la modificación de la absorbente, es el del análisis de la técnica de acceso simultáneo o no de ambas al Registro Mercantil para sus respectivas inscripciones. Pero este tema será tratado posteriormente al examinar la publicidad del proceso de fusión.

C) AMBITO DEL CONTROL

La Directriz no delimita claramente en su articulado la extensión de las facultades atribuidas a los órganos de control del proceso de fusión. Plantea así dudas su artículo 16 —regulador del tema—, sobre si el ámbito del control puede ir más allá del mero control de legalidad recayendo incluso sobre el examen de la existencia misma de las situaciones que se inscriben; y también plantea dudas en torno a la solución a adoptar frente a la aparente discordancia con respecto a la extensión del control según que éste se realice por órgano administrativo o judicial, o bien en su defecto a través de la exigencia de documento público.

La existencia de control preventivo judicial o administrativo viene expresamente limitada por el artículo 16 de la Directriz a un «control preventivo judicial o administrativo de legalidad», mientras que la referencia a la necesidad, en defecto de aquel, de documento público, viene regulada conjuntamente con una atribución «al notario o autoridad competente» que lo establezca del deber «de verificar y testimoniar la existencia y legalidad de los actos...» (art. 16.2 de la Directriz). Se presentan así conjuntamente las dos cuestiones mencionadas de limitación del ámbito y divergencia en su alcance según como el control se realice.

La tercera Directriz asume una regulación que, aunque es la misma que expresaban los proyectos anteriores (art. 8 del proyecto de 1970 y artículo 8 del proyecto de 1973) e incluso también algún otro texto comunitario (art. 23 del proyecto de Convenio de fusión internacional), se aparta curiosamente del silencio que con respecto al ámbito del control guarda la primera Directriz (art. 10) que es el texto legislativo comunitario básico en temas publicitarios y de control de legalidad. Esta pri-

mera Directriz si bien se expresa en términos parecidos a la tercera Directriz cuando habla de la necesidad «de un control preventivo, administrativo o judicial» o en su defecto la exigencia de «documento público» (artículo 10), para nada menciona su posible alcance.

La tercera Directriz adoptando esta fórmula transaccional (40) ha añadido sin embargo unas menciones sobre el ámbito del control que requieren una interpretación en los términos que siguen:

- La existencia de la Directriz viene referida exclusivamente al control de legalidad, cuando de órganos judiciales o administrativos se trata, si bien este control no se limita a la mera legalidad formal sino también al fondo de las situaciones controlables. Esta es además la solución generalmente adoptada en las formulaciones legales de los diferentes ordenamientos (41).
- La exigencia del control de legalidad es el mínimo necesario atribuible a los órganos de control judiciales o administrativos, lo cual no significa que éstos no puedan tener además otras competencias de control sobre la realidad de las situaciones que se inscriben, si con más o menos amplitud les viniera conferido por sus respectivos ordenamientos nacionales (42).
- La exigencia de órganos de control o de documento público no es además incompatible con la existencia de otros tipos complementarios de control diferenciados de ellos (43).
- Al hecho de que los notarios o autoridades competentes, encargados de redactar en el documento público determinadas situaciones del proceso de fusión cuando no existen órganos de control, tengan atribuidas unas facultades de control que traspasan el

(40) Con respecto al régimen transaccional adoptado ante las diferentes soluciones legales que los ordenamientos nacionales ofrecían, *vid.* B. GOLDMAN: *Droit Commercial*, ob. cit., págs. 717 y ss.; B. GOLDMANN: *Rapport introductif...*, obra citada, págs. 62 y ss.; J. D. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ: *La publicidad legal de la Sociedad Anónima Europea en estudios y textos...*, ob. cit., págs. 78 y ss.

(41) Sobre los diferentes sistemas europeos de control, *vid.* P. VAN OMMESLAGE: «Commentaire de la première...», ob. cit., *Cahier Dr. Eur.*, núm. 6, 1969, páginas 640 y ss.

(42) Es de señalar que curiosamente el proyecto de Convenio sobre fusión internacional señala expresamente esta posibilidad (art. 56), y que en los precedentes del actual artículo 12 de la S. E. constaba la exigencia, posteriormente suprimida, de presentar para la aprobación de la misma en el acto constitutivo «los motivos económicos de la constitución». Esta exigencia se contenía también en el proyecto Sanders.

M. IANNUZZI: «Armonizzazione del Diritto societario nella comunità economica europea. Osservazioni sul progetto di direttiva concernenti le fusioni», *Riv. delle società*, fasc. 5-6, settembre-dicembre, 1971, pág. 992.

(43) Así, por ejemplo, en Alemania, autorizaciones a efectos de concentración de empresas, o en Francia, el control de la Comisión de Operaciones de Bolsa cuando la fusión afecta a sociedades cuyos títulos tienen cotización bursátil, etc.

de simple legalidad afectando también a «la existencia» de aquellas (art. 16.2 de la Directriz), parece que sería exagerado darle una interpretación en el sentido de existir una forzosa investigación de la realidad por parte del notario o autoridad competente. Más bien parece quererse hacer referencia a lo que es el normal proceder de la fusión de fedatario público de dar fe pública de la realidad que se le manifiesta y del ajuste de la misma a derecho. Lo cual no significa que no pueda proceder a un mayor examen sobre la veracidad de la existencia de la realidad que se le manifiesta en caso de duda. Esta calificación por parte del notario o de la autoridad competente tendría lugar cuando no existiera un control previo judicial o administrativo o bien éste no recayera sobre todos los actos necesarios de la fusión anteriormente señalados. Y recaería sobre los acuerdos de las Juntas generales que deciden la fusión y en su caso, si se exigiera por la legislación nacional, sobre el contrato de fusión posterior a aquellas y también sobre el proyecto de fusión (art. 16 de la Directriz).

Hay que señalar que el documento auténtico se requiere además en algunas legislaciones como instrumento necesario para la inscripción registral de determinados aspectos del proceso de fusión, con lo que la calificación podría ser doble (así por ejemplo en la legislación alemana, artículo 12 HGB y 346 AktG): La del notario o autoridad competente y la del órgano de calificación encargado del Registro Mercantil en el que, o en los que, la fusión tiene constancia.

El tratamiento del alcance de la calificación respecto al proceso de fusión no ofrece en nuestra legislación un aspecto diferente al que presenta el tratamiento general de la calificación registral mercantil, ni tampoco plantea problemas con respecto a su adecuación a la presente Directriz.

El problema en torno al alcance calificador del Registro Mercantil se ha venido solventando de forma mayoritaria en el sentido de su limitación al examen de la veracidad y legalidad de la declaración inscribible y no sobre la veracidad de su contenido (44), al igual que en el ámbito hipotecario de cuyas normas son reflejo en este punto las mercantiles (45).

(44) C. GARCÍA JIMÉNEZ: *Los principios...*, ob. cit., págs. 247 y ss.; M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: «Notas sobre el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *R. Dr. N.*, enero-marzo 1958, págs. 277 y ss.; J. BOLLAIN ROZALÉN: «El nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *R. D. M.*, núm. 64, 1957, págs. 411 y ss. Con respecto a materia de sociedades, J. GARRIGUES afirma: «No parece que el Registrador tenga que descender a comprobar necesariamente la correspondencia con la realidad de las declaraciones contenidas en la escritura de constitución». *Comentario a la Ley de Sociedades...*, ob. cit., pág. 175.

(45) Comparar los artículos 5 y 44 y siguientes del Reglamento del Registro

Efectivamente nuestra legislación mercantil deja poco terreno para poder sostener la posibilidad de que el Registrador Mercantil pueda ir en su control calificador más allá de la declaración presentada a fin de comprobar la realidad de su contenido tal y como de los estrictos términos del artículo 5 del Reglamento de Registro Mercantil se desprende cuando manifiesta que:

«Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad, con referencia a los títulos presentados, la competencia y facultades de quien los autorice o suscriba, la legalidad de las formas extrínsecas, la capacidad y legitimación de los otorgantes, y la validez del contenido de los documentos, examinando si han sido cumplidos los preceptos legales de carácter imperativo.

La calificación se basará en lo que resulte de los títulos presentados y en los correspondientes asientos del Registro.»

Esta es una situación especialmente grave para el Registro Mercantil dado que un número importante de las situaciones inscribibles son meras declaraciones de ciencia (así por ejemplo la del comerciante individual y sus circunstancias) que, a diferencia de las de voluntad, no ofrecen en el título presentado al Registrador la existencia negocial del mismo, sino sólo la manifestación de circunstancias al margen del título presentado y a las que el documento pone de relieve en cuanto eventos ya sucedidos.

La legislación mercantil registral en materia de calificación se presenta pues en torno a unos preceptos que limitan excesivamente la actividad calificadora, si bien hay que decir que los documentos requeridos en orden a la presentación y admisión de las llamadas declaraciones de voluntad, y entre ellas la materia societaria, en el Registro Mercantil son tales que ofrecen garantías como para poder admitir una cierta probabilidad de concordancia con la realidad. Sería deseable no obstante una ampliación de la función calificadora registral que permitiera al Registrador la comprobación de aquellas situaciones que le pudieran ofrecer dudas razonables de su realidad (46). Hoy por hoy los estrechos

Mercantil con el 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario. J. GARRIGUES afirma reiteradamente la dificultad de aplicar la calificación señalada en los términos del artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil a toda la materia mercantil inscribible. Debido a su influencia hipotecaria, parece más bien pensado para ser aplicado en toda su amplitud sólo a materia negocial, y en concreto, a sociedades. Vid. J. GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, t. I, año 1976, págs. 705 y ss.

(46) A favor de una reforma que amplíe el ámbito calificador del Registrador, podemos citar en el campo hipotecario a R. ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, tomo I, año 1968, pág. 241; J. LACRUZ BERDEJO y F. ASÍS: *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1968, pág. 535.

límites legales de la calificación registral afectan en igual medida que a la generalidad de las situaciones registrables al proceso de fusión (artículos 132 y ss. del Reglamento de Registro Mercantil y 142 y ss. de la Ley de Sociedades Anónimas).

La existencia del control previo de legalidad recogido por la Directriz no lleva consigo la exclusión de otros posibles controles, de diversa naturaleza al examinado, que las legislaciones nacionales pudieran establecer (47), sin que sea necesaria la expresa mención de ello en la Directriz (48).

II. LA PUBLICIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE FUSION

La presente Directriz, considerando que los terceros deben de ser suficientemente informados, establece en su Exposición de Motivos que «la publicidad asegurada por la Directriz 68/15/CEE debe ser extendida a las operaciones relativas a la fusión». La primera Directriz de 9 de marzo de 1968 es la que establece el marco general de la publicidad registral para las sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones estructurando una organización publicitaria y un sistema de eficacia publicitaria para determinados actos a los que ahora deberán someterse también ciertas fases del proceso de fusión. Si bien es cierto que esta primera Directriz contemplaba la publicidad de la constitución, modificación de estatutos, disolución de sociedades, etc. (art. 2) y el proceso de fusión puede llevar consigo estas consecuencias, también lo es que no ofrecía una amplitud suficiente que abarcara todas los actos de la fusión que requieren una publicidad registral y que los que contemplaba no lo eran en virtud de relación sistemática con el procedimiento de la fusión. La inclusión en el sistema publicitario, regulado por la primera Directriz, de «las operaciones relativas a la fusión» (Exposición de Motivos) no altera sin embargo ni el sistema ni los efectos que ella configura, sino que por el contrario de ella se parte y a ella se tiene como marco de referencia.

Los puntos a tratar son dos: el procedimiento de publicidad aplicado

(47) Así, por ejemplo, en Alemania, el control de la fusión afectaría a su posible incidencia en el fenómeno de concentración de empresas y control de *cartels* (la GWB de 1957; la Novelle de 1973, que afecta específicamente al control de la fusión). Sobre el tema, *vid.* P. RAISCH: *Unternehmensrecht, 2. Aktien- und Konzernrecht, Mitbestimmung und Fusionskontrolle*, Hamburgo, 1974, páginas 201 y ss.

(48) Esta posible ampliación del control es señalada, sin embargo, de forma expresa por el proyecto de Convenio sobre fusión internacional (art. 56).

al proceso de fusión y los efectos que de su publicidad se desprenden en cuanto que esencialmente afecten a los propios socios y a los terceros.

A) EL PROCEDIMIENTO DE PUBLICIDAD

El procedimiento establecido por la presente Directriz sobre fusión para dar publicidad a determinadas fases del proceso de fusión son los acogidos por la primera Directriz de 9 de marzo de 1968: la apertura de un expediente en un Registro central, Registro de comercio o Registro de sociedades (art. 3.1) y la inclusión en el mismo o la transcripción en el Registro de los actos sujetos a publicidad y de una publicación íntegra de los actos inscribibles o por extracto, o en forma de una mención del depósito del documento en el expediente, o de su transcripción en el Registro, en el Boletín Nacional que designa cada Estado (art. 3.1.2.4) (49). Y esto en cuanto que en este punto la presente Directriz sobre fusión se remite a la ya mencionada Directriz de 9 de marzo de 1968 (art. 18).

La Directriz sobre fusión ha mantenido así mediante referencia a la primera Directriz la situación flexible de no imponer a los Estados afectados un concreto sistema de registro y de inscripción, aunque exija la existencia de un Registro y publicidad en periódico conjuntamente, para los aspectos inscribibles del proceso de fusión. Se ajusta de todas maneras al espíritu y letra del Tratado de la Comunidad Económica Europea que establece «la coordinación, en la medida que sea necesaria, y a fin de hacerlas equivalentes, de las garantías que son requeridas, ... a las sociedades ... , para proteger los intereses tanto de los socios como de los terceros» (art. 54.3 g). En este sentido de flexibilidad puede también entenderse la referencia que la Directriz hace a lo largo de sus preceptos (artículos 6 y 18) no directamente a la primera Directriz, como sin embargo señalaban los proyectos precedentes de 1970 y 1973 (art. 10), sino a «los modos previstos por el legislador de cada Estado miembro en conformidad con la Directriz de 9 de marzo de 1968».

La enorme permisibilidad en orden a la construcción del sistema publicitario que señala la primera Directriz (registro y publicación en *Boletín*), no es, como ya se ha dicho, alterado por la tercera Directriz;

(49) A este resultado de unificación de los sistemas publicitarios llegó la primera Directriz después de un proceso en el que se consideró la posibilidad de establecer un sistema basado en la equivalencia entre la inscripción o depósito en un Registro y la publicidad a través de periódicos o publicaciones, para no forzar aquellos sistemas nacionales que sólo admitían uno de ambos sistemas publicitarios. Y así lo recogió el anteproyecto (art. 3), siendo a partir del pronunciamiento del Comité Económico y Social en sentido contrario, según *avis* de 28 de septiembre de 1964, cuando se adoptó por la Comisión lo que con carácter definitivo fue el sistema de unificación registral acogido por la Directriz.

pero sin embargo sí es completado el silencio de sus preceptos en torno a determinados temas. Así en torno al proyecto de fusión se establece una referencia temporal para efectuar su publicidad, frente al silencio sobre plazos de la primera Directriz que establece la exigencia de que sea «anterior en un mes a la fecha de celebración de las Juntas generales que han de decidir sobre el mismo» (art. 6). No existe sin embargo ningún plazo establecido para la publicidad de los acuerdos, quedando este punto remitido a la libre regulación por los Estados afectados. Parece establecer también la presente Directriz la obligación «para cada una de las sociedades que se fusionen» (art. 18) de presentar en el Registro los documentos en los que figuren aquellas situaciones del proceso de fusión sujetas a publicidad, pero sin mencionar si corresponde a los órganos de administración o a los redactores del documento inscribible si los hubiera, con lo cual queda este punto remitido a las legislaciones nacionales en conformidad con la primera Directriz (art. 5).

La exigencia de la publicidad de determinadas fases del proyecto de fusión no plantea problemas en lo que a la adecuación de nuestro sistema publicitario registral mercantil al sistema publicitario señalado por las Directrices se refiere (en concreto el regulado por la primera Directriz al que esta tercera se remite). La existencia en nuestro ordenamiento de un sistema de publicidad registral mercantil con control preventivo de legalidad e incluso con sometimiento, en líneas generales, de las situaciones inscribibles a su documentación en escritura pública o documento judicial o administrativo, al cual está sometida la fusión (art. 16 y ss. de Comercio; arts. 5, 8, 44, 132 y ss. del Reglamento de Registro Mercantil; art. 133 y ss. de la Ley de Sociedades Anónimas, etc.), no supondría prácticamente ninguna adaptación al sistema de las Directrices. El problema se plantea sin embargo en relación con las concretas situaciones que la presente Directriz somete a publicidad, y en concreto con respecto al proyecto de fusión y a los acuerdos de fusión.

La publicidad del proyecto de fusión en nuestra legislación parte de la dificultad de soslayar el vacío que sobre él existe, si bien en la práctica se reflejen explícita o indirectamente en las escrituras las bases de la fusión. Se hace necesario en consecuencia una explicitación en la legislación sobre el contenido y función del proyecto de fusión y de su sometimiento a control de legalidad y a la publicidad del Registro mercantil y no sólo a una publicidad a efectos de documentación complementaria a examinar por los socios en la sede social previamente a la celebración de las Juntas generales.

Nuestra legislación plantea también cierto confucionismo en cuanto a la posibilidad o no de una publicidad autónoma de los acuerdos de

disolución (50). La Ley de Sociedades Anónimas en los preceptos reguladores del proceso de fusión establece expresamente que «las sociedades que se extinguen por fusión harán constar el acuerdo de disolución en escritura pública, que se escribirá en el Registro mercantil» (art. 146) al que además se señala el contenido que debe de constar. La inscripción de la disolución parece gozar de autonomía registral con respecto a la de la constitución de una nueva sociedad o modificación de una de las preexistentes según el tipo de fusión que se contempla. Sin embargo el Reglamento de Registro Mercantil no sólo no contempla expresamente la inscripción autónoma del acuerdo de disolución por fusión (el acuerdo de fusión), sino que más bien parece partir la idea de que el acuerdo de disolución por fusión ha de constar conjuntamente escriturado en la escritura que contiene la constitución de la nueva sociedad resultante cuando se trata de fusión por constitución (arts. 134.1 y 136 del Reglamento de Registro Mercantil); técnica que la doctrina no ve inconveniente en extender a la fusión por absorción (51). Y esta escritura una vez inscrita en el Registro Mercantil serviría de base para establecer la oportuna nota de cierre con respecto a las sociedades que se han de extinguir (artículo 137.2.3 del Reglamento de Registro Mercantil).

El silencio, que nunca prohibición, que el Reglamento de Registro Mercantil guarda con respecto a la posible inscripción separada del acuerdo de disolución, conjuntamente con el hecho de su expresa posibilidad sostenida en la posterior Ley de Sociedades Anónimas (art. 146) parecen posibilitar en nuestros Registros Mercantiles tanto la inscripción separada del acuerdo de disolución por fusión con los requisitos señalados por la Ley de Sociedades Anónimas (art. 146), como el que sólo se extienda la oportuna nota de cierre para las sociedades que se extinguen como consecuencia de la inscripción registral de la fusión definitiva procedente de cualquiera de los procedimientos de fusión (art. 137.2.3 del Reglamento de Registro Mercantil). Si bien los efectos extintivos del acuerdo de disolución inscrito antes de la constitución o modificación resultantes de la fusión quedarían sometidos al hecho de la inscripción de las fusiones y de la oportuna nota de cierre en base a ellas (52). La inscripción previa de la sociedad nacida de la fusión o de la modificación de la absorbente no plantea obviamente este problema de sometimiento a condición del

(50) No se trata de la publicidad que debe darse a los acuerdos a través del *Boletín Oficial del Estado* y de los periódicos provinciales de gran circulación, a que la Ley de Sociedades Anónimas hace referencia (arts. 134 y 143), y que sirve de referencia temporal para la oposición al acuerdo de los acreedores sociales (art. 145), sino a la publicidad registral mercantil, que es posterior cronológicamente.

(51) B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Derecho mercantil registrable...*, ob. cit., página 630.

(52) R. URÍA: *Comentarios a la ley...*, ob. cit., pág.

efecto extintivo del acuerdo de disolución, ya que los acuerdos contenidos en la escritura de constitución o de fusión por absorción serían suficientes para que el Registrador extendiera la oportuna nota de cierre de las sociedades que se extinguen. Pero, como adecuadamente señala la doctrina (53), el Reglamento de Registro Mercantil parece estar pensando en el hecho de que todas las sociedades participantes en el proceso de fusión se encuentran en el mismo Registro Mercantil, ya que de no ser así existe el peligro de que una sociedad se encuentre disuelta por haber participado en el proceso de fusión y sin embargo siga figurando en el Registro Mercantil correspondiente como una sociedad en cuya hoja ni siquiera figura el acuerdo de disolución, y ello hasta que no se comuniqué al Registro en el que está inscrita la oportuna nota de cierre (54).

Quedaría por solucionar en nuestro sistema publicitario tanto con respecto al acuerdo de disolución, como con respecto a las demás fases del proceso de fusión, la dificultad derivada de la inexistencia de una regulación reglamentaria del segundo medio complementario de publicidad señalado por las Directrices (básicamente la primera) que es «el Boletín nacional designado por los Estados miembros». Ya que la simple mención que de él se hace en el Código de Comercio (art. 30) y el silencio que con respecto a este tipo de publicación de la disolución por fusión mantiene la Ley de Sociedades Anónimas (55) exige un desarrollo del Reglamento de Registro Mercantil en este punto y no sólo del funcionamiento del *Boletín Oficial de Registro Mercantil* sino también de sus efectos con respecto a las situaciones publicadas; exigencia y eficacia de esta publicación que la Ley de Sociedades Anónimas debería de regular también en el caso concreto de la fusión.

Una concreta regulación del acuerdo de disolución por fusión de aquellas sociedades que participan en la fusión a efectos de su sometimiento a la publicidad señalada por las ya mencionadas Directrices primera y tercera requeriría:

Una mayor explicitación legal del contenido de los acuerdos de disolución que afectasen a las sociedades que se extinguen como consecuencia de la fusión.

(53) B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Derecho mercantil...*, ob. cit., pág. 652.

(54) La Dirección General de los Registros estableció, en su resolución de 21 de julio de 1971, la necesidad para estos casos de que previamente a la fusión —se trataba de una fusión por absorción— se llevará a cabo la inscripción del acuerdo de disolución en el Registro Mercantil correspondiente de la sociedad absorbida.

(55) Quizá podría entenderse aplicable, por su generalidad a todos los acuerdos de disolución, la obligatoriedad de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, señalada por el artículo 153. No opina así R. URÍA, que considera como precepto aplicable en caso de fusión, el específico sistema del artículo 146 de la Ley de Sociedades Anónimas. *Comentarios a la ley...*, ob. cit., pág. 777.

Una eliminación de las dudas sobre la posible inscripción autónoma de los acuerdos de disolución y su publicación en el periódico oficial.

La exigencia, no sólo a efectos del acuerdo de fusión, del desarrollo reglamentario del *Boletín Oficial de Registro Mercantil*, que tan sólo figura mencionado en el Código de Comercio (art. 30), y la adecuación a él de la regulación de la fusión de las sociedades anónimas.

B) LOS EFECTOS DE LA PUBLICIDAD EN EL PROCESO DE FUSIÓN

La obligatoriedad señalada por la tercera Directriz de publicar por «cada una de las sociedades que participan en la fusión» «según los modos previstos por la legislación de cada uno de los Estados miembros conforme al artículo 3 de la Directriz 68/151/CEE» tanto «el proyecto de fusión» como «el acuerdo de fusión» (arts. 6 y 18), requiere una delimitación del alcance de los efectos que como consecuencia de la misma se producen, así como los que de su omisión se pudieran derivar.

1.º La exigencia de la publicidad del *proyecto de fusión* parece ir dirigida en interés de los propios accionistas, que tienen además la posibilidad de conocerle y examinarle en la sede social con anterioridad a la celebración de la Junta conjuntamente con los informes que sobre él han de realizar los órganos de administración o de dirección y los expertos independientes señalados por la autoridad judicial o administrativa (artículos 9, 10 y 11). La publicidad del proyecto parece reforzar así la posibilidad de su conocimiento por los accionistas. Pero quizá donde viene a cumplir una mayor función informativa es con respecto a los terceros acreedores (arts. 13 y 14), para los que no existe en la Directriz otro medio de conocimiento del proyecto de fusión (56). Y sobre ambos aspectos van a tener reflejo las consecuencias derivadas de su falta de publicidad.

Junto a los efectos generales de la inoponibilidad de lo no inscrito, derivados de la falta de publicidad que señala la Directriz 68/151/CEE (artículo 3) y que no es el caso analizar aquí, de la presente Directriz sobre fusión resultan indirectamente unos efectos privativos. La falta de publicidad del proyecto de fusión, como consecuencia de suponer el incumplimiento de un precepto claramente imperativo, podría suponer una calificación negativa de la inscripción de los acuerdos como consecuencia del incumplimiento de una de las formalidades exigidas con carácter obligatorio. La calificación negativa por falta de publicidad del proyecto se justifica además de por suponer un quebranto en la informa-

(56) G. KEUTGEN: «La Directive européenne sur les fusions nationales», *Rev. Prt. Soc.*, ob. cit., deuxième trimestre, 1979, pág. 110.

ción de los interesados por suponer un requisito técnico necesario para el desarrollo de la fusión. Y ello porque es la fecha de la publicación del proyecto de fusión la que sirve de referencia temporal para deslindar de todos los acreedores a aquellos que se ven afectados por la existencia de «un sistema adecuado de protección de sus intereses», que sólo afecta a los que existieran con anterioridad al proyecto de fusión (artículos 13 y 14). La falta de publicación del proyecto supondría la imposibilidad técnica de deslindar los acreedores protegibles como consecuencia de un acuerdo de fusión de aquellos que no lo son.

La posibilidad de aplicar la excepción del artículo 8 de la Directriz que permite, frente a la regla general del artículo 7, la no necesaria aprobación de la fusión por la sociedad absorbente si se cumplen determinados requisitos, no sería viable tampoco sino se publica el proyecto, en cuanto que entre los mencionados requisitos figura la exigencia de la publicidad del mismo.

La falta de publicidad del proyecto de fusión llevaría como manifestación lógica de todo lo expuesto a «la responsabilidad civil de los miembros del órgano de administración o de dirección» (art. 20) en consonancia con su posible designación de órganos encargados del cumplimiento de dichas formalidades.

2.º La exigencia de la publicidad de los *acuerdos de fusión* ha de partir de la diferenciación que entre validez (art. 7) y eficacia (art. 17) realiza la Directriz. La validez del acuerdo dependería de la existencia de un acuerdo válido aprobatorio de los términos del proyecto por cada una de las sociedades que se fusionan (art. 7), ya que la publicidad de los mismos no es elemento forzosamente constitutivo (art. 18). Cosa diferente es que se produzca por ello la constitución o modificación de la nueva sociedad o la disolución de alguna de las existentes como desarrollo del proceso. Quedarían a salvo las excepciones, ya señaladas, de aquellos casos en los que cabe una posible inexigibilidad del acuerdo a la sociedad absorbente cuando se dan ciertos requisitos (art. 8). El momento de la eficacia queda remitido por la Directriz «a la fecha que las legislaciones de los Estados miembros determinen» (art. 17), suprimiéndose el antiguo sistema de los proyectos anteriores de posibles soluciones alternativas (art. 9 del proyecto de 1973). La publicidad registral de los acuerdos de fusión puede por lo tanto jugar una función diferente en el desarrollo de los efectos de la fusión: ser un elemento necesario para la eficacia tanto frente a los terceros como entre los directamente afectados o ser requisito de eficacia sólo frente a terceros, pero no frente a las partes. Cualquiera de estas soluciones en torno a la función de la inscripción de los acuerdos de fusión sería perfectamente aceptable también dentro de la primera Directriz sobre publicidad de 9 de marzo de 1968 en cuanto

que admite que «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» (art. 3.7). La contemplación de ambas directrices posibilita en consecuencia el que las diversas legislaciones nacionales puedan adaptarse a ellas dando a la inscripción de los acuerdos de fusión una función constitutiva o simplemente declarativa (57). La publicidad de la fusión, con independencia de la naturaleza constitutiva o no de la misma, sirve además como referencia temporal a partir de cuya fecha se han de contar los seis meses necesarios para la caducidad de la acción de nulidad de la fusión con respecto a quien quiere entablarla (art. 22).

El incumplimiento de la exigencia de las formalidades de publicidad de la fusión parece que debería de llevar consigo la responsabilidad del órgano de administración o de dirección encargado, en su caso, de las mismas (art. 20). Es de señalar que junto a la obligatoriedad impuesta por la Directriz de la publicidad de la fusión para cada una de las sociedades que participan en la fusión (art. 18.1), señala también que «la sociedad absorbente puede proceder ella misma a las formalidades de publicidad que conciernen a las sociedades absorbidas» (art. 18.2). Parece que se ha querido con ello arbitrar un sistema de precaución para la sociedad absorbente que pudiera temer el que los órganos de las sociedades absorbidas no procedieran a las formalidades de publicidad que les conciernen, con todas las consecuencias que de ello podrían derivarse (58).

En nuestra legislación el tratamiento de la publicidad registral del proyecto de fusión queda en gran parte obviado como consecuencia de la casi absoluta falta de mención legal que de él existe. Se hace por ello necesario, como ya se ha dicho anteriormente, una completa regulación del proyecto y de su tratamiento publicitario a efectos de completar la carencia del mismo en la Ley de Sociedades Anónimas y en el Reglamento de Registro Mercantil. La falta de publicidad del proyecto de fusión debería establecerse en torno a su configuración como elemento necesario previo para una posterior adopción de acuerdos válidos e inscribibles. Y ello en función de su consideración como instrumento que re-

(57) P. VAN OMMESELAGHE: *La proposition sur...*, ob. cit., pág. 142.

(58) El efecto de la oponibilidad o inoponibilidad de la publicidad frente a terceros jugaría con independencia de la naturaleza constitutiva o no de la misma en función de la eficacia publicitaria general señalada por la primera Directriz (art. 3, 5). Curiosamente, el proyecto de Convenio sobre fusión internacional señala este efecto de forma expresa para la fusión (art. 28).

La presente Directriz hace correr el plazo de caducidad de la nulidad a partir del momento en que la fusión es oponible, y éste, con excepción del conocimiento previo, es el momento de su publicidad tal y como viene recogido en la primera Directriz (arts. 3, 4 y 5). B. GOLDMANN: *Rapport introductif sur le Project...*, ob. cit., página 69.

forzaría para los socios la posibilidad de conocimiento y la presunción de legalidad del contenido que se ha de tratar en los acuerdos de las Juntas y con el efecto no sólo de oponibilidad frente a terceros, sino con todos los que de nuestro sistema publicitario registral se desprenden. Debería igualmente recogerse su publicidad a efectos de delimitación temporal para considerar qué acreedores deberán ser protegidos como consecuencia de la fusión si llegara a concluirse.

La publicación del acuerdo de fusión ofrece en nuestra legislación la doble posibilidad de ingresar documentalmente en el Registro Mercantil, y ser luego publicado en el *Boletín* del Registro (59), conjuntamente con la inscripción de constitución de la nueva sociedad cuando de fusión por constitución se trata (arts. 134 y 136 del Reglamento del Registro Mercantil) o con la modificación de estatutos si es una fusión por absorción, o bien de forma individualizada (art. 146 de la Ley de Sociedades Anónimas). En todo caso, la inscripción del acuerdo de fusión ha de constar en la hoja correspondiente a cada una de las sociedades que se extinguen (60). No parece que tenga mayor importancia el que la presentación del acuerdo de disolución se efectúe documentalmente en la misma escritura de constitución o modificación de estatutos si constaran todos los requisitos exigidos por la Ley para la formalización del acuerdo en escritura.

El acuerdo de disolución por fusión debe de considerarse válido desde que las Juntas generales debidamente convocadas y celebradas (artículo 143 y ss. de la Ley de Sociedades Anónimas) manifiesten su voluntad en tal sentido. Y este acuerdo como acto corporativo debe desarrollar una eficacia interna (obliga a los accionistas que no ejercieron su derecho de separación —art. 144—) y como manifestación de una voluntad social desarrolla unos efectos externos, vinculando a la sociedad con aquellas otras que se manifestaran en este sentido coincidente en la ejecución posterior de una nueva constitución de sociedad o modificación de una de ellas, con extinción de las absorbidas una vez cumplidos los plazos y asegurados los intereses de acreedores en la forma que la Ley de Sociedades Anónimas determina (art. 145 de la Ley de Sociedades Anónimas). En relación con lo expuesto, la publicidad registral de los acuerdos de disolución por fusión no puede considerarse ni como requisito de validez ni de eficacia de los acuerdos las sociedades que se fusionan. Los acuer-

(59) Como ya se ha dicho, se requiere un desarrollo reglamentario de la regulación del funcionamiento y efectos del *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, que sólo fue someramente recogido por el Código de Comercio tras la reforma de 21 de julio de 1973.

(60) Anteriormente se habló de los problemas que pueden derivarse del hecho de que las sociedades que se extinguen puedan estar inscritas en un Registro Mercantil diferente del de la sociedad que se crea o modifica.

dos son válidos y eficaces internamente y aptos para vincular con otras sociedades que manifiesten su voluntad desde que se adopten con los requisitos legalmente exigidos, sin que a estos fines intervenga la publicidad como requisito.

La publicidad registral de los acuerdos de disolución por fusión desarrolla los efectos propiamente registrales (arts. 1.º y ss. del Reglamento del Registro Mercantil) que se derivan de la inscripción. Pero ni es aquí la publicidad registral mercantil requisito constitutivo del acuerdo ni tan siquiera condición necesaria para su eficacia. La inscripción de los acuerdos podría considerarse en todo caso una inscripción obligatoria («las sociedades que se extingan por fusión harán constar el acuerdo de disolución en escritura pública...» —art. 146 de la Ley de Sociedades Anónimas—) que sirva para indicar la situación jurídica en que se encuentra, y de cuyo incumplimiento podrían derivarse responsabilidades para los órganos de administración que debieron realizarla. Lo que sucede es que el desarrollo y ejecución del proceso de fusión requiere como punto final la constitución o modificación de una sociedad, dependiendo del tipo de fusión, y ambas operaciones deben de documentarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil con efectos constitutivos, exigiendo para ello, inevitablemente, la inscripción de los acuerdos de disolución, con independencia de que estén o no escriturados conjuntamente con la constitución de la nueva sociedad o de la sociedad que se modifica (artículos 6.º, 84, 144 y 148 de la Ley de Sociedades Anónimas y 133 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil). Incluso puede decirse que el sistema del Reglamento del Registro Mercantil parece configurarse frente al de la Ley de Sociedades Anónimas, prescindiendo de la exigencia, previa a la creación o modificación de una sociedad como consecuencia de la fusión, de la inscripción de los acuerdos de disolución por fusión de las sociedades que se extinguen, entendiendo que lo que se realiza es una inscripción mixta, en la que se refleja la constitución o modificación y los acuerdos de disolución de las sociedades, que luego se extinguirían como consecuencia de la oportuna nota de cierre (art. 137 del Reglamento del Registro Mercantil) (61).

La inscripción y nacimiento de la nueva sociedad o la modificación de la absorbente lleva consigo los efectos propios de la fusión (transmisión de patrimonio en bloque, paso de socios y extinción de las sociedades absorbidas —art. 142 de la Ley de Sociedades Anónimas—), y sólo indirectamente, en cuanto que la inscripción de la nueva sociedad o la

(61) Ya se mencionó anteriormente la exigencia de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de julio de 1971, exigiendo la previa inscripción de los acuerdos de disolución cuando las sociedades disueltas se encuentran en diferentes Registros que aquellos en los que se va a inscribir la nueva sociedad constituida o la modificación de la absorbente.

modificación de la absorbente requirieran la inscripción de los acuerdos de disolución, puede afirmarse que lo sean como consecuencia de la inscripción de los acuerdos de disolución (62).

Como se ha venido poniendo de relieve, la adaptación de la publicidad del proceso de fusión recogido en nuestro ordenamiento al sistema recogido por la primera y por la tercera Directriz de la CEE no plantea prácticamente problemas graves de adecuación ni en su estructura ni en sus efectos, sino tan sólo pequeños detalles de acoplamiento (63), muchos de los cuales incluso son solventables a través de un mero desarrollo reglamentario de las nuevas modificaciones introducidas en materia publicitaria en nuestro Código de Comercio como consecuencia de la modificación de la Ley 16/1973, de 21 de julio.

III. EL REGIMEN JURIDICO DE LA NULIDAD DE LA FUSION

La idea básica que preside en la Directriz la regulación de la nulidad de la fusión reside en la de ponderar los diversos intereses (socios, terceros, acreedores, interés general) que como consecuencia de la realización de una fusión que ya ha desarrollado sus efectos podrían verse afectados por una nulidad de la misma que fuera tratada según los principios tradicionales de la nulidad de los negocios jurídicos. Se trata, en definitiva, de una adaptación de la construcción de las «sociedades de hecho» (64)

(62) El artículo 17 de la Directriz sobre fusión permite «que las legislaciones de los Estados miembros fijen la fecha a partir de la cual la fusión surge efectos».

(63) El único problema de cierta envergadura sería el de una necesaria modificación del momento en el que comienzan los efectos derivados de la publicidad para las situaciones que se inscriben. Y ello porque nuestra legislación les vincula al momento de la inscripción (arts. 26 y ss. del Código de Comercio y 1 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil), mientras que la primera Directriz sobre publicidad, a la que a estos efectos se remite la Directriz sobre fusión, señala como tal el momento de la publicación en el «Boletín Oficial designado», señalando un plazo de dieciséis días desde la misma dentro del cual no son oponibles a terceros las situaciones publicadas, siempre que «prueben que les había sido imposible conocerlas» (arts. 3, 4 y 5).

(64) Como referencia bibliográfica general, tomada de J. GIRÓN TEÑA: *Derecho de sociedades...*, ob. cit., pág. 255, vid.:

J. HEMARD: *Theorie et pratique des nullités et des sociétés de fait*, París, 1922; H. TEMPLE: *Les sociétés de fait*, 1975; G. RIVES: «Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales», *R. T. D. C.*, núm. 1, 1969, págs. 407 y ss.; «Centre Montpellier du Droit de l'Entreprise. La protection des tiers dans le Droit des sociétés», *R. T. D. C.*, núm. 1, 1971, págs. 29 y ss.; G. COTTINO: «Considerazioni sulla disciplina della invalidità del contratto di società di persona», *R. D. C.*, 1963, I, págs. 320 y ss.; C. ANGELICI: *La societanza*, Milán, 1975; V. SALANDRA: «La nullità della società secondo il nuovo Codice», *R. D. M.*, 1946, I, págs. 13 y ss.; A. BRUNETTI: «Le società commerciali irregolari», *Studi per Eula*, I, 1957, págs. 185 y ss.; R. GONZÁLEZ URÍA: *Las sociedades y el Registro Mercantil. Curso de conferencias sobre Registro Mercantil*, Madrid, 1972, págs. 189 y ss.; J. GIRÓN TENA:

a la fusión. Es una manifestación de la defensa de la apariencia jurídica que lleva consigo a dar relevancia jurídica a la actuación de sociedades, a las que una vez reconocida la causa de nulidad se las somete a la técnica de la disolución y liquidación y no a la de su consideración de inexistencia desde el origen, con nulidad de todo lo por ellas actuado (65).

El tratamiento de las sociedades de hecho, expresado con más o menos amplitud en las legislaciones extranjeras (66), se basa en los siguientes principios técnicos:

- La limitación y enumeración taxativa de las posibles causas de nulidad.
- Posibilitar la regularización de las sociedades afectadas por algún vicio de nulidad mediante posterior subsanación.
- Limitar en el tiempo y condicionar el ejercicio de la acción.
- Tratamiento de la causa de nulidad como causa de disolución frente a la idea de inexistencia de origen.
- Declaración judicial de la causa de nulidad.

La construcción expuesta es la que informa la primera Directriz de 9 de marzo de 1968 de la CEE (arts. 10 y ss.) (67) y la que inspira también el régimen legal de la nulidad para el procedimiento de la fusión que recoge la tercera Directriz de 9 de octubre de 1978 sobre fusión. La regulación de la nulidad en la Directriz sobre fusión se hacía necesaria a pesar del tratamiento general que de la nulidad daba la primera Directriz, en cuanto que no es aplicable estrictamente la nulidad sobre constitución a una fusión, no sólo porque no toda fusión conlleva necesariamente a la constitución de una nueva sociedad, sino porque además la fusión es el resultado de un proceso distinto al empleado para una constitución, y como tal debía de ser contemplado.

Las sociedades irregulares. Estudios de Derecho mercantil, Madrid, 1955, páginas 125 y ss.

(65) J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, ob. cit., págs. 255 y ss.

(66) Como bibliografía general sobre el tema después de la adaptación de la Directriz de 9 de marzo de 1968 de la CEE, se pueden citar: M. KOVARICK: «La première directive du Conseil des Communautés européennes et son application dans le Droit allemand», *Rev. Soc.*, 1972, págs. 622 y ss.; J. HEMARD, F. TERRE y P. MABILAT: «La douzième réforme du Droit des Sociétés Commerciales», *Rev. Soc.*, 1970, págs. 197 y ss.; OPPO: «Forma e pubblicità nelle società di capitali», *Riv. Ditt. Civ.*, 1966, I, págs. 1 y ss. La adaptación de la Directriz ha tenido ya lugar en los ordenamientos europeos, como, por ejemplo, Francia (Ordenanza de 20 de diciembre de 1969 y Decreto de 24 de diciembre de 1969), Italia (Decreto de 29 de diciembre de 1969) y Alemania (Ley de 15 de agosto de 1969). Con respecto al tema de vicios fundacionales y su tratamiento, su regulación puede contemplarse en: Francia (Ley de 24 de julio de 1966, arts. 360 y ss.), Italia (Código Civil, arts. 2.332 y ss.) y Alemania (AktG, arts. 275 y ss.). C. DUCLOUX-FAVARD: *Les Sociétés Anonymes en Droit français, allemand et italien*, tome I, París, 1969, págs. 189 y ss.

(67) P. VAN OMMESELAER: *Commentaire a la première...*, ob. cit., págs. 653 y ss.

La nulidad en la fusión puede surgir tanto durante el proceso, afectando a alguno de los diferentes momentos que le componen, como una vez que se han producido los efectos que le son propios. Este último caso es el que de forma exclusiva viene contemplado por la Directriz, y ello se pone de relieve cuando manifiesta: «La nulidad de una fusión que ha surgido efecto en el sentido del artículo 17...» (art. 22, *b*) (68). En consecuencia con lo cual, los Estados miembros a los que la Directriz afecta pueden regular libremente el tratamiento de la nulidad de las diferentes fases del proceso de fusión, teniendo en cuenta que sólo a partir de aquel momento en que la fusión surta efectos es cuando deben someter su legislación a la Directriz, y que ese momento también puede ser libremente fijado por los Estados miembros (art. 17 de la tercera Directriz).

La nulidad de la fusión, una vez que ya ha surtido efectos, es tratada por la tercera Directriz de 9 de octubre de 1978 en conformidad con el siguiente régimen (art. 22):

A) EXISTE UNA ESTRUCTURA LIMITACIÓN DE LAS POSIBLES CAUSAS
POR LAS QUE PUEDE DECLARARSE LA NULIDAD DE LA FUSIÓN

La nulidad sólo puede ser declarada: *a*) Por falta de control preventivo judicial o administrativo de legalidad o en su caso de documento público. *b*) Por nulidad o anulabilidad del acuerdo de la Junta general en conformidad con el Derecho nacional (art. 22, *b*). La Directriz no establece una casuística cerrada de todas las posibles causas de nulidad de la fusión como por ejemplo hace la primera Directriz con respecto a la nulidad de la constitución (art. 11), sino que junto a la especificación de una causa concreta (la falta de control previo) establece una norma de remisión a las legislaciones nacionales en orden a todos los posibles motivos que puedan llevar a una nulidad o anulabilidad de los acuerdos de fusión de las Juntas generales como segunda causa de nulidad del proceso de fusión (69).

La primera causa, que recuerda a la señalada por la primera Directriz para la nulidad de constitución en su artículo 11, 2, *a*), se justifica en función de la exigencia que esta tercera Directriz impone de control preventivo (art. 16), y se basa en que precisamente estas técnicas de control previo son las que evitarían normalmente la existencia definitiva de una fusión que adoleciera de algún vicio de legalidad. Si bien es cierto que no

(68) DE ACUTIS: «La terza Direttiva CEE in materia di società per azioni», *R. D. C.*, 1979, II, págs. 316 y ss.

(69) Esta causa no era contemplada en los proyectos anteriores de 1970 y 1973, al igual que tampoco la contiene el proyecto de Convenio sobre fusión internacional (artículo 35), que probablemente deberá ser modificado en este punto.

existiendo en todos los Estados miembros un idéntico tipo de control, ni tampoco, incluso para las mismas técnicas de control, una misma amplitud de calificación previa, hay que señalar que las garantías no pueden ser las mismas en todos los ordenamientos (70). Y esto es así en cuanto que la presente Directriz, al igual que la primera Directriz (art. 10), establece la necesidad de control previo pero no la forma y amplitud con que ha de ejercitarse. La posibilidad de declarar la nulidad va unida a la falta de control o de documentación pública pero en ningún caso a la falta de publicidad de la fusión. La falta de publicidad no surte otros efectos que los ya señalados anteriormente, y básicamente la inoponibilidad a terceros (arts. 6 y 18, en relación con la primera Directriz de 9 de marzo de 1968). Pero lo que puede suceder es que las legislaciones nacionales le otorguen carácter constitutivo o bien que los órganos de control sean los mismos encargados de la publicidad, pero son teóricamente mecanismos distintos que no tienen por qué coincidir.

La segunda de las causas de nulidad no se encontraba recogida en los Proyectos anteriores de 1970 y 1973, que sólo establecían la primera de ellas y siempre que «fuera todavía posible restablecer el *statu quo* y el respeto a los derechos adquiridos por terceros de buena fe» (art. 18). Una mayor ponderación de la excesiva defensa que en aquéllos se hacía del principio de conservación de la fusión en continuidad con el tratamiento dado a la nulidad por la primera Directriz (71) y de la contemplación, junto a la necesidad de mantener la fusión ya realizada, del interés de los accionistas en poder pedir la nulidad de un acuerdo de la Junta general cuando se dieran causas justificadas para ello ha influido probablemente en la introducción en el artículo 22, 1, b), de la presente Directriz de «la nulidad o anulabilidad del acuerdo de la Junta general según el Derecho nacional» como posible causa de nulidad de la fusión.

La relación limitada de causas de nulidad establecida por la Directriz debe de entenderse como número máximo de causas de nulidad que pueden establecer las legislaciones nacionales para la fusión, pero no como exigencia de que ambas deban forzosamente de ser recogidas. En este sentido deberían de entenderse las palabras empleadas por la Directriz cuando señala que «la nulidad de una fusión que ha causado efecto en el sentido del artículo 17 no puede ser pronunciada si no es por... o bien si se resuelve que...» (art. 22, 1, b). Más dudas caben, sin embar-

(70) M. IANUZZI: «Osservazioni sul progetto di direttiva concernente le fusioni», *Riv. delle Società*, setiembre-diciembre 1971, fasc. 5-6, pág. 992.

(71) E. SIMONETTO observa que: «En la fusión, la nulidad de la misma fusión lleva el renacer de los organismos sociales precedentes a ella y nada más; ciertamente, no disuelve nada de forma irreparable, reconstituyéndose la realidad precedente al efecto jurídico de la fusión...». «Osservazioni sul progetto di direttiva sulla fusione di società per azioni», *Riv. delle Società*, luglio-agosto 1978, fasc. 4, pág. 818.

go, con respecto a la posibilidad de considerar voluntario por los Estados miembros a los que va dirigida la presente Directriz el establecimiento de un régimen de nulidad para la fusión (72) conforme a las líneas señaladas por la Directriz. Esta conclusión podría quizá tener su apoyo en los términos del artículo 22 de la tercera Directriz cuando manifiesta que «las legislaciones de los Estados miembros no pueden organizar el régimen de nulidades de la fusión si no es en las condiciones que siguen...». Podría deducirse de ello que los Estados pueden o no establecer un régimen especial para la fusión de sociedades, y que sólo en el caso de que así lo hagan habrían de adaptarse a lo prescrito por la Directriz. La finalidad de las Directrices en general; la finalidad en particular de la Directriz que se trata, «dirigida a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas» en materia de fusión (artículo 1.º, 1); las expresas excepciones a la aplicación de la Directriz (artículos 1.º, 2.º y 3.º); el plazo señalado «para adecuarse a la presente Directriz» a los Estados miembros (art. 32), y la interpretación sistemática y finalista del artículo 22, regulador de la fusión, con el resto del articulado parece que hacen inclinarse más bien en el sentido de considerar obligatorio para los Estados miembros no sólo la adaptación de sus legislaciones a la Directriz, sino también al establecimiento de aquellas figuras o procedimientos que señalados por la misma no existieran en las respectivas legislaciones nacionales.

Cuando la nulidad afecta a una fusión que lleva consigo la constitución de una nueva sociedad parece lógico que la misma pueda verse afectada también por las causas de nulidad que la primera Directriz establece (artículo 11), y en este sentido parece que hay que entender la remisión que a ella hace la tercera Directriz cuando en su artículo 23, que afecta a la fusión por constitución de una nueva sociedad, afirma que «los artículos 5.º, 6.º y 7.º, así como los artículos 9.º y 22, son aplicables, sin perjuicio de los artículos 11 y 12 de la Directriz 68/151/CEE, a la fusión por constitución de una nueva sociedad». El estudio de las causas de nulidad en la constitución de sociedades contenidas en la primera Directriz excede del planteamiento de estas líneas, si bien era necesaria su mención por la relación sistemática que puede tener con el tema que aquí se trata.

(72) En este sentido de voluntariedad, ver: G. KEUTGEN, *ob. cit.*, pág. 116; ODETTE LÖY: «La troisième directive du Conseil des Communautés européennes du 9 octobre 1978 concernant les fusions des Sociétés Anonymes», *Rev. Trim. Dr. Eur.*, número 2, avril-juin 1980, pág. 364.

B) LA ACCIÓN DE NULIDAD

El ejercicio de la acción de nulidad se encuentra condicionado por dos requisitos previos (art. 22, 1, c):

1. Que la causa de la nulidad siga subsistiendo por no haber sido regularizada.
2. Que no haya pasado un plazo de seis meses desde que la fusión era oponible a quien invoca la nulidad.

La primera de las condiciones, no contenida en los proyectos anteriores de la Directriz, permite la posible sanación de la causa de nulidad por iniciativa de las particulares sociedades afectadas e interesadas en subsanarlas. Esta posibilidad se complementa además con la posible concesión por los Tribunales competentes «de un plazo para regularizar la situación» y, lógicamente, para el caso de que aquélla no hubiera tenido lugar (art. 22, 1, d). Esta acción de regularización se desarrolla, sin embargo, una vez puesto en marcha el procedimiento de nulidad, a diferencia de la sanación por iniciativa de las sociedades afectadas y viene además indeterminada en cuanto a la posible duración del plazo, que queda remitida implícitamente a las legislaciones nacionales, y en cuanto a la imprecisión que supone para su concesión el hecho de que «sea posible remediar la irregularidad susceptible de originar la nulidad de la fusión» (artículo 22, 1, d). Se trata en cualquiera de los casos de dificultar el desarrollo de un proceso tendente a la desaparición de una figura societaria con los inconvenientes de todo tipo que para todos podrían derivarse como consecuencia de su anterior funcionamiento y de los efectos ya producidos.

La técnica de la publicidad registral no se interfiere en el funcionamiento de estas posibles acciones regularizadoras o sanatorias, salvo en el caso de que los efectos derivados de la inscripción y publicación de la fusión llevaran consigo un efecto registral «sanatorio» y en el hecho de que si la fusión estuviera inscrita, la regularización debería de hacerse según las técnicas y procedimientos arbitrados para ello por las diferentes legislaciones nacionales.

La segunda de las condiciones fijando un plazo mínimo de seis meses para el ejercicio de la acción «desde la fecha en que la fusión es oponible a quien invoca la nulidad» altera la construcción de no sometimiento a plazo de las acciones de nulidad, y ello en aras de dar seguridad al tráfico, interesado en que se resuelva rápidamente la incertidumbre de las situaciones conflictivas. El plazo de seis meses se configura así como un plazo de caducidad de la acción que conlleva para la fusión unos efec-

tos sanatorios. Este plazo de seis meses, que podría considerarse demasiado breve, se cuenta «a partir de la fecha en que la fusión era oponible a quien invoca la nulidad», con lo que la publicidad registral puede intervenir como elemento técnico para la determinación del momento a partir del cual ha de transcurrir. Como ya se expuso, la oponibilidad de la fusión es consecuencia de su publicidad, efectuada según los modos previstos por las legislaciones nacionales, en conformidad con el artículo 3.º de la Directriz 68/151/CEE (art. 18, 1, de la tercera Directriz). Y en ella se señala como desencadenante del efecto de oponibilidad la necesidad de la inscripción registral y posterior publicación en el *Boletín* nacional correspondiente de las situaciones inscribibles, así como la concesión del transcurso de un plazo de dieciséis días para ser oponibles a aquellos terceros que prueben que les había sido imposible conocerlas (artículo 3.º, 1, 2, 4, y 5); oponibilidad que también se produciría sin los requisitos señalados para aquellos casos en los que «la sociedad pruebe que los terceros les conocían» (art. 3.º, 5). La técnica de la publicidad se constituye así en la tercera Directriz como elemento necesario para computar el plazo de caducidad de la acción de nulidad de la fusión, en cuanto que la oponibilidad de la fusión como fecha a partir de la cual se cuenta el plazo de seis meses se desarrolla a partir del momento de su inscripción y publicación o del conocimiento de la misma por los terceros (artículo 18 de la tercera Directriz, en conexión con el art. 3.º de la primera Directriz).

C) LA DIRECTRIZ ESTABLECE LA EXIGENCIA DE QUE «LA UNIDAD DEBE SER DECLARADA POR DECISIÓN JUDICIAL» (ART. 22, 1, A)

La nulidad queda así encomendada a órganos judiciales, cuyas decisiones se ven menos influidas por criterios de oportunidad que las de carácter administrativo, si bien admite la Directriz la posibilidad de que «la legislación de un Estado miembro pueda permitir la declaración de nulidad de la fusión por una autoridad administrativa si pudiera interponerse ante una autoridad judicial recurso contra tal decisión» (artículo 22, 2), equilibrándose mediante esta fórmula, que no existía en los proyectos anteriores, la posible mayor rapidez de las decisiones administrativas con la garantía de un posible y ulterior recurso judicial (73).

(73) Es de señalar, en conexión con el plazo de caducidad examinado, que cuando se trata de un procedimiento no judicial para declarar la nulidad, éste no puede ser llevado a cabo si han transcurrido seis meses desde que la fusión produjo sus efectos (art. 22, 2). Con lo cual, la caducidad de la acción de nulidad se computa partiendo de fechas de referencia diferentes, según se trate de un procedimiento judicial (seis meses desde que la fusión era oponible a quien invoca la nulidad) o un procedimiento no judicial (seis meses desde que la fusión surtió efectos).

La eficacia de la declaración de nulidad se encuentra condicionada, si procediera, una vez que ha sido admitida la acción por ajustarse a los requisitos exigidos (causas en las que se funda, cumplimiento de plazos, etcétera), en función de las siguientes exigencias:

— La concesión y transcurso del plazo que han de conceder los Tribunales competentes para regularizar la situación si es todavía «posible el poner remedio a la irregularidad susceptible de originar la nulidad» (artículo 22, 1, *d*). La exigencia del plazo de regularización, ya recogida en los Proyectos anteriores, parece presentarse con carácter obligatorio para el Tribunal competente en cuanto que éste «le concede a las sociedades interesadas...» (art. 22, 1, *d*), de forma que parece que no le es posible proceder a declarar la nulidad si previamente no ha procedido a otorgar el plazo sanatorio que la Directriz establece y esperado a su agotamiento. Hubiera sido de desear que la Directriz se hubiera manifestado con la claridad y precisión que en torno a este punto lo hace el Proyecto de Convenio sobre fusión internacional de sociedades anónimas cuando afirma que «la nulidad de la fusión no puede ser constatada ni declarada cuando es todavía posible eliminar la causa...» (art. 37). La regulación que la Directriz efectúa de esta exigencia se configura como un precepto abierto que en su aplicación puede dar una excesiva autonomía a los Tribunales competentes. Y ello no sólo porque es a los propios Tribunales a quienes compete el determinar si existe la causa de nulidad y si es todavía posible su subsanación, sino también porque queda sometido a su albedrío la extensión del plazo que se debe conceder a las sociedades interesadas para que regularicen la situación.

Este plazo sanatorio, «término sanatorio» se denomina en los Proyectos anteriores, que transcurre dentro del procedimiento destinado a establecer la nulidad de la fusión, al igual que la posibilidad de regularizar la situación por las sociedades interesadas antes de iniciarse el proceso, tienen por finalidad, como ya se explicó, el evitar un tratamiento de la fusión bajo el estricto molde de la nulidad absoluta. Se posibilita así una técnica que permite una subsanación *a posteriori* de las causas de nulidad que evita la desaparición irremediable del resultado de la fusión ya realizada en cuanto que podría llevar consigo más perjuicios que ventajas. Se ha eliminado, sin embargo, de la actual Directriz la exigencia, prescrita por los Proyectos anteriores, que condicionaba la posibilidad de declarar la nulidad al hecho de «que fuera posible el volver a la situación anterior» (art. 18 de los Proyectos de 1970 y 1973). Esta exigencia hubiera podido producir en la práctica una exagerada protección del resultado de la fusión afectada de nulidad, en aras de la defensa de la apariencia y de la continuidad de la empresa, que podría incluso lesionar la defensa de los derechos e intereses de los socios que justamente se consi-

derasen lesionados por acuerdos sociales contrarios a derecho. Más sensatamente se ha reducido el tema, que luego se verá, a la defensa de los terceros que se hubieran relacionado con la sociedad resultante de una fusión que luego se declaró nula.

— El sometimiento de la decisión, no sólo judicial, que declara la nulidad de la fusión a la misma publicidad prevista para la fusión, y ya examinada, tal y como la Directriz establece imponiendo que «la decisión pronunciando la nulidad de la fusión es objeto de una publicidad efectuada según los modos previstos por la legislación de cada Estado en conformidad con el artículo 3.º de la Directriz 68/151/CEE» (artículo 22, 1, e).

La publicidad de la decisión declarando la nulidad no se configura por la Directriz como elemento constitutivo de la misma, sino que, en consonancia con la eficacia de la publicidad establecida por la primera Directriz, debe de considerarse como elemento de oponibilidad de la misma frente a terceros (art. 22, 1, e), de la tercera Directriz, en conexión con el art. 3.º, 5, de la primera Directriz), y de forma clara lo establece la primera Directriz cuando al referirse a la nulidad de la constitución de sociedades afirma que «la oponibilidad a terceros de una sentencia de nulidad se regulará por lo dispuesto en el artículo 3.º» (art. 12, 1, de la primera Directriz). La decisión que declara la nulidad de la fusión será por tanto oponible a terceros, adquiriendo fuerza de cosa juzgada frente a todos una vez que se lleve a cabo su publicación, mientras que al no contemplarse por la presente Directriz la relación entre la publicidad de la nulidad de la fusión y los efectos de esta nulidad entre las sociedades participantes, salvo en lo que a terceros se refiere, queda este problema remitido a lo que determinen las legislaciones nacionales. Parece congruente con el sistema de eficacia publicitaria establecido por la primera Directriz, al cual se remite constantemente la tercera Directriz aquí analizada, que concede al conocimiento por los terceros la misma eficacia que la que produce la publicación de las situaciones (art. 3.º, 5), el que el conocimiento demostrado de los terceros de la decisión declaratoria de nulidad no publicada permita el que ésta les sea también oponible. Salvo, naturalmente, la posibilidad de que los sistemas publicitarios de los diferentes Estados miembros consideren la publicidad de la misma como elemento esencial.

La publicidad de la decisión que pronuncia la nulidad de la fusión se construye también en la presente Directriz como elemento necesario para fijar la fecha de caducidad de la posible oposición a la misma por parte de tercero. No prescribe la Directriz la exigencia para los Estados miembros de regular una posible «oposición de tercero» a las decisiones sobre nulidad, ya que lo único que señala es que «la oposición de terce-

ro, cuando la legislación de un Estado miembro la prevea, no será aceptada después del transcurso de un plazo de seis meses contados desde el momento de la publicidad de la decisión efectuada según la Directriz 68/151/C. E. E.» (art. 22, 1, f). La publicidad cumple así, con respecto a la decisión declaratoria de la nulidad, el doble papel de técnica de oponibilidad y de fecha para computar el plazo de caducidad de la oposición de tercero. No parece que aquí pueda ser sustituida la efectiva publicidad por el mero conocimiento de la situación por parte de los terceros ante la importancia de la exacta determinación de fechas y la dificultad de su precisión a no ser teniendo como referencia el mecanismo publicitario, y al no tratarse además estrictamente de una manifestación de la eficacia de la publicidad, como sería el efecto de la oponibilidad de las situaciones publicadas o, a falta de publicidad, de las situaciones conocidas de hecho por los terceros.

D) LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

La declaración de nulidad de la fusión lleva consigo una serie de *efectos* que afectan no sólo a las sociedades participantes en el proceso de fusión, efectos internos, sino que también pueden afectar a los terceros que pudieran haberse relacionado con la sociedad absorbente o con la nueva sociedad resultante de un proceso de fusión que luego es declarado nulo, efectos externos. La presente Directriz, al igual que la primera Directriz de 9 de marzo de 1968, se ha preocupado solamente del tratamiento de los efectos de la nulidad en su vertiente externa en cuanto pudieran afectar a relaciones jurídicas pendientes todavía de ejecución. Y sólo con respecto a este ámbito ha establecido normas a las que las legislaciones de los Estados miembros deben adecuarse, mientras que guarda silencio con respecto a las consecuencias internas de la decisión que establece la nulidad de la fusión. Queda consecuentemente remitido de forma implícita a las legislaciones nacionales la regulación de las consecuencias internas de la nulidad de la fusión sin condicionamiento previo de la Directriz.

La regulación del tema se aborda por la Directriz cuando manifiesta:

«La decisión pronunciando la nulidad de la fusión no afecta en sí misma a la validez de las obligaciones nacidas a favor o en contra de la sociedad absorbente (o de la nueva sociedad si se trata de una sociedad nacida como consecuencia de una fusión por constitución), con anterioridad a la publicidad de la decisión y con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 17» (artículo 22, 1, g).

La Directriz va más allá de lo que podría considerarse una simple y tradicional defensa de los terceros, ya que la redacción del precepto anteriormente señalado al regular el mantenimiento de las situaciones precedentes a la publicidad de la decisión declaratoria de la nulidad de la fusión afecta no sólo a aquellas que sean a favor de tercero, sino también a las que favorezcan a la propia sociedad en contra de terceros. El principio inspirador parece así no ser el de la fe pública o el de la defensa de la apariencia frente a terceros, sino el más amplio de favorecimiento de la rapidez y seguridad del tráfico. El tratamiento dado a los efectos de la declaración de la nulidad de la fusión se manifiesta de forma parecida al tratamiento dado a una sociedad que debe ser liquidada como consecuencia de surgir una causa de disolución. Esta visión de la Directriz se presenta como novedad ante lo establecido en sus anteriores Proyectos, que parecía ir básicamente dirigido a la defensa «de los derechos adquiridos por terceros de buena fe» (art. 18, 1, *b*), de los Proyectos de 1970 y 1973), y al mantenimiento de «las obligaciones de la sociedad absorbente o de aquellas contraídas en sus relaciones con anterioridad a la publicidad de la sentencia» (art. 18, 1, *g*), de los Proyectos de 1970 y 1973), sin que nada se manifestara con respecto a las obligaciones nacidas a favor de la sociedad absorbente o nacida de la fusión. Un tema diferente al tratado, y con el que no hay que confundir, es el ya expuesto de la publicidad de la decisión de la nulidad para hacerla oponible a tercero y su conexión con la buena fe a efectos de posibilitar frente a terceros de mala fe la oponibilidad de una decisión de nulidad para ellos conocida pero todavía no publicada, ya que aquí la consideración de la publicidad de la decisión no es a efectos de determinar un plazo en el que comprender aquellas situaciones que a pesar de la nulidad de la fusión deben de ser mantenidas («el anterior a la publicidad de la decisión y el posterior a la fecha en que aquélla surtió efectos»), sino a efectos de oponibilidad. Pero el que sean temas diferentes no significa que no estén conexos, y aunque nada diga la Directriz, parece congruente con el sistema de la misma el que los terceros que de mala fe se relacionan con la sociedad afectada por la decisión de nulidad de la fusión, todavía no publicada, no puedan beneficiarse de las consecuencias de este precepto. Y ello cabe deducirlo de la relación sistemática entre el artículo 22, 1, *e*), que requiere la publicidad de la decisión de nulidad según el artículo 3.º de la Directriz 68/151/CEE; el artículo 22, 1, *g*), que fija la publicidad de la decisión de la nulidad como fecha tope para el mantenimiento de la validez de las relaciones jurídicas en las que es parte la sociedad afectada por la nulidad de la fusión; el artículo 3.º de esta Directriz 68/151/CEE, que establece la oponibilidad como consecuencia de la publicación, salvo conocimiento de los terceros, y el artículo 12.1, de la

Directriz 68/151/CEE que remite la oponibilidad frente a terceros de una decisión de nulidad a lo señalado por el artículo 3.º. La equiparación de la nulidad de la fusión a una causa de disolución en lo que se refiere al tratamiento de las situaciones en las que fue parte la sociedad antes de la declaración de la causa parece que debe de ceder en el punto anteriormente señalado en razón de una consideración de justicia y amparo de la buena fe frente a la defensa y la seguridad del tráfico en base a una absoluta estabilidad de las situaciones ya creadas.

La Directriz establece finalmente que «las sociedades que han participado en la fusión responden solidariamente de las obligaciones de la sociedad absorbente (o de la sociedad nacida de la fusión por constitución) vistas en el apartado g» (art. 22.1.h), estableciéndose así una garantía para los terceros que se relacionaron con una sociedad que ha de alterar su situación, o incluso desaparecer, como consecuencia de la nulidad de un proceso de fusión. La vuelta a la situación anterior a la fusión con el resurgimiento de las antiguas sociedades participantes en la fusión hace lógico el reparto solidario de responsabilidades entre ellas. Si bien hay que tener en cuenta la imposibilidad a veces de volver a la situación anterior a la fusión, que ya no es en la Directriz requisito para que la nulidad de la fusión pueda ser declarada, tal y como sucedía en los proyectos anteriores (art. 18.b), con lo que podría disminuir el número de personas jurídico-societarias responsables.

Es en el tema del tratamiento de las nulidades de la fusión donde encontramos un mayor vacío en nuestra legislación societaria. No hay en la legislación española un tratamiento sistemático de la nulidad de la fusión ni en lo que a sus posibles causas se refiere, ni en lo relativo al procedimiento que corresponda, ni con respecto a las consecuencias que de la misma se deriven.

La nulidad de la fusión queda sometida, ante la inexistencia de un tratamiento específico, a las normas generales sobre fusión contenidas en la Ley de Sociedades Anónimas y en el Reglamento del Registro Mercantil, teniendo presente la escasez de las mismas y el hecho de que estos preceptos podrían ser invocados más con vistas a la impugnación de determinados momentos del proceso (ejemplo impugnación de acuerdos sociales) que con referencia a la petición de nulidad de una fusión que ya ha surtido efectos (siendo este el problema al que la Directriz se refiere, art. 22.1.b), a las normas generales sobre impugnación de acuerdos sociales de la Ley de Sociedades Anónimas, a las normas generales reguladoras del negocio jurídico —contratos— del Código Civil y del Código de Comercio, a los preceptos de carácter registral en lo que al tratamiento de la eficacia publicitaria se refiere (inoponibilidad y oponibilidad, legitimación y fe pública registral), así como en lo que afecta a los pro-

blemas de eliminación de inexactitudes y nulidades registrales (teniendo en cuenta además que son la Ley Hipotecaria y el Reglamento Hipotecario, y no el Reglamento del Registro Mercantil, los que regulan este aspecto pensado para realidades inscribibles diferentes a los negocios jurídicos societarios).

Se hace imprescindible a la vista de la prácticamente inexistente regulación de la nulidad de la fusión una aplicación de los principios señalados por la Directriz a través de un desarrollo normativo que tampoco encontraría dificultades de sistematización graves con el conjunto de nuestra legislación societaria y registral.

ADOLFO SEQUEIRA MARTÍN

Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho
(Universidad Complutense de Madrid)

NOTAS

Observaciones sobre la historia de los Oficios de Hipotecas en Cataluña (1768-1861)*

Los tratados de Derecho hipotecario suelen incluir un capítulo sobre la historia de los Oficios y Contadurías de Hipotecas que se articula sobre la comparación entre esa antigua institución y el actual Registro de la Propiedad del que muchas veces se considera antecedente inmediato. La comparación se basa en el cotejo de las respectivas legislaciones y parte del supuesto de considerar al Registro de Hipotecas como una unidad entre 1768 y 1861 y como una institución de características uniformes en todo el territorio español. Las conclusiones van mucho más allá de constatar las diferencias de todo tipo entre las dos instituciones y contienen, con un grado menor o mayor de explicitación, un juicio negativo sobre los Oficios de Hipotecas, presentados como registros irregulares, plagados de errores y regidos por personas no competentes (1).

(*) Las autoras del artículo son historiadoras; han utilizado con frecuencia los libros del Registro de Hipotecas de Barcelona como fuente de datos para diversos trabajos y están realizando, por cuenta de la Generalitat de Cataluña y con la colaboración de la Delegación de Cataluña del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, un inventario de los fondos de los Oficios y Contadurías de Hipotecas conservados en el Principado. Sobre el mismo tema: M. LÓPEZ: *Una nueva fuente para la historia de Barcelona: el Registro de Hipotecas*. Est. Hist. y Doc. de los Archivos de Protocolos, IV, Barcelona, 1974, pág. 345, y LÓPEZ TATJER: *Fuentes fiscales y registrales para el estudio de la estructura urbana*, comunicación al II Simposio de Urbanismo e Historia, Madrid, febrero de 1982, en curso de publicación.

(1) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1979, págs. 110 y ss. La versión procede de los primeros tratadistas: GÓMEZ DE LA SERNA: *La Ley Hipotecaria*, Madrid, 1862, págs. 104 y ss.; AGULLÓ: *Índice de la legislación hipotecaria en España*, Madrid, 1889, págs. 12 y ss., y OLIVER: *Derecho inmobiliario español*, Madrid, 1892, págs. 104 y ss. El mismo planteamiento en una publicación colectiva reciente: *Leyes hipotecarias y registrales en España. Fuentes y evolución. I. Leyes de 1861 y 1889*, II Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1974.

Esta interpretación general es demasiado sumaria, pues no tiene suficientemente en cuenta una serie de hechos: 1.º Las modificaciones que en la competencia y objetivos de los Oficios de Hipotecas introducen diversas disposiciones legislativas (2); 2.º La solución de continuidad entre la norma general y su aplicación, es decir, entre la idea del Registro y los volúmenes concretos que componen éste; 3.º El desigual valor de las diferentes series o tramos que pueden distinguirse en el Registro en virtud de las consideraciones anteriores. A analizar la incidencia de esos factores en la historia de la institución se encamina el presente trabajo.

LA LEGISLACION GENERAL Y SU APLICACION EN CATALUÑA

1. LA REAL PRAGMÁTICA DE 1768

El gobierno de Carlos III creó en 1768 los Oficios de Hipotecas que debían establecerse en las cabezas de partido judicial y en aquellas otras poblaciones en que parecieran necesarios a juicio de las Audiencias o Chancillerías (Real Pragmática de 31 de enero de 1768, publicada en Madrid el 5 de febrero de 1768). El Oficio de Hipotecas, a cargo de los escribanos de los Ayuntamientos, es un registro de todas las escrituras públicas por las que resulten gravados bienes raíces, o los considerados como tales, censos, oficios y derechos perpetuos. La ley que instaura el registro especifica los contratos cuya anotación es obligada: *a)* las escrituras en las que se ponga directamente cualquier carga sobre una determinada propiedad; *b)* toda clase de contratos cuya cláusula final contenga una hipoteca especial; *c)* las actas de venta o redención de gravámenes; *d)* las enajenaciones de bienes hipotecados.

La disposición no es completamente nueva en la legislación española; en 1539, en 1558 y en 1713 se ha intentado implantar Registros análogos con un mismo objetivo práctico: evitar la multiplicación de los pleitos. Como en las ocasiones anteriores, los legisladores de 1768 tienen una concepción limitada de la publicidad inmobiliaria registral. No parece necesario un Registro de los títulos de propiedad, pues la efectiva pose-

(2) Las reformas introducidas en el Registro por las diversas disposiciones que se suceden sobre el tema son bien conocidas, pero, a nuestro juicio, insuficientemente valoradas, pues contradicen la idea del Registro como institución de características uniformes en el tiempo y en el espacio. Hay que señalar excepciones dentro de la tónica general, como la valoración que del concreto Edicto de 1774 incluye GÓMEZ DE LA SERNA, *idem*, pág. 112, y el artículo de HERAS: «Una apreciación injusta en la historia de nuestro sistema inmobiliario», *Rev. Crit. de Der. Inm.*, 1944, página 811. Significativamente, el Decreto de 1774, que creó un régimen especial para Cataluña, como explicamos a continuación, fue recogido por VIVES I CEBRIÀ en su conocida recopilación del Derecho propio de Cataluña (1832-1838).

sión de los bienes es garantía suficiente, pero es preciso hacer públicas las obligaciones que pesan sobre aquéllos, para impedir que, por ignorancia, queden defraudados los intereses de los posibles compradores. Por la misma razón no se estipula el asiento de todo acto de transmisión de propiedad o de usufructo, pues el testador no engaña a sus herederos y un arriendo o establecimiento enfiteútico no altera el dominio. La información contenida en el Registro de Hipotecas se limita a una parte de la Propiedad Inmobiliaria y sólo alcanza a determinados actos y es imposible reconstruir a partir de él el marco general. Se trata pues de un registro de gravámenes, muy distinto del actual Registro de la Propiedad.

En la Real Pragmática se especifican las condiciones de la anotación en el Registro: «La toma de razón ha de estar reducida a referir la data o fecha de los instrumentos, los nombres de los otorgantes, su vecindad, la calidad del contrato, obligación o fundación, diciendo si es imposición, venta o fianza o vínculo u otro gravamen de esta clase y los bienes raíces gravados o hipotecados que contiene el instrumento, con expresión de sus nombres, cabidas, situación y linderos en la misma forma que se expresa en el instrumento...». En conformidad con lo que es el centro de atención del asiento, los bienes inmuebles gravados, las escrituras deben registrarse en los Oficios correspondientes a las poblaciones donde aquellos se hallen situados. El índice de cada uno de los volúmenes, será confeccionado a dos columnas, una para los nombres de los impositores de las hipotecas y otra para los distritos o parroquias donde se encuentren las fincas. En suma, lo que la Pragmática dibuja, con la salvedad del orden cronológico de las inscripciones, es un verdadero libro inmobiliario que hace de la anotación de la finca afectada el centro de atención del registro.

2. EL EDICTO DE 1774

A lo largo del mes de abril de 1768 empezaron a funcionar en Cataluña los Registros de Hipotecas instalados en los Ayuntamientos de las capitales de los corregimientos o de las sedes de las alcaldías mayores. La implantación de los Oficios suscitó una serie de cuestiones que fueron planteadas por la Real Audiencia de Cataluña en consulta al Consejo de Castilla en 3 de julio de 1769.

La Audiencia, expone al Consejo dos dificultades relativas al contenido o extensión del Registro y arbitra las correspondientes soluciones para las que pide la aprobación del Consejo. En primer lugar afirma que los Oficios de Hipotecas como Registros de cargas y gravámenes no le parecen perfectos, pues, aunque prevén la inscripción de las hipotecas especiales, olvidan otras formas de hipoteca que, como las generales, también son

un gravamen y causan los mismos efectos. En segundo lugar los magistrados se preguntan cómo será posible conocer en los contratos de venta si los bienes afectados están hipotecados, y los contratos obligados por tanto a registro, cuando no existe información anterior sobre bienes gravados. Las soluciones propuestas se presentan como deducidas de la finalidad misma de Registros de cargas que se ha atribuido a los Oficios. Para que los Registros sean completos se aboga por la inscripción de las hipotecas generales y, como un medio de subsanar la ignorancia en que se está acerca de cuáles bienes están obligados a tercero, se propone la inscripción de todas las ventas. La primera propuesta no deja de presentar inconvenientes, pues según los consultantes no se contrata en el Principado sin prometer el cumplimiento con hipoteca general; así registrar todas las escrituras de ese tipo equivaldría a ampliar ilimitadamente el Registro, es decir, «traería consigo un Registro universal» y por esta razón se quiere limitar la anotación a las creaciones de censal, a los debitorios y a los arriendos. La toma de razón de las escrituras de este tipo deberá efectuarse en los Oficios correspondientes a los domicilios de los deudores.

El Consejo de Castilla resuelve con rapidez en 6 de septiembre del mismo año las cuestiones debatidas siguiendo, en parte, el parecer de la Audiencia: se admite la ampliación del Registro a las escrituras con obligación general de bienes y a las ventas de inmuebles y se hace caso omiso a las limitaciones que la Audiencia había propuesto con respecto a las primeras (3). Son estas resoluciones del Consejo las recogidas en el edicto de 11 de julio de 1774 de la Real Audiencia que también establece los Oficios en treinta y un pueblos de Cataluña, lo que representa un sensible aumento con respecto a 1768. Los magistrados justifican los cinco años transcurridos entre la respuesta del Consejo y la disposición de la Audiencia con una alusión a la complejidad del tema pero, a juzgar por la documentación de la institución barcelonesa, la razón real hay que buscarla más bien en los conflictos suscitados entre diversas poblaciones por la localización de los Oficios. Por lo demás, y a pesar del re-

(3) Archivo de la Corona de Aragón, Real Audiencia, Consultas, 1769, f. 403 v. Conocemos el documento de la Audiencia por el resumen que de él hace el Consejo antes de entrar en su respuesta. Según el Consejo, «la práctica y ejecución de lo dispuesto en la Real Pragmática de Hipotecas de 31 de enero de 1768, junto con las particulares circunstancias de ese Principado», han suscitado diversas cuestiones que plantea la Audiencia en su consulta. Además de las señaladas en el texto, la Audiencia trata otras cuestiones, algunas simplemente de procedimiento, otras de mayor importancia, como la necesidad de registrar también «toda institución de heredero a quien se diese sustituto» y las escrituras de donación; la última parte de la consulta trata de la posibilidad de establecer los oficios en poblaciones que no sean cabezas de partido y en pueblos que no sean de realengo, es decir, que pertenezcan a la jurisdicción baronal o eclesiástica.

traso en la publicación de las normas, los escribanos llevaron el registro desde los primeros volúmenes de acuerdo con las propuestas de la Audiencia, dada su directa dependencia de aquélla. Sólo en la delimitación de las circunscripciones de las contadurías se observan modificaciones entre 1768 y 1774.

El reglamento de 1774 determina definitivamente un desplazamiento del interés del Registro, extremo visible en la modificación que sufre la toma de razón, la manera de llevar los índices de los libros y la localización de los Oficios en que las escrituras deben registrarse. Como la descripción completa y detallada de los bienes gravados que la Pragmática da por supuesta no se encuentra en los instrumentos que deben registrarse por contener cláusula de obligación general de bienes, el escribano del Registro que no puede ir más allá del contrato original, opta en la práctica por una solución lógica pero poco congruente con la finalidad primaria del Registro, resume o extracta el documento que se le presenta. El índice de los volúmenes ilustra esta transformación; está formado por tres columnas, dos para los nombres de las partes contratantes y la tercera para el tipo de escritura. De esta manera, los Oficios se convierten, de hecho en Cataluña, en Registros de deudores, de personas cuyo patrimonio se haya comprometido como garantía y, consecuentemente con ello, el edicto de 1774 establece como indicaba la Audiencia la obligatoriedad de registrar las escrituras en los Oficios correspondientes al domicilio de los impositores de las hipotecas; se dispondrá además la inscripción en los Oficios de los pueblos donde se encuentran las fincas que era lo previsto en pragmática y en los lugares donde los documentos han sido otorgados.

La inserción de las hipotecas generales trae consigo la inviabilidad de los Oficios como registros de bienes inmuebles gravados; es imposible que esta derivación no fuera advertida por la Audiencia y cabe pensar más bien que fue deliberadamente admitida como la solución adecuada en una situación jurídica de no prelación de las hipotecas especiales sobre las generales, es decir, de responsabilidad absoluta e ilimitada de las personas con respecto a los actos económicos realizados. En este contexto la Pragmática de 1768 se presenta como una anticipación que cuadra bien con el talante modernizador de la política ilustrada, pero que presenta dificultades a la hora de la aplicación. Se explicaría así la capitulación del Consejo frente a las razones de la Audiencia y la admisión de las sustanciales modificaciones que se le proponían.

De las soluciones adoptadas en 1774 derivan otras consecuencias y la más importante es la pérdida de especificidad del Registro considerado desde un punto de vista formal. Por su presentación material, por la extensión de su contenido y por la manera de hacer la inscripción, el Regis-

tro de Hipotecas se parece mucho a los protocolos notariales. Dos hechos muestran como esta estrecha relación llegó en ocasiones a la confusión y a la solapación de funciones. Por una parte, desde muy pronto, desde 1793, los volúmenes del registro de Barcelona insertan un número creciente de copias de escrituras notariales a manera de apéndice; son instrumentos difíciles de resumir a juicio del escribano o de los mismos contratantes que solicitan su inserción completa según consta en el lugar correspondiente del Registro. Por otra parte, conocemos, para 1849, una denuncia contra el contador de Barcelona por no limitarse a expedir certificados sobre gravámenes y extenderse a dar fe del contenido íntegro de las escrituras, invadiendo así el campo propio de los notarios; cuando el funcionario acusado tiene que justificarse alega, además de las peticiones del público por resultar el trámite más económico, la práctica consuetudinaria, desde 1778 detalla, de reproducir íntegras las escrituras de venta. Aunque la datación no es correcta ni es tampoco exacto que la costumbre de insertar escrituras completas se limite a los solos contratos de ventas, la justificación es significativa de la asimilación que, a los ojos de los profanos, se producía entre Registro y manual notarial. Y sin embargo, a otro nivel, no es menos cierto que los documentos registrados en los Oficios son sólo una selección de los materiales notariales: los diversos tipos de contratos en que se plasman actos jurídicos de trascendencia económica. Al margen de inserciones esporádicas que responden al carácter voluntario de la inclusión de la cláusula de obligación de bienes en algunas escrituras, el núcleo del Registro lo componen una serie de documentos que se repiten en todos los volúmenes: arriendos, establecimientos, censales, ventas, compañías, convenios, concordias, debitorios, cartas de pago, definiciones de cuentas, promesas, renunciaciones y cauciones.

3. LA REFORMA DE 1845

El Registro de Hipotecas conservó su configuración primitiva en Cataluña hasta 1845. Los decretos de 1829-1830 que crearon, siguiendo el modelo francés, el Derecho de hipotecas, y cuya trascendencia ha sido muy discutida, no representan una modificación del estatuto anterior porque en Cataluña la inscripción de los actos de traslación de dominio por enajenación ya era preceptiva desde 1768; se añadió ahora, tan sólo, como novedad las transmisiones por herencia. En la manera de llevar el Registro y la disposición material de los volúmenes tampoco hay solución de continuidad. En la mayor parte de las contadurías, una pequeña apostilla al final de los documentos, con la indicación de que se ha pagado el derecho si hace al caso, es el único cambio perceptible. En la contaduría

de Barcelona, el Registro se divide en dos series paralelas, una para la inscripción de los documentos obligados al pago y otra para los documentos que sólo deben registrarse, pero la forma de cumplimentar los volúmenes es idéntica en los dos casos; por otra parte no se lleva a efecto la división del Registro en volúmenes diferentes para cada uno de los pueblos de la circunscripción como se había dispuesto.

Desde 1845, sin embargo, los cambios en el Registro lo hacen inasimilable al creado en 1768. La principal novedad del Real Decreto de 23 de mayo de 1845 sobre organización de las Contadurías de hipotecas radica en la ampliación de la obligación de registrar a las escrituras de transmisión de usufructo como arriendos y subarriendos, pero esta disposición tiene poca relevancia en Cataluña, donde este tipo de contratos se inscribía desde 1768. No obstante, el Decreto de 1845 y sus disposiciones complementarias cambian la forma de llevar el Registro en Cataluña en virtud de lo que suprimen: la inscripción de las hipotecas generales. Esta supresión se corresponde con los nuevos objetivos dados al Registro, que aparecen claramente definidos para el funcionario que en 1850 redacta un manual para uso de los jefes del registro: la identificación de cada finca «es la principal y más precisa necesidad» y si el instrumento originario no la contiene, la inscripción es nula o «por lo menos, daría lugar a los mismos fraudes que se tratan de evitar» (4).

La presentación material del Registro cambia también notablemente. Se utilizan libros de folios encasillados y la toma de razón ahora uniforme, comprende: fecha del instrumento, notario, nombre y vecindad de los otorgantes, calidad del contrato, valor de la finca, valor de las cargas que pesan sobre ella, valor líquido, derecho de hipotecas devengado a Hacienda, fecha de los pagos y número de los recibos. La inscripción cronológica de las escrituras se conserva, pero sólo para el primer contrato relativo a una finca; con él se abre una página especial del Registro para aquel inmueble, donde se asentarán todos los documentos que le conciernan. El Registro se divide y se especializa. Se abren libros particulares para cada uno de los pueblos que componen la circunscripción hipotecaria. También otros para la anotación de las escrituras de traslación de dominio, de arriendos y subarriendos, de fincas rústicas y fincas urbanas.

El Registro no puede ser definido como un registro de cargas y gravámenes después de 1845. No es tampoco un Registro de la Propiedad porque, evidentemente, ni la inscripción tiene los efectos que se le reconocerán después de 1861, ni se exigen para efectuarla los requisitos formales cuyo control será luego responsabilidad de los registradores. Pero

(4) F. R. DE RIVAS: *Breves observaciones y comentarios a las leyes y disposiciones vigentes, o sea, manual del jefe de Registro*, Manuel Pita, Madrid, 1850.

es indudable la trascendencia de las medidas de 1845 en la historia de la publicidad inmobiliaria: el Registro de bienes inmuebles como tal nace ahora y no en 1768. En este momento de 1845, el Registro rompe con el universo notarial, comprende sólo un tipo de escrituras, las relativas a los cambios de estado de los bienes inmuebles y, de tales escrituras, recoge nada más que las noticias sobre este particular. La ordenación interna del volumen y de cada una de las páginas del registro ya no es la de los protocolos; su especial disposición, con el encabezamiento de la hoja reservado para la descripción de la finca, establece de entrada la necesidad de identificar la finca y refiere a ésta el resto de las anotaciones que se presentan como su historia legal. En 1845, queda configurado, pues, el Registro como realidad material, como medio suficiente e instrumento apto para la publicidad de las transacciones inmobiliarias.

Pero la reforma, precisamente por esta radicalidad, no tuvo otra virtud al principio, que la desorganización de los Oficios de Hipotecas cuyo funcionamiento fue muy deficiente entre 1845 y 1850. En la provincia de Barcelona, la alteración más grave del Registro tuvo lugar en el Oficio de Hipotecas de la capital. La aplicación de las normas de 1845 a partir de septiembre del mismo año se manifiesta en la utilización de libros encasillados impresos y en la aparición de registros especiales para cada uno de los pueblos del distrito. No aparece sin embargo la anotación separada de las fincas urbanas y rústicas, ni tampoco la diferenciación entre escrituras de traslación de dominio y de arriendos. No se ve bien qué papel toca a una serie de libros generales, sin encasillar, que parecen continuación de las series antiguas, pero que abren al mismo tiempo que los nuevos libros y, por otra parte, son cancelados por orden judicial al cabo de pocos meses. Pero la transgresión de las disposiciones de 1845 se hace más evidente en la manera de cumplimentar los libros. No se respeta el encasillado, la inscripción continúa siendo un resumen más o menos extenso de la escritura original y se inscriben toda clase de contratos, sin que se respete la limitación a las inscripciones de contratos inmobiliarios. La hoja del registro no está regida por la identificación de la finca que prácticamente no existe y, a falta de ésta, las escrituras se agrupan en una misma página con criterios peregrinos, como estar referidas a una misma persona o familia. La impresión es que bajo la discontinuidad creada por la disposición material de los libros, el Registro continúa llevándose de la misma manera que antes. Este estado de cosas persiste hasta 1849. Con fecha de principios de año, pero en la práctica bastante después, se producen algunos cambios, se introducen libros separados para la inscripción de fincas rústicas y urbanas, aparecen libros especializados para la anotación de los arriendos y la única serie de libros generales hasta ahora subsistente se define como Registro de cartas de

pago. El mismo año, y probablemente en relación con los hechos citados, el contador de Barcelona es suspendido en su cargo. Finalmente se toma una decisión drástica, por Real Orden de 2 de diciembre de 1852, se cancelan todos los libros abiertos en 1845 y se abren libros nuevos.

En ninguna otra contaduría se toma una medida semejante, pero las irregularidades y confusiones se dan en todo el período 1845-1848 y el sistema de hacer los Registros hubo de modificarse entre 1849 y 1850 en todas partes y como en Barcelona se adoptaron entonces normas y fórmulas más próximas a lo legislado (5).

EL FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO

Como hemos señalado, existen en la legislación española precedentes del Registro de Hipotecas, pero como se reconoce en el preámbulo de la Real Pragmática, el incumplimiento de la obligación de registrar es general; por esta razón, en 1768 se instrumentan una serie de medidas para dar fuerza coercitiva a los Oficios de Hipotecas: los contratos no registrados no serán admitidos como prueba en juicio, los escribanos incluirán una advertencia formal sobre la necesidad de inscribir los documentos en el colofón de las escrituras, se sancionará con pérdida de oficio a los jueces o escribanos que contravengan estas normas, cada notario debe remitir anualmente una matrícula de sus protocolos al escribano del Oficio para que éste verifique si quedan asentados en sus libros los contratos correspondientes, los notarios vienen obligados a anotar, al margen del contrato en sus protocolos, la referencia al libro y folio del Registro en que aquél ha quedado registrado, y otras disposiciones más secundarias. De la puesta en práctica de todas estas previsiones quedan testimonios en los libros notariales barceloneses. Salta a la vista la frecuencia con que en los documentos se asocian las tres diligencias requeridas: la cláusula de la obligación general, la advertencia notarial y la nota conforme el contrato queda registrado. A favor de la efectividad práctica del procedimiento habla el hecho de que se recurra a él otra vez cuando el Código de Comercio de 1829 crea un Registro de contratos mercantiles y más tarde, en 1881, al establecerse por primera vez el Registro Mercantil como tal y, en esta ocasión, se cita expresamente como justificación, la eficacia ya probada en el caso de los Oficios de Hipotecas. Con todo, la exhaustividad del Registro en la práctica o su tanto por ciento de

(5) Sobre el tema de la aplicación de la legislación del Registro de Hipotecas, y muy especialmente sobre la pragmática de 1768, PESET: «Los orígenes del Registro de la Propiedad en España», *Rev. Crit. de Der. Inm.*, LIV, núm. 527, julio-agosto 1978, pág. 695.

validez es una incógnita y la bibliografía se muestra dividida y contradictoria al respecto.

Un cálculo de la eficiencia del Registro en términos exactos queda excluido por la dificultad de obtener las dos magnitudes que habría que comparar: el total de los contratos susceptibles de ser registrados y los contratos efectivamente registrados. Pero la mera observación de la realidad material de los volúmenes del Registro en el período 1768-1861 proporciona algunos datos tangibles que no cabe desdeñar. Si tomamos como índice los cambios de volumen del Registro expresados en el número de páginas, por muy burdo que sea el método, dos constataciones se nos imponen: el Registro no está estancado y su movimiento no parece errático. El Registro crece o disminuye de forma continua, año tras año y volumen a volumen. No es éste el tipo de cambio generado por causas internas al Registro como podrían ser alteraciones en la circunscripción o en el contenido que, por su misma naturaleza, tenderían a hacerse permanentes; tampoco pueden atribuirse a variaciones en la manera de hacer las inscripciones o en las personas que están al cargo del Registro. La extrema variabilidad del Registro hace pensar en causas externas y en este sentido, en la más general, que podemos enunciar como la sensibilidad de este tipo de instituciones ante la evolución de la coyuntura económica.

Es posible comprobar la hipótesis con cierta seguridad en un tramo del Registro como 1768-1793, que es el momento de mayor estabilidad institucional, no son visibles modificaciones en la manera de llevar el Registro y en el que tampoco existen sensibles cambios de presentación de los libros que son, además, cumplimentados por las mismas personas. El período nos es, por otra parte, bien conocido a través de las investigaciones de PIERRE VILAR sobre la Cataluña setecentista.

La correspondencia entre los cambios de volumen del Registro y el perfil de las curvas económicas es muy notable y las coincidencias repetidas excluyen la casualidad. El período 1772-1775 comprende los años en que culmina un alza muy rápida del comercio catalán que sigue con fidelidad el movimiento internacional muy favorable; la construcción del edificio de la Junta de Comercio, el organismo representativo de la burguesía catalana, es un símbolo de esta prosperidad. En 1773 el número de páginas del Registro se eleva a 3.325; en 1774, a 4.000; en 1775, a 3.885, y en 1776, a 4.821; sin embargo, en 1769 se habían alcanzado sólo 2.400. En 1775 se perfila una crisis progresivamente agudizada y acorde con la gran depresión del comercio británico en guerra con las colonias americanas, crisis que culmina entre 1778 y 1782. En el Registro el alza se mantiene hasta 1776 como hemos mostrado con 4.821 páginas para cortarse en 1777, 4.057, y bajar de golpe en 1778, 2.821, y seguir

luego descendiendo lentamente hasta 1781: 1779, 2.457; 1780, 1812 y 1781, 1.180. Son estos tres últimos años, de 1779 a 1781, los que en Cataluña acusan la crisis con mayor dureza, según los testimonios de la propia Junta de Comercio. De manera concluyente, se precisa en el Registro la recuperación posterior que, para los historiadores, arranca de 1785 y, no sin contratiempos, se afirma con fuerza en el trienio 1789-1792. El registro se sitúa entre 1782 y 1788 con variaciones anuales al alza o a la baja en torno a 1.300, para ascender con mayor rapidez en 1789, 1.424 páginas, y situarse en 1792 en 2.043; la crisis de 1793 tiene su reflejo en un nuevo descenso a 1.460. En esta última parte los cálculos están entorpecidos por la pérdida de algunos volúmenes cuyo posible número de páginas ha sido considerado idéntico al volumen próximo, a efectos de recuento. En los años siguientes el Registro acusa con particular agudeza las crisis económicas del fin de siglo y el gran conflicto de las guerras napoleónicas y se crea así una solución de continuidad entre el siglo XVIII y el XIX que no permite seguir adelante. A partir de 1830, la aparición de dos series diferentes de libros hace más comprometidas las aproximaciones y en 1845, la reforma del Registro lo hace más incomparable con los precedentes.

Más concluyentes por más aprehensibles pueden ser los datos obtenidos con otro procedimiento. Como hemos dicho al principio, nuestro interés por el Registro procede de su utilidad como fuente de datos para investigaciones históricas y muy concretamente de sus posibilidades como índice sistemático, por personas, tipos de escritura, circunscripciones y años, de la actividad notarial. Después de un trabajo basado en el análisis de las actas de sociedades dedicadas a la fabricación textil en el siglo XVIII, iniciamos un trabajo más amplio sobre el conjunto de las sociedades mercantiles para el período 1814-1845. Una cuestión previa para poder generalizar a partir de los datos obtenidos era establecer la representatividad de los contratos estudiados, es decir, el tanto por ciento que alcanzábamos en relación al total de sociedades contratadas ante notario. Por ello, después de vaciar todas las referencias a compañías en el Registro de Hipotecas, al buscar los correspondientes originales en los libros notariales se aprovechó la ocasión para consultar sus índices y verificar que no existiesen otros contratos desconocidos para el Registro. Se consultó así para cada uno de los años una proporción variable de protocolos entre un 20 y un 60 por 100 del total, salvo en el período 1816-1823 en que el número de compañías por año es muy pequeño. Finalmente, y para asegurar más las conclusiones, todos los manuales notariales, abiertos el año 1832, 71 exactamente, fueron escrutados para poder comparar los resultados de esta consulta con el número de compañías encontradas en el Registro el mismo año. En la tabla adjunta reproducimos todos los

datos: fecha, número total de compañías que conocemos para ese año a través de la consulta conjunta de los volúmenes del Registro y de los libros notariales, compañías registradas en hipotecas. La diferencia entre estas dos cifras es el déficit del Registro. Para un solo tipo de contrato, las compañías, podemos calcular las magnitudes que para el conjunto de la documentación notarial parecían difíciles de obtener: contratos firmados y contratos registrados. La conclusión que se deriva de los datos es el alto grado de fiabilidad del registro en Cataluña.

<i>Año</i>	<i>Total cías.</i>	<i>Hipot.</i>	<i>Año</i>	<i>Total cías.</i>	<i>Hipot.</i>
1814	3	3	1830	25	18
1815	13	12	1831	25	23
1816	10	9	1832	33	28
1817	8	8	1833	35	31
1818	4	4	1834	22	19
1819	3	3	1835	40	36
1820	6	6	1836	30	30
1821	2	2	1837	22	19
1822	2	2	1838	39	35
1823	9	8	1839		
1824	17	14	1840	59	51
1825	13	10	1841	78	65
1826	14	13	1842	75	68
1827	21	16	1843	42	36
1828	24	20	1844	96	77
1829	27	23	1845	111	82

Este mismo dato del número de compañías por año, y dado que el volumen de actas de sociedad está relacionado con las perspectivas del negocio en cada momento, puede servirnos para afianzar nuestras anteriores conclusiones sobre la lógica económica de la revolución del Registro. En un tramo en que las variaciones son frecuentes y la cifra de compañías no registradas es apreciable, el total de páginas por año del Registro experimenta las mismas sacudidas y en la misma dirección que las iniciativas de constitución de compañías.

<i>Año</i>	<i>Pág/vol.</i>	<i>Total cías.</i>
1840	637	59
1841	638	78
1842	641	75
1843	544	42
1844	922	96
1845	984	111

Después del paréntesis 1845-1852, el Registro recobra la regularidad en sus diez últimos años de vigencia, pero su división en diferentes tipos de volúmenes hace imposible la comparación con el movimiento económico, como ya hemos dicho. Restan sólo los argumentos internos al registro a la hora de considerar su eficiencia. Una constatación a hacer de entrada: el elevado volumen de inscripciones del período; el Registro de la villa de Gracia, uno de los municipios agregados después a Barcelona, ocupa diez libros entre 1853 y 1861, ambos inclusive, con cerca de 2.500 folios cumplimentados. En el mismo sentido apunta el hecho de que la continuidad entre el Registro de Hipotecas y el Registro de la Propiedad pueda establecerse en los términos previstos por la Ley Hipotecaria y que llegue a funcionar el sistema de referencias mutuas entre libros antiguos y nuevos, tal como puede percibirse al hojear los correspondientes volúmenes. Para esta continuidad es decisivo el último tramo del viejo Registro y, junto con el volumen de inscripciones, han contribuido a hacerla posible la relativa precisión en la identificación y descripción de los bienes inmuebles dentro de los límites marcados por la naturaleza de los documentos notariales y la falta de catastro. En este punto los Registros han sido utilizados con éxito por los historiadores para suplir las deficiencias que presentan los documentos fiscales. También algunas investigaciones historiográficas sobre la formación y extensión de patrimonios particulares, llevadas a la vez en archivos notariales y en los oficios de hipotecas, aportan datos sobre la exhaustividad del Registro no diferentes a los ya citados sobre actas de compañías. Se trata de casos puntuales cuya representatividad desconocemos, pero no parece verosímil que la práctica de registrar se debilitara en relación al XVIII, precisamente, en el momento en que las transformaciones sociales hacían más evidente la utilidad de la institución.

Hay un último género de argumentos en favor de la trascendencia pública del Registro en el siglo XIX y es la atención que le prestan desde la caída del Antiguo Régimen las nuevas instituciones representativas como el Ayuntamiento de Barcelona. El Archivo municipal conserva entre los fondos de la sección de Gobernación varios expedientes relacionados con el funcionamiento del Registro de Hipotecas. Una parte de la documentación son reclamaciones de ciudadanos que sirven de base a las actuaciones municipales. Con el argumento de que la Pragmática de 1768 le otorgaba competencias sobre los registros y a partir de 1833, fecha de la enajenación de los Oficios a la que se opuso frontalmente, el Ayuntamiento de Barcelona intervino constantemente cerca de las autoridades judiciales para defender los intereses del público y lograr que el Registro quedase custodiado en el edificio municipal, que los horarios de las oficinas fuesen lo más extensos posible, que el despacho de las escrituras se

abreviara y que no se sobrepasase lo establecido en el cobro de los derechos de inscripción, entre otras cosas. En el curso de estas gestiones se acumularon datos significativos sobre el ritmo de trabajo del Registro —veinticinco inscripciones por día en los años 1840-1850—, y sobre su rendimiento económico. También se suscitaron diversas tentativas de reforma como la propuesta de crear índices de los volúmenes del Registro a disposición del público para su consulta directa, pues hasta 1845 el índice de cada volumen viene incluido en el libro correspondiente. En conjunto, la impresión que deja el estudio de todos estos papeles es la de una institución viva, un tanto desbordada y cuya eficiencia se discute, pero cuya entidad y arraigo nadie cuestiona, rasgo no demasiado frecuente en un contexto liberal que suele caracterizarse por descalificar las creaciones del Antiguo Régimen.

TRANSCRIPCION DE DIFERENTES TIPOS DE ASIENTOS EN EL REGISTRO DE HIPOTECA

1. ASIENTOS ANTERIORES A 1845 (*)

ARRIENDO otorgado ante... a... por... a favor de... por el tiempo de... de toda aquella botica-almacen y demas soleo de las casas que dicho... posee en esta ciudad y en la calle... cuyo arriendo se halla concebido bajo ciertos pactos en el continuados, por el precio de... Prometiendo la evicción bajo la obligación de todos sus bienes, el que ha sido aceptado por dicho... prometiendo aquel cumplir bajo la obligación de todos sus bienes, (f. 47)

DONACION Y RENUNCIA...

con la que por cuanto espera... profesar en dicha religión y siendole permitido antes de hacer la profesión disponer de sus bienes, haciendo estas cosas en virtud de licencia a él concedida por el Vicario General de

(*) Las inscripciones reproducidas proceden del Registro de Hipotecas de Barcelona depositado en la Biblioteca-Archivo de la Delegación de Cataluña del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, libro 53, segundo trimestre de 1779. Han sido elegidas para mostrar la variedad de las escrituras anotadas en el Registro. Para facilitar la lectura, se ha modernizado la ortografía y se ha cambiado el régimen de algunas preposiciones por haber caído en desuso. La inscripción se abre con un término que identifica el tipo de escritura, y a continuación, y siempre en el mismo orden, se anota el Notario, la fecha del contrato, el otorgante y el nombre de la persona a cuyo favor se emite el contrato; viene luego un resumen del contenido de la escritura. Las partes no transcritas vienen señaladas por puntos suspensivos.

este obispado, da y renuncia a favor de dicho su padre todos los derechos a él competentes en los bienes de sus padres con el pacto de que dicho su padre debe darle en el convento donde se hallara ser conventual durante su vida natural veintiocho libras anuales, prometiendo la presente no revocar por motivo alguno, la que ha sido aceptada por dicho... su padre por lo que obliga todos sus bienes, (p. 53)

DEBITORIO de la cantidad de... otorgado ante... a... por... a favor de... cual cantidad promete satisfacer a dicho... por todo el mes de abril próximo venturo lo que promete cumplir bajo obligación de su persona y de sus bienes, (p. 61)

CAPITULOS MATRIMONIALES...

con los cuales... madre de dicha... da a esta dos mil libras y una calaxera y diferentes alhajas de casa, cuya donación se halla concebida con promesa de no revocarla, la que ha sido aceptada por dicha (hija) y ésta constituye en dote a dicho... su marido las dichas cosas que por su padre (?) le han sido dadas por razón de las cuales dichas cosas su marido le hace de aumento o creix la cantidad de mil libras barcelonesas qual dote y creix le salva y asegura en y sobre todos sus bienes; y dicha... (hija) renuncia a favor de dicha su madre todos los derechos de ella competentes en los bienes de sus padres salvándose para sí todos vínculos, sustituciones y fideicomisos y sucesiones así en testamento como ab intestato y lo más que dicha su madre darle y dejarle querrá, (f. 79)

VENTA PERPETUA...

de todas las cepas y demás árboles que se hallan plantados en aquella porción de tierra de tenuta una mojada que es parte de aquellas dos mojas que son las pertenencias del manso... sito... cuyas dos mojas de tierra se tienen por los herederos de... y bajo su dominio y alodio a censo de... y linda a oriente con... a mediodia con... y a cierto parte con... y parte con... cuya venta se halla concebida por el precio de... las que ha recibido con dinero de contado en presencia del mismo escribano y testigos, prometiendo la evicción bajo la obligación de sus bienes, (f. 88)

MAESTRIA...

por los prohombres de la cofradia bajo invocación de Sta. Tecla de faquines de capsana, macips de ribera y carreteros de mar de esta ciudad a favor de... con que admiten a dicho... en cofrade individuo... queriendo que goce de la preeminencias de que gozan los demas cofrades... prometiendo aquel cumplir por la parte que le toca para cuya seguridad da en fiadores a... quienes aceptan el cargo y dicha fiaduría y prometen que junto a su principal estaran obligados a lo por él prometido, para cuya seguridad así principal como fiadores obligan sus respectivas personas y bienes, (f. 99)

ESTABLECIMIENTO...

de todo aquel pedazo de tierra yerma de semilla... que dicho su principal posee en el término de dicha villa de pertenencia de la heredad nombrada la torre nova en el lugar dicho... y se tiene dicha pieza de tierra por... y bajo su dominio y alodio a la prestación de... y linda a oriente... a poniente... y a cierzo... cuyo establecimiento se halla concebido bajo ciertos pactos en él continuados al censo de... prometiendo la evicción bajo la obligación de los bienes de su principal, el que ha sido aceptado por dicha adquisidora, prometiendo todo lo en él contenido cumplir bajo la obligación de todos sus bienes, (f. 147)

CARTA DE PAGO...

y cede dicha cantidad al otorgante en pago de igual que a... presto graciosamente a dicho... y éste le firmó un vale, cuya cantidad ha recibido con dinero de contado en presencia del escribano y testigo y no sólo otorga esta carta de pago sino tambien cancela el referido vale, (f. 256).

COMPAÑIA...

por... consorte de... con... vecinos de la presente ciudad para comercio de fábricas de pintado de algodón y telas pactando que la mitad del capital sea de dicha... y la otra de dichos... la que será duradera por... desde... o más durante el beneplácito. Que durante la sociedad no podra sacarse capital ni aumentar sino de comun acuerdo. Se confiere el cargo de administrador a... a quien se señala por salario... y un... de los

beneficios. Por ser la fábrica en casa de dicha... se dará a ésta... por el alquiler. Se abonarán a (administrador) todos los gastos. Que deba llevar un arca con dos llaves teniendo la una y la otra uno de los compañeros. Que finida la compañía se debiera repartir proporcionalmente todos los bienes y efectos de la compañía u los créditos con varias prevenciones para el buen régimen de la compañía. Lo que prometen cumplir bajo obligación de sus respective bienes y firman escritura de tercio con obligación de los mismos y de las personas de dichos (los dos hermanos socios citados en segundo lugar y uno de los cuales es además administrador de la finca), libro 100, 1789, f. 375

Nota: La última escritura procede del libro 100, primer trimestre de 1789. Ha sido incluida a última hora para que pueda compararse la manera de inscribir un contrato de sociedad antes y después de 1845.

2. POSTERIORES A 1845 (*)

Un pedazo de terreno de extensión desde mediodía a cierzo 45 p. y de oriente a poniente todo lo que mida desde el camino que se forma a la parte de poniente hasta el camino o torrente que pasa inmediato a la casa del establente, el que es parte de una pieza de tierra de cabida siete mojadass, tres cuartas y una mundina y media que forma parte de la heredad nombrada Torrexica de Baix sita en el término de Gracia que linda a O. con los sucesores del Barón de Castellvell mediante un torrente, a M. con María Madriles, a P. con Salvador Rusiñol mediante un camino y a C. con los consortes Juan Torras y Constans e Ignacia Picas.

Fecha de los instrumentos: 4-7-1855; presentada en 13-8-1855.

Oficios en que quedan protocolizados D. Francisco de Sales Rufasta de Barna.

Nombre y vecindad de los otorgantes D. Felipe Claramunt y Rodoreda, propietario y vecino de Barna por medio de su esposa Ignacia Claramunt y Costa; a favor de Pedro Feixas y Oller, albañil vecino de Gracia.

Calidad y naturaleza del contrato Establecimiento perpetuo de los terrenos de este folio.

Valor de la finca Cinco libras, doce sueldos, seis dineros de entrada.

(*) La primera inscripción reproduce literalmente la información contenida en el correspondiente doble folio del Registro. La descripción de la finca escrita de forma continua cubre el encabezamiento, debajo comienza el encasillado; las partes en bastardilla reproducen las denominaciones de las diferentes columnas. En el resto de las inscripciones hemos transcrito tan sólo el encabezamiento y la columna «calidad y naturaleza del contrato», con las alteraciones ortográficas ya señaladas.

Idem de las cargas que la afectan Once libras, cinco sueldos de censo en dominio.

Valor líquido 4060 reales

Derecho de hip. que ha devengado 2 %

Cantidad pagada 81 reales 7 m.

Fecha de los pagos 21-11-1855

Numero de los recibos 595

(Cerrando la inscripción): Barcelona, 21-11-1855 y rúbrica.

(Anotaciones marginales): Se registra sin perjuicio de pagarse la correspondiente multa si así lo resuelve la superioridad por haberse presentado esta escritura fuera del plazo de instrucción.

Perdonada la multa al Excmo. Sr. Rufasta en R. O. de 16-11-1855.

En el terreno de este folio está empezada una casa y esta inscrita en el folio 151, tomo 6.º de Gracia del Registro de la Propiedad.

(Registro de Gracia, 14, urbanas, f. 195)

Una casa con su jardin o patio señalada de n.º 85, en la calle mayor de la villa de Gracia, que linda a O con dicha calle, a M. con la del Cisne, a P. con Manuel Bulló y parte con Esteban Quintana y a C. con D. José Prats.

.....

Convenio registrado en el folio 202 de este libro con el que se ha alzado la prohibición de edificar en dos trozos de terreno en que hay construidas dos casas, otra de las cuales es la de este folio con todo lo demás que se desprende del registro principal. Barcelona, 8-1-1856.

(Registro de Gracia, 14, urbanas, f. 214)

Una casa compuesta de tres tiendas entresuelos interiores, pozo y algabe en la calle de la Travesera, esquina a la de Culebra de la villa de Gracia que linda a O. con Francisco Biosca, a M. con Pedro Verdaguer, a P. con la calle de la Culebra y a C. con la de Travesera.

.....

Retroventa de la casa de este folio que los consortes Casanova tenían vendida a carta de gracia a la otorgante Luisa Villa según escritura de 5-5-1852. Barcelona, 22-2-1856.

(Registro de Gracia, 14, urbanas, f. 236)

Una casa sita en la Barceloneta y en las calles de Baluarte n.º 77 y de la Merced n.º 52. Linda a O. con la c. de la Merced, con Enrique Roura; a P. con la c. de Baluarte y a C. con D. Buenaventura Lladó.

.....

Debitorio a favor de Manuel Utges y Teresa Carola consortes vecinos de la misma de la cantidad de mil duros prestados y recibidos; prometen devolverlos dentro del término de un año con abono del interés anual del seis y medio por ciento y a su cumplimiento la otra otorgante Ines Planell hipoteca la casa de este folio. Barcelona, 5-12-1862.

(Registro de la Barceloneta, 10, f. 155)

Una casa en la c. de Sta Madrona de la Barceloneta. Linda a O. con Cayetano Portabella, a M. con Margarita Moll, a P. con dicha calle y a N. con Vicente Gurri.

.....

Testamento registrado al f. 249 del libro 7 de San Gervasio, con el cual instituye herederos universales por partes iguales a sus hijos... Cristina, Rosa, Matilde y Pascuala Fort, a sus nietos Cayetano y Dolores, hijos de Angela que lo es del testador y de su actual esposa Paula Cordon. Forma parte de la herencia la mitad de la casa de este folio. Barcelona, 12-11-1862.

(Registro de la Barceloneta, 10, f. 111)

Una casa situada en la calle de S. Miguel de la Barceloneta señalada de n.º 25. Linda a O. con D. Gerónima Nogueras, a M. con D. Juan Juliá; a P. con la c. de San Miguel y a C. con D. Joaquin Dachs.

.....

Inscripción a la Sociedad de Seguros Mutuos contra incendios de esta capital por razón de la casa de esta folio, habbiendo fijado el valor del edificio en sesenta y cuatro mil reales de vellón. Barcelona, 1-5-1862.

(Registro de la Barceloneta, 10, f. 102)

Un edificio o casa fábrica para estampados construida en un terreno o campo de extensión unos 39200 palmos superficiales situados en el término de la villa de Gracia y lugar llamado S. Guinet, en el paraje conocidos como Capuchinos Viejos que linda a O. con D. José Solá o sus herederos, a M. con José Rovira o sus sucesores, a P. con D. Jaime Durán y a C. con el camino que conduce al torrente llamado profundo.

.....

Sociedad en comandita para la fabricación de estampados de algodón cuyo nombre social será... y el término de su duración es de... imponen un capital social de... representado a saber... (mención cantidad) los señores... por mitad que aportan por medio del edificio fábrica de este

folio su valor... y de la maquinaria que en ella funciona estimada en... con la reserva empero por parte del señor... del plan terreno sobre que radica dicha fábrica cuya propiedad le pertenece exclusivamente... siendo pactado expresamente entre otras cosas que en el caso de que los señores... al disolverse la sociedad quisieran quedarse con la expresada fábrica deberían abonar por ella... a que de comun acuerdo la han valorado con inclusión de la maquinaria y accesorios debiendo proceder en cuanto al plan terreno la correspondiente tasación... y si los señores no... quisieran adquirir la expresada fábrica en cuyo caso deberá traspasarse a tercero precederá también la tasación y de su resultado líquido cede desde ahora el señor... (propietario del terreno) al señor... la cuarta parte. Barcelona 7-10-1858.

(Registro de Gracia, 14, urbanas, f. 231, segunda inscripción.

MARINA LÓPEZ y MERCÈ TATJER

DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES

Dictamen sobre construcción en suelo ajeno por sociedades de *Leasing*, emitido a encargo de A., S. A.

SUMARIO: 1. *Planteamiento*.—2. *Análisis del Derecho positivo*: 2.1. Figuras jurídicas a considerar. 2.2. La accesión de inmuebles en nuestro ordenamiento jurídico. 2.3. Estudio de las distintas figuras jurídicas: 2.3.1. El derecho de superficie. 2.3.2. El censo enfiteútico. 2.3.3. Derecho de levante. 2.3.4. Cesión del dominio del suelo con obligación de edificar. 2.4. Conclusiones.—3. *Modelo de contrato que se propone*.—4. *Comentarios al modelo de contrato propuesto*.

1. PLANTEAMIENTO

Por A., S. A., se desea, en términos generales, establecer la fórmula jurídica más adecuada para instrumentar operaciones de construcción, a fin de contratar sobre las edificaciones resultantes un arrendamiento financiero, cuando dicha construcción se efectúa en terreno propiedad del futuro arrendatario y no de la Sociedad de *Leasing*. Asimismo interesa la redacción del correspondiente modelo contractual.

Para ello propone el estudio de la figura del «derecho de superficie», u otras afines de nuestro ordenamiento jurídico.

A fin de atender dicho encargo, procede en primer término efectuar el estudio y delimitación de las posibilidades que, a juicio del Letrado que suscribe, ofrece al respecto nuestro Derecho positivo, sin perjuicio de apuntar posibles soluciones de *lege ferenda*.

Es obvio que si la propiedad del suelo es ajena debe resolverse el problema de adquisición del dominio de lo construido por la Sociedad de

Leasing (S. de L. en adelante), a fin de que sea posible su cesión mediante este tipo de contrato, sea el suelo propiedad del arrendatario-adquirente o de un tercero.

Se pretende además resolver el problema de la consolidación o confusión de derechos sobre suelo y vuelo en favor de la S. de L., de forma que si se produce un fallo de las obligaciones del arrendatario pueda hacerse aquélla con la propiedad del solar y deshacer la situación de separación del dominio.

En segundo lugar se concretará el correspondiente modelo de contrato, comentando su contenido.

2. ANALISIS DEL DERECHO POSITIVO

2.1. FIGURAS JURÍDICAS A CONSIDERAR

Las posibilidades que ofrece en principio nuestro Derecho positivo, de disociación de la propiedad del suelo y la construcción efectuada en el mismo, pueden considerarse las siguientes:

- Derecho de superficie.
- Censo enfiteútico.

Hay otras figuras estrechamente relacionadas con el Derecho de superficie, que aún partiendo de tal disociación temporal —con reservas en cuanto a la segunda que citamos— desembocan en un régimen de propiedad horizontal, que son:

- El derecho de elevación o de levante.
- La cesión del dominio del suelo para edificar como condición resolutoria.

2.2. LA ACCESIÓN DE INMUEBLES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

La cuestión de la consolidación o confusión de derechos sobre suelo y vuelo se rige en principio por la regla «superficies solo cedit», enunciada en el artículo 358 del Código Civil. Ahora bien, dicha regla ha tenido excepciones expresas y tácitas en el propio cuerpo legal.

Antes de la reforma de 7 de julio de 1981, se preveía de forma expresa, en el artículo 1.404, un supuesto de inversión del principio, convirtiéndolo en «solo cedit superficies». Ocurría así cuando la sociedad conyugal construía en suelo propio de uno de los cónyuges. En este supuesto, vuelo y suelo tenían el carácter de «gananciales», abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca.

Es interesante hacer constar las siguientes opiniones doctrinales favorables a esta solución, más que nada porque debilitan el carácter dogmático, casi un «tabú», que tal principio tiene en nuestra general doctrina.

GARCÍA GOYENA funda la excepción al principio normal de la accesión en consideraciones de interés público, que aconsejan promover la edificación, sobre todo en las capitales y grandes poblaciones. Dando la seguridad de que se reputarán gananciales al concluir la sociedad conyugal, el edificio y el suelo donde se encuentre, se favorece la construcción con caudal común en solar privativo de uno de los cónyuges.

MANRESA añade que aunque el edificio no pueda subsistir sin el suelo, *tiene siempre mucho más valor e importancia que éste*, por lo que, si la doctrina del párrafo segundo del artículo 1.404 no se conforma con los principios, *satisface más la razón*. Más adelante veremos como esta opinión concuerda y anticipa la actual concepción de la propiedad del suelo, totalmente configurada *ex novo* desde la Ley general urbanística de 12 de mayo de 1956.

Según BONET no se da, en dicho precepto del Código Civil, un derecho de superficie sino un caso de «accesión inversa», *tal como lo ha configurado la jurisprudencia italiana en caso de tener el vuelo más valor que el suelo*.

Ahora bien, la Ley 30/1981, de 7 de julio, ha modificado el régimen económico del matrimonio y derogado el artículo en cuestión, estableciendo el nuevo artículo 1.359 un derecho al reembolso del valor satisfecho por la sociedad conyugal o un cónyuge en bienes privativos, más el aumento de valor que los bienes tengan por razón de la mejora. Pretende volverse con ello a la accesión normal, olvidando sin embargo que la regulación del derecho de propiedad del suelo ya no está en el Código Civil, sino en las leyes urbanísticas. Persiste no obstante el valor de ejemplo del antiguo artículo 1.404, de larga vigencia.

Otra excepción al principio tradicional de la accesión de inmuebles, la ve GULLÓN BALLESTEROS en el derecho de superficie, al que luego nos referiremos. Considera GULLÓN que dicho derecho implica «una evidente derogación al principio reconocido en nuestro Código Civil en su artículo 358», afirmando que supone una renuncia al derecho de accesión hecha por el propietario del suelo ajeno en favor del superficiario. También opina que el Código Civil permite la constitución del derecho de superficie por el «enfiteuta», lo que asimismo constituye una derogación del principio de accesión *que puede realizar el propio enfiteuta* autorizando una construcción que debía ser de su propiedad según las normas sobre la materia (art. 1.632 del Código Civil, según el cual el enfiteuta hace suyos los productos de la finca y *sus accesiones*).

No parece, no obstante, acertada la opinión de GULLÓN BALLESTE-

ROS, teniendo en cuenta que en el derecho de superficie la propiedad del vuelo vuelve siempre al propietario del suelo al término de la duración del derecho. Se trata por tanto de una situación transitoria, aunque de larga duración, y de una derogación únicamente temporal del derecho de accesión tradicional.

La propia regulación del Código Civil contiene otra excepción genérica al principio tradicional de la accesión de inmuebles, puesto que puede quebrar voluntariamente cuando la construcción en suelo ajeno se hace de buena fe —supuesto del que partimos aquí, ya que la construcción se autoriza en un contrato del tipo que sea—; así, el artículo 361 del Código Civil establece:

«El dueño del suelo en que se edificare..., tendrá derecho a hacer suya la obra... previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó... a pagarle el precio del terreno...»

Voluntariamente cabe, por tanto, invertir la regla y parece claro que, partiendo de un contrato, el dueño del suelo puede renunciar al derecho a hacer suya la obra y pactar, para el supuesto de incumplimiento, que el suelo pase, en condiciones también pactadas, al que realizó la construcción. Como hemos visto antes, GULLÓN BALLESTEROS está de acuerdo, como no podía ser menos, con la posibilidad de derogación voluntaria del derecho de accesión del vuelo a favor del titular del suelo.

El repaso a la normativa y doctrina civil, siquiera sucinto, era obligado en este estudio para reforzar el punto de vista que se mantiene, dado el sentido reverencial imperante respecto al Derecho común.

Sin embargo, actualmente se abre paso la opinión doctrinal de que el derecho de propiedad precisa una profunda revisión a la vista de las leyes urbanísticas. Las numerosas revisiones del Código Civil, generalmente accesorias e intrascendentes, precisan complementarse con una reconsideración en profundidad de los preceptos consagrados a la propiedad inmobiliaria.

Autores como GARCÍA ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, son de la opinión de que, a partir de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, la regulación del derecho de propiedad del Código Civil ha sido derogada totalmente, en lo que respecta a la propiedad inmueble y al derecho de edificar. Y la opinión no puede ser más acertada si se examinan aquella Ley y su modificación de 2 de mayo de 1975 que ha dado lugar al texto refundido de 9 de abril de 1976.

Según dichos autores, la Ley del Suelo de 1956 configuró ya la ordenación urbanística como función pública, lo que supuso la *publicatio* del

ámbito delimitado por la transformación, aprovechamiento y utilización del suelo más allá de lo que se deriva directamente de su naturaleza propia, dejando reducido el derecho de propiedad a su contenido nuclear de uso y disfrute del bien conforme a su naturaleza intrínseca. Dicho texto legal, si bien no vino a alterar la preexistente definición legal genérica de aquel derecho, contenida en el artículo 348 del Código Civil, sí sustituyó, *derogándola*, la regulación civil del mismo cuando recae sobre el bien inmueble, tierra o suelo, establecida en el artículo 350 del citado Código, por una nueva regulación material de dicho contenido que responde a la especial estructura de la ordenación urbanística.

A la redacción del artículo 350, según el cual, el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones *que le convenga...*, se opone frontalmente el artículo 61 de la Ley del Suelo, hoy 76 del Texto Refundido vigente, al señalar éste:

«Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios.»

Dicho precepto se complementa con la declaración del artículo 70 de la Ley de 1956, reiterada en el 87.1 del vigente texto, según el cual:

«La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística.»

Díez PICAZO ha visto certeramente la evolución del contenido jurídico de la propiedad, señalando que ha producido una inversión de la relación existente entre la tierra y las construcciones... La concepción romanista definía esta relación a través de la máxima «superficie solo cedit», que todavía hoy recoge el artículo 358 del Código Civil. Hay una especie de *vis* atractiva del suelo sobre lo establecido en él. *Hoy tiene que admitirse que el suelo posee un puro valor instrumental*. El suelo es un puro elemento de radicación o localización. Esto es perfectamente claro respecto de las construcciones o edificaciones destinadas a viviendas, a usos industriales, a instalaciones recreativas o de cualquier otro tipo de actividad análoga. Es también claro en el suelo rústico. El suelo rústico es sólo un punto de localización de una empresa agraria. Si esto es así, tendremos que admitir dos cosas que parecen extraordinariamente im-

portantes. La primera es que *no es el suelo el valor fundamental y el que debe tener la vis atractiva, sino la capacidad de crear riqueza sobre él*. En segundo lugar, que el hecho de que un suelo determinado sea un punto óptimo o un punto ventajoso para la radicación de una empresa social *de cualquier tipo* no es nunca una obra individual, sino una obra social.

Parece por tanto clara la crisis del principio tradicional de accesión de inmuebles regulado en el Código Civil, que hoy día, para ser coherente con la nueva configuración de la propiedad, debería modificarse sustancialmente. En este sentido es un retroceso y un anacronismo la derogación del artículo 1.404 del Código Civil que hemos comentado al principio.

Con mayor razón ha de admitirse sin ninguna duda, la derogación voluntaria, a través de la contratación, del referido Derecho, que sirve de punto de partida a este estudio, puesto que es admisible partiendo de la mera normativa del Código.

2.3. ESTUDIO DE LAS DISTINTAS FIGURAS JURÍDICAS

2.3.1. *El derecho de superficie*

Pasando ya al examen de las figuras disociadoras del dominio sobre suelo y vuelo, veamos en primer lugar el derecho de superficie.

Dicha institución, con tradición jurídica en nuestro Derecho, carece de regulación positiva hasta la aparición de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956. Existe sin embargo polémica doctrinal sobre la existencia de dos regulaciones del derecho de superficie, una de Derecho común y otra de Derecho especial (la de la Ley del Suelo). La cuestión tiene un interés secundario para este estudio pues, como veremos, la normativa que nos afecta es la urbanística.

Ahora bien, estima el que suscribe, que tal doble regulación no existe y que realmente lo que hace el Código Civil en sus artículos 1.611 y 1.655, es enterrar la figura en una labor de síntesis y limpieza general de las muchas de este tipo fruto de la dispersión foral.

Así, el artículo 1.611, dentro de las disposiciones generales relativas a los censos y en concreto a la *redención de los constituidos antes de la promulgación del Código*, se limita a señalar que la redención del dominio en los derechos de superficie se regulará por una Ley especial, marcando con ello el final de la vida jurídica de esta institución, dado lo que luego establece el artículo 1.655. Este precepto, al regular los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga —y hay que entender aquí incluidos los derechos de superficie dados los términos del artículo 1.611— *constituidos después del Código*, los equipara a la enfitéu-

sis si se constituyen por tiempo indefinido y al arrendamiento si son temporales, puesto que dice: «... se *entenderán* como arrendamientos...»

Esta interpretación de los preceptos indicados es consecuente con lo dispuesto en la Base 26 de la Ley de 11 de mayo de 1888, de la que se desprende la intención del legislador de terminar con la disociación de la propiedad provocada por dichas figuras,

«... mediante la reunión de los dominios en los foros, subforos, *derechos de superficie* y cualesquiera otros gravámenes semejantes, constituidos sobre la propiedad inmueble.»

Tal propósito lo encomienda dicha Base a una Ley especial y esto lo recoge el artículo 1.611 del Código Civil.

Abona esta tesis la propia historia de la codificación, que incluso pretendió en un principio suprimir la «enfitéusis» —Proyecto de 1851—, siendo posteriormente muy criticado el Código por incluir dicha institución.

Es cierto que la jurisprudencia y la doctrina han pretendido resucitar la institución del derecho de superficie, con base en el principio de libertad de pacto, en menciones aisladas y no sustantivas de otras disposiciones —como el artículo 107 de la Ley Hipotecaria, etc.—, pero esto no es más que una manifestación de la gran inercia de las instituciones jurídicas y de cierta tendencia de los juristas al bizantinismo.

La realidad es que el derecho de superficie lo resucita la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y que su única regulación válida positiva en la actualidad se contiene en el Texto Refundido de 9 de abril de 1976, que modifica sustancialmente la regulación anterior, y en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario —según Decreto de 17 de marzo de 1959—, si bien este precepto, que desarrolló la regulación de la Ley del Suelo de 1956, no puede desligarse del actual contenido de la Ley del Suelo reformada de 1975 y por tanto debe considerarse modificado por esta nueva regulación sustantiva. Sobre este último precepto del Reglamento Hipotecario volveremos luego al examinar otras figuras, debiendo señalarse ahora que desarrolló correctamente la Ley del Suelo al configurar una variedad del derecho de superficie no contemplado directamente por ésta, la que resulta no sobre suelo sino sobre o bajo construcciones existentes.

Entrando en las características actuales del derecho de superficie hay que decir, en primer lugar, que se configura como *institución urbanística*, justificándose su revitalización como instrumento al servicio del desarrollo urbano; recordemos al respecto la glosa que hemos hecho de GARCÍA GOYENA y la opinión de JERÓNIMO GONZÁLEZ en *El derecho real de superficie*, publicado en 1922, según el cual este derecho,

«... es uno de tantos medios utilizados para resolver el problema de la vivienda, que ahora entra en una fase aguda... problema eminentemente social, de cuya solución depende... el más equitativo reparto natural de la «plusvalía» de los terrenos urbanizables, que las legislaciones del pasado, atribuyeron al propietario exclusivamente.»

De forma que la normativa de la Ley del Suelo sobre este derecho es imperativa cuando se trata de construcciones urbanas; así se desprende del actual artículo 117.1 de la Ley del Suelo cuando determina que podrá constituirse,

«... con destino a la construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales y otras edificaciones *determinadas en los Planes de ordenación...*»

Como las actividades de las Sociedades de *Leasing* se desarrollan en su casi integridad en núcleos urbanos y por tanto con sujeción a la normativa y planeamiento urbanísticos, del que ninguna ciudad española importante se encuentra hoy al margen, es indudable que la regulación de la Ley del Suelo sobre el derecho de superficie es la que preponderantemente interesa a los efectos de este estudio.

En segundo lugar, el mismo precepto de la Ley del Suelo sienta el principio de prioridad de la Ley sobre la voluntad de los contratantes, lo que elimina la libertad de pacto en cuestiones reguladas por la Ley del Suelo —siguiendo en esto la tónica de la Ley anterior— al establecer:

«... y se regirá por las disposiciones contenidas en esta Sección, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado.»

La cuestión quedó clara en el proceso de elaboración de la Ley, en el informe de la Ponencia de la Comisión de Vivienda de las Cortes que estudió el Proyecto, al examinar las enmiendas al artículo 157 (hoy 171 del Texto Refundido), señalando que:

«... en el orden jerárquico de normas por las que se rige el Derecho, las contenidas en esta Ley priman sobre el título constitutivo.»

Partiendo de dicho principio deben examinarse las determinaciones concretas de la regulación del derecho de superficie.

Constituye determinación esencial la *imperativa obligación de construir en el plazo señalado por el Plan* (art. 173), aunque se hubiese pactado un plazo mayor —«... norma que siempre primará», según señaló en su informe la citada Ponencia—, *cuyo incumplimiento extingue el derecho sin indemnización al superficiario*.

Es obvia la importancia que tal determinación legal tiene para la actividad de las S. de L. en estos casos. Ahora bien, entiende el Letrado que suscribe que la rigidez del precepto no impide, puesto que la Ley del Suelo lo permite en sus artículos 154, etc., *la prórroga de dichos plazos* señalados en el planeamiento, pudiendo obtenerla el superficiario de los órganos urbanísticos siempre que se fundamente en una justa causa, en la fuerza mayor o en la imposibilidad del cumplimiento, cuando ésta no dependa del superficiario —ejemplo típico constituye la demora en otorgarse por la Administración municipal la necesaria licencia de construcción—, así opina, entre otros, DE LOS MOZOS.

Igualmente esencial es la previsión de los artículos 172.3 y 173.2, según los cuales se produce la *reversión total de lo edificado al dueño del suelo al extinguirse el derecho por transcurso del plazo para el que se constituyó, sin indemnización alguna por dicha construcción*. Respecto de esta cuestión, la citada Ponencia rechazó expresamente enmiendas que propugnaban la indemnización de lo construido por su valor en el momento de la reversión, en los siguientes términos:

«La Ponencia considera que las enmiendas no deben ser aceptadas, pues se trata de configurar el derecho de superficie de manera que el propietario (del suelo) ceda la propiedad (del suelo) con la expectativa de adquirir lo edificado en su totalidad, creando así los presupuestos económicos para que esta figura pueda ser una nueva posibilidad.» (El texto dice «deje de ser» en vez de «pueda ser», pero es evidente el error material padecido.)

Asimismo rechazó la Ponencia una enmienda que proponía la posibilidad de redimir el derecho de superficie, consolidando a favor del superficiario el dominio del suelo y suelo, por considerar que

«... era contrario a los principios y supuestos bajo los que se pretendía configurar este derecho.»

Desde dichos presupuestos legales, claramente afirmados por la interpretación auténtica, es dudoso que pueda pactarse en el contrato puro de superficie la inversión del principio de accesión a favor del superficiario, dado además el fortalecimiento de dicho principio en la reforma del Código Civil de 7 de julio de 1981 antes citada.

También parece dudosa la compatibilidad del derecho de superficie con un pacto de arrendamiento financiero, puesto que es esencial a este contrato el establecimiento de una opción final de compra por un valor residual de la construcción (art. 19 del Real Decreto-ley 15/1977, de 25 de febrero y art. 2.º del Real Decreto 1.669/1980, de 31 de julio) y ya hemos visto como en el derecho de superficie urbanístico la construcción se adquiere gratuitamente al término de duración del derecho de superficie constituido. Además, hay que tener en cuenta que el ejercicio de la opción de compra es potestativo del arrendatario en las operaciones de arrendamiento financiero (art. 25.5 del citado Real Decreto-ley).

Sin embargo, estima el Letrado que suscribe, que ambos derechos *podrían compatibilizarse*, teniendo en cuenta que según el artículo 173.4 de la Ley del Suelo cabe que, por causa distinta a la extinción por incumplimiento del superficiario del plazo de construcción o transcurso del término de duración del derecho, *puedan reunirse en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario*. Se produciría entonces la extinción del derecho de superficie por consolidación o confusión, y ésta es posible, pues la Ley no distingue, tanto a favor de un tercero como del propietario del suelo o el superficiario.

Así, siendo enajenable el derecho de superficie y la construcción realizada, por el superficiario (art. 171.1 de la Ley del Suelo), así como el dominio del suelo, ambos dominios pueden reunirse sin duda en una tercera persona.

De igual forma puede el superficiario adquirir el dominio del suelo de su titular, voluntariamente, puesto que no cabe la redención.

Y también puede el dueño del suelo *anticipar la adquisición de la construcción*, con carácter oneroso, al transcurso del plazo de duración del derecho, *puesto que la adquisición gratuita sólo se produce necesariamente si dicho plazo se agota*. El establecimiento de un pacto de esta clase debe reputarse lícito, pues no contradice ni la letra ni el espíritu de la institución, y en el mismo cabría incluso acordar la inversión del principio de accesión para el supuesto de incumplimiento por el propietario del suelo.

En consecuencia se estima posible articular una operación de este tipo sobre el siguiente esquema:

- Constitución de un derecho de superficie a favor de la S. de L., que puede hacerse gratuitamente (art. 172 de la Ley del Suelo) y por un plazo determinado. El plazo de construcción no precisa pacto expreso cuando se derive de la normativa urbanística, salvo que se pretenda uno de inferior duración al señalado por el planeamiento, y sería prorrogable por causa justificada y con autorización, en su caso, de los órganos urbanísticos.

- Contratación de arrendamiento financiero de la construcción que se realice por la S. de L., siempre con un plazo de amortización inferior al de duración del derecho de superficie, siendo posible por tanto suscribir la correspondiente opción de compra. En este contrato cabría precisar cuestiones como la adquisición pactada del suelo por incumplimiento del propietario del suelo.

Las cuestiones de compatibilización de ambos derechos, no encuentran obstáculo insuperable en la normativa que hemos analizado, aunque posiblemente sería conveniente que fuesen precisadas en una norma de rango reglamentario.

2.3.2. *El censo enfitéutico*

La figura del censo enfitéutico, basada en la división de dominio directo y dominio útil, ambos inscribibles en el Registro de la Propiedad, pero que realmente consiste en una mera transmisión de la propiedad de una finca mediante contraprestación de una pensión anual, es perfectamente aplicable a la propiedad urbana. Según PELLA este derecho ha contribuido enormemente al impulso de la edificación en Cataluña y a él se debe el crecimiento de Barcelona.

Sin embargo no parece que pueda resolver los problemas objeto de esta consulta, centrada sobre todo en garantizar el dominio de la construcción por la S. de L. para que pueda cederla en arrendamiento financiero al dueño del suelo.

En primer lugar, tanto en el censo general como en el enfitéutico, es característico de su naturaleza jurídica la *cesión perpetua o por tiempo indefinido* del inmueble (arts. 1.608 y 1.655 del Código Civil), debiendo, si fuesen temporales, estimarse arrendamientos (art. 1.655 del Código Civil), con lo que queda irresuelta la adquisición del dominio del suelo por la S. de L., que no puede por tanto transmitirlo. Siendo la cesión por tiempo indefinido es claro que el anterior dueño del suelo no puede recuperarlo a través del contrato de arrendamiento financiero.

Es cierto que cabe la redención del censo en cualquier tiempo, siempre que no se limite por pacto, pero este derecho consolida el dominio directo y útil a favor del censatario enfitauta (la S. de L.) si acudiese a esta figura; para que se produjese dicha consolidación a favor del censalista, resolviendo el problema de la recuperación del dominio útil con sus mejoras (lo construido) es necesario acudir al comiso, que tiene carácter penalizador (condición resolutoria) y no puede ser pactado. Esta consolidación cabría también a través de otro tipo de condición resolutoria, así como por renuncia del enfitauta (cuya admisibilidad se discute por la

doctrina), desvirtuando notoriamente el derecho, con peligro de nulidad o calificación jurídica diferente.

Es también requisito esencial a la constitución de este derecho el señalamiento de pensión (art. 1.629 del Código Civil) sin que pueda, a diferencia del derecho de superficie, constituirse gratuitamente.

No parece por tanto que esta figura jurídica pueda resolver la problemática que se plantea con mayor facilidad que el derecho de superficie.

2.3.3. *Derecho de levante*

En relación con el derecho de elevación o levante, que autoriza a elevar plantas sobre un edificio o a realizarlas bajo el mismo, parece obvio que se parte de la preexistencia de una construcción objeto de la propiedad del dueño del suelo o de propiedad horizontal.

Su regulación se encuentra en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario al que ya se ha hecho referencia, configurándose como un derecho a utilizar para construir el espacio aéreo situado sobre una construcción o el subsuelo de la misma. El citado precepto desarrolla dos especies de este derecho, una como variedad del derecho de superficie (apartado primero) y otra sin dicho carácter (apartado segundo).

En el supuesto de variedad del derecho de superficie es claro que se le aplicarán las reglas actualmente derivadas de la Ley del Suelo, no las establecidas en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, párrafo primero, puesto que deben estimarse modificadas por el actual Texto Refundido de aquella Ley. En consecuencia reiteramos lo indicado anteriormente para el derecho de superficie.

La segunda categoría, excluida por el artículo 16 del Reglamento Hipotecario de la normativa del derecho de superficie, es realmente un contrato de propiedad horizontal, de duración indefinida.

La aplicabilidad de ambas especies de derecho de levante al supuesto que nos ocupa es clara, pues nada impide que la construcción añadida o bajo otra ya existente o sobre la misma, sea cedida en arrendamiento financiero al dueño de ésta, pero no parece que constituya el supuesto normal de la problemática que estudiamos. No obstante, hay que tenerla en cuenta como posibilidad en algún caso concreto.

Hay que señalar que en ambas especies de este derecho es preciso constituir un régimen de propiedad horizontal que articule las relaciones jurídicas entre construcciones de distinto dueño. En el primer supuesto dicho régimen será temporal, en tanto no transcurra el plazo por el que se constituyó el derecho de superficie o en tanto se adquiere la nueva construcción por el arrendatario financiero. Adquirida la nueva construcción desaparece, en el supuesto normal, la propiedad horizontal, consoli-

dándose el dominio sobre suelo y vuelo en el primitivo propietario. La propiedad horizontal, en este primer supuesto, no incluirá entre los elementos comunes el suelo de la finca que seguirá perteneciendo al primitivo propietario.

En el segundo supuesto debe incluirse el suelo como elemento común en el Régimen de Propiedad Horizontal que se constituya, volviendo a consolidarse el dominio del suelo y la totalidad de la construcción a través del pacto de arrendamiento financiero. En este sentido entronca con la figura que seguidamente examinamos.

2.3.4. *Cesión del dominio del suelo con obligación de edificar*

Existe por último la posibilidad de acudir a la figura jurídica de cesión del dominio del suelo con la obligación de edificar en plazo determinado, que operaría como condición resolutoria, y la contraprestación de adquirir el cedente, en pago, parte de lo construido. Evidentemente, el constructor, la S. de L. en este caso, adquiere la propiedad de lo edificado y la correspondiente cuota de copropiedad del suelo puesto que su articulación sería también, como en los casos del epígrafe anterior, la constitución temporal de una propiedad horizontal. Lógicamente habría de suscribirse simultáneamente un contrato de arrendamiento financiero por el que el cedente del suelo para edificar volviese a consolidar el dominio total del inmueble en su momento.

Esta figura jurídica carece de las limitaciones legales a que está sujeto el derecho de superficie, pero en realidad opera de la misma forma que la variedad o especie de éste regulada en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, al derivar en un Régimen de Propiedad Horizontal, siquiera de carácter temporal dada su combinación con el arrendamiento financiero. Es indudable, no obstante, que al transmitirse el dominio del suelo queda excluido de las normas rígidas señaladas en la Ley del Suelo. De esta forma no ofrece duda que el plazo de construcción puede pactarse al margen de la normativa urbanística —si bien no hay que olvidar que ésta obligará en todo caso, con la consiguiente posibilidad de prórroga ya aludida— y con fórmulas flexibles como puede ser su iniciación a partir de la obtención de la licencia de construcción. De igual forma puede pactarse la adquisición por la S. de L. del dominio total de suelo y vuelo en caso de incumplimiento por el cedente-arrendatario.

2.4. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta el objetivo práctico de este estudio, parece lo más prudente ceñirse, como hemos hecho, a las figuras jurídicas legalmente

admitidas, sobre todo teniendo en cuenta la corriente doctrinal dominante (J. GONZÁLEZ, ROCA SASTRE, etc.), que rechaza la autonomía de la voluntad en la creación y configuración de derechos reales. Los sistemas jurídicos en que generalmente se admite la doctrina contraria, como el francés, no pueden por ello facilitar soluciones útiles. La legislación francesa que se ha manejado para contrastar este estudio se limita a utilizar el censo enfiteútico y a articular un rudimentario derecho de superficie, a partir de los cuales se ha de desenvolver la autonomía de la voluntad de los interesados.

Partiendo de tal premisa y como conclusión, estima el Letrado que suscribe que cualquiera de las figuras estudiadas, salvo el censo enfiteútico, podrían resolver los problemas planteados en este estudio, con preferencia el derecho de superficie en su doble modalidad, pura o como derecho de levante, dada la posibilidad de su constitución con carácter gratuito eludiendo por tanto la necesidad de ceder en pago parte de lo construido. La utilización de dicha institución jurídica puede hacerse partiendo de la normativa vigente, la de la Ley del Suelo, en la forma que se ha especificado en el epígrafe 2.3.1, pero, no obstante, la cuestión quedaría más expedita si pudiese gestionarse una norma general que no tiene que tener necesariamente rango de Ley, sino mero carácter reglamentario, Real Decreto por tanto y si se considerase que su objetivo es simplemente aclaratorio, como en definitiva estima el que suscribe, Orden Ministerial. Con independencia de lo dicho, entendemos que deberían incorporarse las correspondientes modificaciones al Reglamento Hipotecario como se ha hecho en otras ocasiones con figuras acuñadas por la práctica.

Ciñéndonos a lo expuesto, en el siguiente apartado se desarrolla un modelo de contrato sobre la base del derecho de superficie.

3. MODELO DE CONTRATO QUE SE PROPONE

El modelo de contrato que se inserta a continuación, desarrolla el supuesto propuesto por A., S. A. sobre los siguientes datos:

- Edificio a construir según memoria con un presupuesto de cincuenta millones de pesetas.
- Solar con un valor teórico de 10.000.000 de pesetas.
- Plazo del arrendamiento financiero, siete años.
- Valor residual de un 2 %: se cifra en 2.016.000 pesetas.
- Valor del arrendamiento: 1.200.000 pesetas/mes durante ochenta y cuatro meses.
- Duración de la construcción, diez meses.

CONTRATO DE CESION DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE LA CONSTRUCCION RESULTANTE

En Madrid, a

Ante mí don... Notario...

COMPARECEN:

De una parte don... mayor de edad, etc....

Y de otra don... mayor de edad, etc....

El primero en su propio nombre y derecho y el segundo como Consejero-Delegado de A., S. A. (LEASING), constituida por escritura...

Su representación resulta de... que uno a la presente para testimoniar en sus copias.

Tienen a mi juicio capacidad legal suficiente para otorgar esta escritura de cesión del derecho de superficie y arrendamiento financiero de la construcción resultante.

EXPONEN:

I. Que don... es dueño de la siguiente finca:

«Solar en Madrid, calle... n.º..., de... metros cuadrados de superficie, etc.»

Fue adquirido por don... por compra mediante escritura...

Libre de cargas y gravámenes.

Su valor es de 3.000.000 de pesetas.

II. Según cédula urbanística expedida por la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid el..., sobre dicho solar puede construirse una edificación de cinco plantas, con destino a locales comerciales y oficinas, de acuerdo con el Plan Parcial de Ordenación del Polígono... aprobado el...; dicha construcción habrá de iniciarse en el plazo de cinco años a partir de la aprobación de la normativa urbanística indicada y continuarse a ritmo normal hasta su terminación. Copia de dicha cédula urbanística, adverbada por mí, que ha sido aportada por don..., se une a esta matriz para ser testimoniada en sus copias.

III. Y habiendo convenido los comparecientes, el segundo en la representación que ostenta, la concesión de un derecho de superficie sobre el solar indicado en el expositivo I y el arrendamiento financiero de la construcción a realizar en el mismo, al efecto,

OTORGAN:

Primera.—Don... cede a A., S. A., con carácter gratuito, el derecho de superficie sobre el solar descrito en el expositivo I de esta escritura, con destino a la construcción de un edificio para locales comerciales y oficinas. Este derecho tendrá de duración un plazo de diez años, transcurridos los cuales lo edificado en el descrito solar, pasará a ser propiedad de don..., sin derecho a indemnización alguna para el superficiario, cancelándose todos los derechos reales y personales impuestos por éste.

Segunda.—El superficiario se obliga a construir en el solar descrito un edificio de las siguientes características, según proyecto propiedad de don..., que lo aporta, redactado por el Arquitecto don..., que se une a la presente:

(... características del Proyecto...)

El presupuesto de construcción según dicho Proyecto es de 50 millones de pesetas.

El indicado proyecto cuenta con licencia municipal de construcción, concedida por el Ayuntamiento de Madrid el..., expediente n.º..., y por tanto en plena vigencia, de la que se une copia adverada por mí a la presente, aportada por don...

Tercera.—La construcción para la que se concede el derecho de superficie indicado, habrá de realizarse en el plazo máximo de dos años, contados a partir del presente otorgamiento.

Ahora bien, el indicado plazo deberá prorrogarse por justa causa, fuerza mayor o imposibilidad de cumplimiento por causas ajenas a la voluntad del superficiario, con el límite señalado en la normativa urbanística que resulta de la cédula reseñada en el expositivo II de esta escritura. Para la justificación de dichas causas, las partes, con renuncia a la jurisdicción de los Tribunales, acuerdan someter al arbitraje privado la determinación de su concurrencia, debiendo actuar como Arbitro, que fallará con arreglo a su leal saber y entender, un Perito, Doctor Arquitecto, designado de mutuo acuerdo por los contratantes, previa insaculación de seis nombres.

Asimismo, cabrán las prórrogas de los plazos señalados en la normativa urbanística por las causas establecidas en los artículos 154 y siguientes del vigente Texto Refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, siempre que sean autorizadas por los órganos urbanísticos competentes.

Los nuevos plazos, una vez acordados o concedidos, en su caso, habrán de hacerse constar en escritura pública para su inscripción en el Registro de la Propiedad, sin que ello constituya novación de la concesión del derecho de superficie.

Cuarta.—El superficiario podrá verificar actos de enajenación y gravamen de su derecho, aunque no hubiese iniciado la edificación.

Quinta.—Si por cualquier causa que no sea la extinción del derecho de superficie por transcurso del plazo de su duración, se reunieren en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, los derechos reales que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente.

Sexta.—El derecho de superficie concedido deberá ser inscrito en el Registro de la Propiedad para su eficaz constitución.

Séptima.—Por su parte, A., S. A., cede a don..., en arrendamiento financiero, conforme se regula en el Real Decreto-ley 15 de 1977, de 25 de febrero, y Real Decreto 1.689 de 1980, de 31 de julio, y disposiciones concordantes, la construcción objeto de este contrato, por un plazo de siete años, señalándose una cuota mensual de 1.200.000 pesetas, a pagar por don... por meses vencidos y una opción de compra al término de dicho período, por un precio de 2.016.000 pesetas.

Dicho arrendamiento financiero se perfeccionará en el mismo momento de inscribirse en el Registro de la Propiedad la declaración de obra nueva terminada, iniciándose en dicho momento el cómputo del primer mes a efectos de pago de la cuota de arrendamiento.

Octava.—Como garantías del pago de las cuotas del arrendamiento, se establecen las siguientes:

1.^a El compromiso de venta forzosa que adquiere don... en favor de A., S. A., del solar sobre el que se concede el derecho de superficie y se realizará la construcción cedida en *leasing*, totalmente libre de cargas, a cuyo efecto se señala como precio el de 3.000.000 de pesetas designado como valor del solar en el expositivo I de esta escritura. Podrá efectuarse dicha venta forzosa en el momento en que deje de abonarse una de las cuotas de arrendamiento, realizándose el pago por entregas parciales iguales, sin acumulación de intereses, en tantos meses como

cuotas de arrendamiento resten por satisfacer, liberándose previamente, con cargo al precio, las cargas que pudieran haberse impuesto sobre el solar por el dueño del mismo.

2.^a Asimismo, la falta de pago de cualquier cuota mensual o del precio residual señalado para la opción de compra, dará lugar a la resolución del contrato de arrendamiento financiado, haciendo suyas A., S. A., las cuotas percibidas.

El arrendatario podrá evitar la resolución y venta forzosa pagando lo adeudado aún después de vencido el plazo, siempre que no haya sido requerido para ello por acta notarial y transcurrido el plazo reglamentario para contestarla, sin haber efectuado el pago.

Novena.—A los exclusivos efectos del compromiso de venta forzosa establecido en la cláusula anterior, don... otorga mandato irrevocable a A., S. A., para cuyo ejercicio deberá justificar el requerimiento notarial y la falta de pago, dentro del plazo de contestación indicado en el párrafo último de dicha cláusula, que habrán de recogerse íntegramente en la escritura correspondiente.

Décima.—Los otorgantes convienen y solicitan la inscripción en el Registro de la Propiedad de los pactos consignados en esta escritura.

Undécima.—Todos los gastos, arbitrios, contribuciones e impuestos derivados de esta escritura o que por razón de los pactos contenidos en la misma procedan, serán de cuenta de las partes con arreglo a la Ley.

Los derivados de la condición resolutoria y la cancelación en su día serán de cuenta del arrendatario.

Se hace constar que la transmisión del edificio al término del arrendamiento financiero, no está sujeta al impuesto de transmisiones patrimoniales por constituir acto habitual de la sociedad transmitente, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.º-5 del Reglamento de Impuesto, ni, por igual razón, la condición resolutoria establecida en la cláusula octava de esta escritura.

Así lo otorgan...

4. COMENTARIOS AL MODELO DE CONTRATO PROPUESTO

El contrato que se propone, transcrito en el epígrafe anterior, regula las dos relaciones contractuales, en primer lugar la cesión del derecho de superficie, y en segundo el arrendamiento financiero de la construcción.

La regulación del derecho de superficie se efectúa sobre las bases mínimas exigidas por la Ley del Suelo como garantías del *dominus soli*, pero se hace especial hincapié en las garantías del superficiario.

Especialmente se cuida que la construcción que se compromete a realizar el superficiario se adecúe a la normativa urbanística y para ello se pide al dueño del suelo la aportación de la cédula urbanística y de la licencia de construcción de un Proyecto encargado por él, supuesto que parece lógico puesto que va a adquirir la construcción resultante.

Asimismo se toman las precauciones adecuadas en cuanto al plazo de construcción, que es condición determinante en el derecho de superficie, pues su incumplimiento extingue el derecho sin indemnización para el superficiario, según hemos expuesto. Por ello se establece un plazo de dos años prorrogable por los procedimientos indicados en la cláusula tercera, a pesar de que se parte de una previsión de diez meses; se hace así para prever cualquier eventualidad y retraso corrientes en las obras. Al establecerse dos años prorrogables incluso sin intervención del dueño del suelo, parece sobradamente garantizado el superficiario, evitándose la caducidad automática del derecho de superficie.

La duración del derecho de superficie se establece en diez años a fin de que sea superior a la duración del contrato de *leasing*. De ninguna forma puede coincidir con la duración de este contrato, pues se perdería el valor o precio residual, ya que a la terminación del plazo por el que se concede el derecho de superficie, el dueño del suelo hace suya la construcción sin indemnización.

La única manera de compatibilizar los dos contratos es prever una adquisición anticipada a la terminación de dicho plazo, que de esta forma puede ser onerosa. En otro caso sería nula por ir contra la normativa del derecho de superficie.

Las cláusulas octava y novena garantizan sobradamente la adquisición del suelo por el superficiario —la S. de L.— en caso de fallar el pago de una cuota y en cualquier caso, en opinión del que suscribe, mejor que una opción de compra, por las siguientes razones:

- En primer lugar se establece la resolución por falta de pago de una cuota, con lo cual la S. de L. hace suyas las cuotas ya percibidas (cláusula octava, garantía 2.^a).
- En cuanto al solar, se establece un compromiso de venta forzosa que se puede hacer efectivo por la S. de L. al fallar el pago de una cuota con facilidad, puesto que en la cláusula novena se le otorga a estos efectos un mandato irrevocable por el dueño del suelo. La adquisición se haría por un valor inferior al teórico, que podría ser el indicado de 3.000.000 de pesetas, en el que se valora el solar en la escritura. La adquisición se hace además en tantos plazos como cuotas falten por pagar del arrendamiento financiero y sin intereses. Por otra parte, el precio indicado responde de las

cargas que haya podido imponer el dueño del suelo. Para ello únicamente hay que justificar la falta de pago en el plazo de contestación al requerimiento notarial que ha de hacerse cuando se produzca el impago de una cuota; hecho esto, puede otorgarse la escritura por la propia S. de L. a su favor, reteniendo el importe de las cargas que pueda haber impuesto el dueño del suelo.

Expositivo I.—La estabilidad de las complejas relaciones jurídicas que se establecen en el contrato, aconseja operar con las mayores garantías en cuanto a la edificabilidad y características de la edificación permitida en el terreno base de la contratación. Por ello debe ser siempre un solar edificable, de características urbanísticas perfectamente claras y libre de cargas.

La libertad de cargas y gravámenes ha de exigirse en sentido amplio. Según GULLÓN BALLESTEROS existe una obligación del concedente de dejar el terreno apto para la construcción. Si en el mismo existen obras, plantaciones, etc., que la dificulten o la impidan, los destruirá en la medida que reclame la superficie. Los gastos que se originen por este motivo serán satisfechos por el propietario del suelo, y no por el superficiario, ya que sobre aquél pesa la obligación de proporcionar el objeto del derecho real en condiciones de servir al uso a que se le destina.

Se plantea el problema de la constitución de gravámenes por el propietario del suelo después de conceder el derecho de superficie. Es obvio que este derecho lo mantiene el *dominus soli* si no se prohibiese contractualmente y hay que tener en cuenta que el pacto de prohibición de la constitución de gravámenes, como la prohibición de enajenar, no se consideran inscribibles en el Registro de la Propiedad. Claro que, tratándose del derecho de superficie posiblemente debería revisarse esa doctrina, puesto que dicho derecho, que se mantiene durante el tiempo en que se es titular de la propiedad superficiaria, lleva implícito el goce pacífico del mismo, a lo que se opondría la disponibilidad indiscriminada del suelo por parte de su propietario. Se trata por tanto de una cuestión muy conflictiva, por ello en la cláusula octava del contrato se incluye el compromiso de venta forzosa libre de cargas, autorizando la liberación de gravámenes con cargo al precio pactado.

Expositivo II.—Se trata de determinar en el mismo las condiciones legales señaladas para la edificación con las mayores garantías de certeza—certeza no muy frecuente, dada la complicada situación urbanística, con revisión y adaptación general del planeamiento a la nueva Ley del Suelo—, teniendo en cuenta la capital importancia que reviste en el derecho de superficie la construcción dentro del plazo pactado. La situación óptima de partida es el suelo urbano, debidamente urbanizado y sin obli-

gaciones urbanísticas pendientes, es decir, el solar como ya se ha indicado. Por ello es conveniente partir de un documento oficial que especifique la situación urbanística del terreno, que puede ser la «cédula urbanística» regulada por el artículo 63 de la Ley del Suelo vigente, o bien una certificación administrativa, dado que dicha cédula urbanística únicamente es de creación obligatoria para los Ayuntamientos en polígonos en vías de urbanización. De dicho documento debe resultar la condición de solar del terreno, sin obligaciones urbanísticas pendientes (como cesiones de suelo para viales, equipamiento y zonas verdes, obras de urbanización, etc.), aunque no se descarta que pueda operarse también en terrenos de este tipo bajo condiciones muy estudiadas y específicas.

Según el artículo 168.3 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico (Real Decreto 2.159/1978, de 23 de junio), la cédula urbanística deberá especificar:

- a) Situación de la finca, con expresión de sus linderos y si está o no edificada.
- b) Plan de Ordenación o Norma Complementaria o Subsidiaria por cuyas determinaciones se encuentra afectada y fecha de aprobación.
- c) Clase y categoría de suelo en la que se halla enclavado, determinación clave en orden a la condición de solar.
-
-
- e) Uso e intensidad que tenga atribuida por el Plan o Normas (fundamental a efectos de concretar la posible construcción).

De dicha cédula urbanística resultará por tanto el Plan de Ordenación, Normas, Ordenanzas, etc., y su fecha de aprobación, que se prevé consignar en este expositivo II del contrato.

También deberá resultar de la misma cédula el plazo de construcción obligatorio, si está determinado. Este plazo puede ser reducido en el contrato, pero no ampliado, salvo que medie prórroga debidamente concedida (art. 173.1 de la Ley del Suelo). La cuestión de los plazos de edificación se regula en la vigente Ley del Suelo en sus artículos 154 y ss. En realidad la Ley únicamente señala plazos para «iniciar» la edificación —si no lo determina el Plan de Ordenación, será de dos años a partir del momento en que la parcela merezca la calificación de solar, o sea cuando esté urbanizada—. Sin embargo, los Planes de Ordenación y demás instrumentos de planeamiento y su ejecución (Proyectos de Reparcelación, Compensación, etc.), pueden señalar también plazos de terminación, según resulta de algunas disposiciones especiales como la Ley de 3 de diciembre de 1953 (Ley Castellana), cuyo artículo 5.º lo prevé expresa-

mente. Pues bien, el artículo 155 de la Ley del Suelo señala las circunstancias en que procede la prórroga por uno, dos o más años, y el Organismo que puede concederla, según su duración (Ayuntamiento, Comisión Provincial de Urbanismo y Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, respectivamente).

Parece lógico, por último, que el propietario del suelo sea quien justifique la aptitud del mismo para la edificación que se pretende, por ello se ha previsto la aportación por dicho propietario de la referida «cédula urbanística».

Cláusula primera.—El derecho de superficie no tiene limitaciones de uso en cuanto a la construcción, siempre que sea la prevista en la normativa urbanística (art. 171.1 de la Ley del Suelo). No cabe, en cambio, la cesión del arrendamiento financiero para construcciones destinadas a viviendas. Dada la redacción del artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, no cabría el arrendamiento financiero de las plantas comerciales de un edificio de uso mixto si contiene el de vivienda.

El plazo máximo de duración entre particulares del derecho de superficie es de noventa y nueve años (art. 173.1 de la Ley del Suelo). En todo caso el señalado en el contrato debe ser superior al período del arrendamiento financiero, a fin de que pueda formalizarse este pacto como adquisición voluntaria y anticipada de la construcción por el dueño del suelo, ya que si concluye el plazo señalado para el derecho de superficie, la adquisición de lo edificado por el dueño del suelo es de carácter gratuito (artículo 173.2 de la Ley del Suelo). La extinción de derechos reales y personales la establece el artículo 173.3 de dicha Ley.

Cláusula segunda.—La determinación de las características de la edificación a construir es sustancial en el derecho de superficie, que se constituye para esto, es decir para construir, en la forma prevista en el planeamiento (art. 171.1 de la Ley del Suelo). Según el artículo 16 del Reglamento Hipotecario debe establecerse, además del plazo de construcción, las características generales de la obra, su destino y el costo del presupuesto de construcción. Evidentemente, la mejor forma de concretar dichas circunstancias es contar con un proyecto de construcción que debe incorporarse al contrato, si bien no basta con hacer referencia al mismo y hay que describir las características principales en la escritura. Para VENTURA-TRAVERSE, dichas características han de ser: número de plantas, viviendas —en este caso, locales de oficina o uso general de la planta correspondiente—, superficie y linderos de cada local, altura de la edificación en cada planta y superficie edificada.

La existencia de licencia de construcción para la edificación proyectada cierra el sistema de garantías sobre la adecuación a planeamiento y

características de la misma. Con un mismo planeamiento se pueden proyectar distintas construcciones, e incluso el proyecto puede no adaptarse a las normas, por eso es conveniente que exista licencia municipal de construcción para llevarlo a cabo, licencia que, además, debe estar vigente teniendo en cuenta que muchas Ordenanzas Municipales de Construcción señalan para las mismas un plazo de caducidad (seis meses en las de Madrid y otras muchas).

Por otra parte, la fecha de concesión de licencia es muchas veces determinante de la iniciación de los plazos de construcción, cuestión como hemos visto fundamental en este contrato.

Cláusula tercera.—Dada la importancia del plazo de construcción, es también necesario prever los supuestos de prórroga. El plazo que se hace constar en la cláusula tercera se supone inferior al legalmente establecido en el planeamiento, por ello cabe, dentro de dicho límite legal, prever voluntariamente su prórroga por causa justificada. Contractualmente se señala la obligación de prorrogar dicho plazo por justa causa, fuerza mayor o imposibilidad y a fin de hacer efectiva dicha obligación se ha previsto el dictamen previo de un Perito designado por ambas partes.

Cuando las prórrogas necesarias superen el plazo legal habrá que acudir a los órganos urbanísticos competentes para otorgarlas, según se ha indicado anteriormente. Como los supuestos legales previstos para la concesión de dichas prórrogas pueden reconducirse a justa causa (art. 155.2 de la Ley del Suelo) no parece exigible la conformidad para solicitarlas del propietario del suelo.

Parece obligado que la modificación del plazo se inscriba en el Registro de la Propiedad, puesto que constituye determinación esencial del derecho, pero, previstas las prórrogas en el contrato, hay que dejar constancia de que se trata de la misma concesión y no de una nueva.

Cláusula cuarta.—Esta facultad resulta del artículo 171.2 de la Ley del Suelo, aunque puede ser limitada contractualmente.

Cláusula quinta.—Su contenido se deriva del artículo 173.4 de la Ley del Suelo, que expresamente lo determina.

Cláusula sexta.—Lo establece el artículo 172.2 de la Ley del Suelo, con carácter constitutivo del derecho. Siendo tan poco usual el derecho de superficie se debe consignar en el contrato, como el tratamiento de los gravámenes de la cláusula anterior.

Cláusula séptima.—El pacto es inscribible, conforme al artículo segundo de la Ley Hipotecaria, si el arrendamiento fuese por más de seis años o se hubiese convenido entre las partes, convenio que se establece

en la cláusula décima del contrato. Con esto se ahorra la discusión sobre si el arrendamiento financiero constituye un nuevo derecho real, al que no sería aplicable aquella limitación de plazo para acceder al Registro.

Cláusula octava.—Las dos garantías que se establecen son necesarias, la primera para facilitar a la S. de L. la adquisición del suelo; la segunda para resolver el contrato de arrendamiento financiero.

Es conveniente hacer constar en esta cláusula que el compromiso de venta es «libre de cargas» y que las que se hayan impuesto por el dueño del suelo se liberarán con cargo al precio señalado.

Parece obligado prever la posibilidad de impedir la resolución y venta forzosa mediante el pago de las cuotas, ya que este pago es el objetivo que se pretende y es de aplicación en el arrendamiento normal.

Cláusula novena.—Es el único procedimiento eficaz para hacer efectivo el compromiso de venta forzosa de la cláusula anterior (art. 234.1.º del Reglamento Hipotecario).

Cláusula décima.—Ya hemos indicado la conveniencia de consignar este pacto si el arrendamiento financiero es por plazo inferior a seis años (artículo 2.º de la Ley Hipotecaria).

Cláusula undécima.—En cuanto al arbitrio sobre incremento del valor de los terrenos —Plus valía— se rige por el Real Decreto 3.250/1976, de 30 de diciembre, modificado por el Real Decreto-ley 15/1978, de 1 de junio, y la Ordenanza General aprobada por Orden de 20 de diciembre de 1978, en cuanto a capitales de provincia y ciudades de más de 20.000 habitantes, salvo Madrid y Barcelona que tienen su propio régimen, vigente hasta que se revise la legislación local especial de ambas, si bien coincide con la normativa general indicada. El sujeto pasivo es el adquirente cuando lo es a título lucrativo como sería el caso (art. 7.º b de la Ordenanza de 1978).

Al tratarse de un derecho de superficie temporal, la base imponible será un 10 por 100 por cada cinco años, sin exceder del 70 por 100 del incremento de valor (diferencia entre el valor de adquisición y el valor final). El sistema es el mismo señalado en el Impuesto de Sucesiones (Texto Refundido de 6 de junio de 1967, art. 70.10).

En cuanto a Transmisiones Patrimoniales, según el Reglamento vigente (Real Decreto 3.494/1981, de 29 de diciembre), el obligado al pago es aquel a cuyo favor se constituye el derecho real de superficie (artículo 8.º, a) y c)).

La adquisición derivada del arrendamiento financiero no está sujeta, conforme resulta del artículo 7.º-5 del citado Reglamento.

Hay que entender derogada la exención de la adquisición del derecho de superficie por la S. de L., que resultaba del artículo 26.3 del Real Decreto-ley 15/1977, de 25 de febrero, por la nueva normativa del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales constituida por la Ley 2/1980, de 21 de junio, y el Reglamento de 1981 antes citado, puesto que no se recoge expresamente.

La condición resolutoria y su cancelación están exentas del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales a tenor del artículo 7.º-3 del Reglamento de 1981, por constituir más bien un supuesto de no sujeción.

Hay que hacer constar, por último, que redactado el modelo de contrato desde el punto de vista de la S. de L., no se ha previsto ningún procedimiento para la declaración de extinción del derecho de superficie por incumplimiento del deber de edificar en el plazo establecido. Este procedimiento no lo señala la Ley y en general se sujeta a la fórmula siguiente:

«Si transcurridos los dos años fijados para la edificación, y las prórrogas establecidas en su caso, no constare en el Registro de la Propiedad inscrita la declaración de obra nueva terminada de la edificación convenida, don... podrá solicitar mediante la presentación de copia de esta escritura que se cancele el derecho de superficie concedido, sin que proceda indemnizar al superficiario cualquiera que sea el estado de la edificación. Los derechos reales sobre el mismo constituidos, quedarán subsistentes. La petición de cancelación se hará por acta notarial que se acompañará a la copia de la presente.»

Dicha cláusula se entiende que opera como condición resolutoria y es aplicable el artículo 56 del Reglamento Hipotecario. Ahora bien, para ROCA SASTRE debe establecerse expresamente en el contrato para su eficacia, por lo que, tratándose de una garantía para el dueño del suelo, no la hemos incluido, aunque no debe descartarse que así lo interese la otra parte.

* * *

No obstante, someto lo expuesto a cualquier criterio mejor fundado. Madrid, 4 de agosto de 1983.

FRANCISCO JAVIER DÍEZ MONTERO
Abogado

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR ABELARDO GIL MARQUÉS

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ARRENDAMIENTOS URBANOS. VENTA DE LA MITAD INDIVISA DE UN PISO POR UN CONDUEÑO A OTRO. NO SE REQUIERE PARA LA INSCRIPCIÓN DE ESTA TRANSMISIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD LA NOTIFICACIÓN AL INQUILINO QUE CONTEMPLAN LOS ARTÍCULOS 47 Y 48 DE LA LEY.

Resolución de 30 de enero de 1980 (B. O. del E. del día 13 de febrero).

Antecedentes.—Por escritura de 30 de enero de 1978, autorizada por el Notario recurrente, don José-Carlos Avendaño Vázquez vendió a doña Matilde-Antonia Avendaño Vázquez, casada con don Francisco Arias Mora, la mitad indivisa, entre otras, de una finca urbana arrendada, y cuya otra mitad pertenecía ya a la compradora, según consta en dicha escritura.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito el precedente documento en cuanto a las fincas números 1 y 2 en los tomos 270 y 367 del archivo, Libros 32 y 46 de Porriño, folios 75 vuelto y 104, respectivamente, fincas 2.664 y 4.019, inscripciones 6.ª y 4.ª, y suspendida la inscripción de la finca señalada con el número 3 por el defecto subsanable de no justificarse que hayan tenido lugar las notificaciones prevenidas en los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tomando en su lugar anotación preventiva de suspensión por término de ciento ochenta días naturales, al amparo del artículo 55 de dicha Ley.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que los derechos de tanteo y retracto establecidos, respectivamente, por los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a favor del inquilino o arrendatario y que la jurisprudencia ha extendido también al supuesto de venta por el propietario de una cuota indivisa, entran en colisión, en los supuestos de enajenación por un comunero de su cuota indivisa en el dominio de un piso a persona extraña, con el derecho de retracto que el artículo 1.522 del Código Civil concede a los comuneros, colisión que resuelve el artículo 50 de aquella ley al decir que «el derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, con excepción del de retracto reconocido al condueño de la vivienda...»; que las notificaciones a que se refiere el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos permiten al inquilino o arrendatario «con derecho» a ejercitar el tanteo o retracto, el conocimiento de la transmisión proyectada o realizada y la valoración sobre el ejercicio o no de los expresados derechos; que tales notificaciones al inquilino o arrendatario sólo han de verificarse «en sus respectivos casos», según establece el citado artículo 55, es decir, sólo en los supuestos en que les correspondan los citados derechos; que no son necesarias las notificaciones de que se trata (ni, por tanto, su justificación) cuando la transmisión de que se trate no haga surgir un derecho legal de adquisición preferente que el inquilino o arrendatario pueda ejercitar potestativamente, como sucede, entre otros, en los supuestos de donación o permuta de finca arrendada, o su cesión por renta vitalicia; que precisamente un supuesto de transmisión en el cual no surge un derecho legal de adquisición para el inquilino es el de la escritura calificada, en la que un comunero transmite su mitad indivisa al otro comunero; que se ve la diferencia con el supuesto de enajenación por un comunero de toda su cuota indivisa o parte de ella a una persona extraña, pues en este segundo caso al inquilino corresponde el tanteo y retracto, si bien con la preferencia del retracto de comuneros, que puede o no ser ejercitado; que en nuestro caso, al adquirir el pleno dominio el otro comunero, que siempre tendrá preferencia sobre el inquilino, suprimió la incertidumbre considerada anteriormente, impidiendo el nacimiento en el inquilino de la posibilidad de adquirir el derecho y ejercitar el retracto; que, en consecuencia, como en los supuestos de donación, permuta, vitalicio..., de finca arrendada, al no haber nacido la posibilidad de ejercitar el retracto, en el sentido de no corresponder al inquilino este derecho, no hay obligación de llevar a cabo, ni de justificar, las notificaciones prescritas en los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El Registrador informó: que la jurisprudencia ha entendido que los derechos de tanteo y retracto proceden en el supuesto de venta de una cuota indivisa por el propietario, de lo cual se infiere el criterio de los Tribunales en esta materia de que es a ellos a quienes compete, en el supuesto de colisión de retractos, declarar su prioridad, así como determinar si procede o no el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en todos aquellos casos dudosos que se planteen; que el problema fundamental radica en determinar si el derecho de adquisición preferente del inquilino ha nacido o no en la escritura calificada; que el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la permuta o donación de un piso no autoriza el retracto por faltar el requisito esencial para que el retracto

opere, cual es el de que la transmisión se haya verificado por título de compra o dación en pago; que la jurisprudencia, según se ha visto, habla de «no autorizarse», de «no operar» el retracto, que sí existe, que sí ha nacido, que es accionado judicialmente, pero que carece de algún requisito básico que le impide prosperar; que ello es así porque el retracto nace del contrato de arrendamiento (sentencia de 16 de diciembre de 1954), porque dada su finalidad protectora las normas que lo regulan deben interpretarse y aplicarse con un criterio extensivo (sentencia de 26 de marzo de 1960) y porque las normas arrendaticias son de carácter predominantemente imperativo o necesario; que en la transmisión discutida se dan los requisitos objetivos para que proceda el retracto, el cual corresponde al arrendatario siempre que sea único y ocupase toda la finca objeto de la venta (sentencia de 6 de junio de 1959); que el artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece que «el derecho de retracto caducará a los sesenta días naturales contados desde el siguiente a la notificación, que, en forma fehaciente, deberá hacer en todo caso el adquirente al inquilino...»; que la jurisprudencia ha determinado casuísticamente cuándo no es necesaria esta notificación, la cual no se excluye en el caso presente; que el artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sólo habla de preferencia entre retrayentes en caso de colisión de retractos ya nacidos y ejercitados y no impide el nacimiento del derecho de retracto arrendaticio por el hecho de que la venta se efectúe a un condueño, ni cierra la posibilidad de su ejercicio, sino que sólo dice que será preferente el del condueño de la vivienda transmitida, lo cual relega nuevamente el tema a los Tribunales de Justicia, a quienes compete la última decisión, siendo posible además el allanamiento del condueño con renuncia a su derecho preferente en el caso de que, por ejemplo, una oferta económica del inquilino resultase atractiva para sus intereses; que, por tanto, si existe posibilidad de ejercicio, debe notificarse y justificarse esta notificación; que la palabra «capítulo», utilizada en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, nos circunscribe a los artículos 47 a 55, y la frase «en sus respectivos casos», se refiere directamente a los artículos 47 y 48: notificación del tanteo y notificación del retracto, cuyas palabras le siguen a continuación en el texto legal y cuyas notificaciones son distintas en el tiempo, pudiendo incluso no existir la primera; que el artículo 48 exige la notificación «en todo caso»; que el arrendatario debe tener conocimiento de la venta, tanto se efectúe ésta a un condueño como a un extraño, pues los artículos 47 y 48 no distinguen y la jurisprudencia admite el retracto al enajenarse porciones indivisas de una finca; que la novedad que constituye la primera parte del artículo 55 no tiene aparentemente otra finalidad que forzar a los arrendadores transmitentes a que efectúen las notificaciones de que se trata, ya que sin ellas no gozan de los beneficios de la inscripción en el Registro; que refuerza todo lo anterior el segundo párrafo del artículo 55, que se dirige a rodear al inquilino de máximas garantías; que al Registrador no le está permitido decidir que no proceden las notificaciones de los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en base a que la venta se efectúa a un condueño, el cual tiene siempre un derecho prioritario de adquisición que no impide el nacimiento ni consiguiente ejercicio de otro derecho adquisitivo ni prioritario; que la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1961 declaró que el defecto de notificación fehaciente determina la radical ineficacia de todo asiento registral que no sea el temporal de anotación preventiva de suspensión.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota recurrida declarando que el contenido imperativo del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos excluye cualquier interpretación distinta de la que literalmente se deduce de su contexto, en el sentido de que el acceso al Registro de los documentos de adquisición de viviendas arrendadas se condiciona en todo caso e inexcusablemente a que se practiquen las aludidas notificaciones, sin que sea lícito al Notario omitirlas fundándose en que, a su parecer, el inquilino carece del derecho de ejercicio del tanteo o retracto, con lo que se arroga unas facultades definitorias de derechos atribuidos por la ley a quien, como el inquilino de la vivienda parcialmente vendida, es tercero y ajeno, por tanto, al documento otorgado, que desbordan la naturaleza y límites de la función notarial; que la copiosa jurisprudencia sobre los artículos 1.522 del Código Civil y 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos revela que no son infrecuentes las pugnas entre los diversos interesados y ello impide descalificar *a priori* a ninguno de ellos, que es lo que en sustancia se viene a pretender en el presente recurso.

Doctrina de la Dirección.—Vistos los artículos 1.522 del Código Civil; 47 a 55, inclusive, de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, y las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1957, 12 de marzo de 1963 y 16 de diciembre de 1965.

Considerando que la cuestión a tratar en este expediente es la de si para inscribir en el Registro de la Propiedad la venta de una mitad indivisa hecha por un condueño al otro de una casa arrendada en su totalidad se requiere la notificación al inquilino, que con carácter general se establece en los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, o si, por el contrario, dicha notificación no es necesaria dada la preferencia legal que para el ejercicio del derecho de adquisición tiene el condueño respecto del titular de un derecho arrendaticio.

Considerando que la finalidad perseguida por el legislador de querer evitar en lo posible las situaciones de indivisión en los supuestos de condominio de un inmueble, incluso cuando se trata de pisos o locales comerciales arrendados, aparece plasmada en el artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en donde tras establecer que el derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, señala como única excepción a esta regla general el caso de que el piso o local pertenezca a varios dueños pro-indiviso, pues entonces en la venta de la cuota hecha por un comunero a un extraño —artículo 1.522 del Código Civil— se reconoce la preferencia que sobre el inquilino tienen los demás condueños.

Considerando que en el supuesto de que el adquirente de la cuota vendida sea otro comunero, idéntico fundamento al ya señalado justifica la imposibilidad del ejercicio del derecho de tanteo o, en su caso, de retracto por el inquilino, ya que, como indica reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, antes que el acceso a la propiedad del arrendatario está el interés del que ya era propietario de una parte de la finca.

Considerando que si bien el artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece en todo caso la necesidad de notificar al inquilino la transmisión efectuada, y el artículo 53 reitera esta obligación, es lo cierto que tal exigencia ha de ser entendida dentro del contexto de la propia ley, es decir, que la notificación es siempre necesaria para todos los supuestos en que el derecho de tanteo o retracto puede operar —como podría

ser incluso si transmitida la cuota de copropiedad a un extraño, se ignora si el comunero va o no a ejercitar su derecho—, pero no en aquellos otros en los que dicho derecho queda inoperante al postergar la misma ley el del inquilino al preferente del condueño, que precisamente al haber adquirido directamente del otro comunero ha hecho ya efectiva su preferente adquisición.

Considerando que todo lo expuesto anteriormente no impide al locatario, con arreglo al artículo 66 de la Ley Hipotecaria, el acudir a los Tribunales de Justicia para contender acerca de la validez o nulidad del título origen del acto que da lugar a la inscripción pretendida.

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

COMENTARIO.—Es curioso resaltar que hasta la presente resolución, que comentamos, no se haya planteado en recurso gubernativo el problema de la necesidad o no de la notificación al arrendatario en caso de venta de cuota indivisa a otro condueño.

La cuestión, en principio, puede parecer sin importancia, pero bien leída, la resolución roza un tema tan problemático como el ámbito de actuación de la función notarial o de la calificación registral, ya que se discute si entra dentro de la actuación del Notario autorizante el hacer (o, al menos, aconsejar que se hagan) las notificaciones previstas en la Ley de Arrendamientos Urbanos en caso de colisión de retractos (el de comuneros, por una parte, y el de arrendatarios, por otra), a los que la citada ley, en su artículo 50, concede preferencia al primero.

Aquí cabe preguntarse si el Notario al omitirlas se arroga unas facultades definitorias de derechos atribuidos por la ley al inquilino, tal como afirma el auto del Presidente de la Audiencia, y si el Registrador debe inscribir la escritura de venta por entender que las normas referidas a las citadas notificaciones no son necesarias cuando la ley da preferencia a uno sobre otro.

Las posiciones en la resolución están definidas de la siguiente forma:

- El Notario mantiene que no hay obligación de hacer las notificaciones, ni de justificarlas, porque la transmisión de que se trata no hace surgir un derecho legal de adquisición preferente, como si se tratara de supuestos de donación, permuta o cesión por renta vitalicia de la finca arrendada.
- El Registrador en su informe considera que es a los Tribunales a quienes compete, en el supuesto de colisión de retractos, declarar su prioridad; que el retracto existe y que las normas de la ley son imperativas en cuanto a notificaciones, no impidiendo la venta a un condueño el nacimiento del derecho de retracto arrendaticio, ya que el artículo 50 sólo habla de preferencia entre retrayentes en el caso de colisión de retractos ya nacidos y ejercitados.
- El auto del Presidente de la Audiencia sigue el mismo criterio que el Registrador, y la Dirección revoca la nota de calificación y el auto al considerar que al quedar inoperante el derecho no es necesario notificar, sin perjuicio de que el locatario acuda a los Tribunales de Justicia para contender acerca de la validez o nulidad del título origen del acto que da lugar a la inscripción pretendida.

Un examen crítico de estas posiciones nos lleva a plantear lo que consideramos fundamental para opinar sobre la doctrina mantenida en esta resolución.

Dogmáticamente cabe distinguir entre el nacimiento de un derecho, su ejercicio y su colisión con otro derecho. En el caso planteado, no se puede negar la existencia del retracto a favor del locatario por la razón de que este derecho existe en virtud del contrato de arrendamiento y tiene su origen en la ley que lo configura y regula. El derecho de adquisición preferente existe, lo que ocurre es que se encuentra con otro derecho de igual calidad al que la ley declara preferente. El arrendatario puede ejercitar su derecho, pero si la venta de cuota indivisa no adolece de vicios que puedan afectar a su existencia o validez, ante la preferencia legal que se concede al de comuneros, el del locatario queda vencido.

Esta parece la posición más lógica en el nacimiento y la dinámica del derecho. La posición mantenida por el Notario de que carece de base objetiva para el nacimiento del derecho, no creo que en rigor pueda mantenerse. Sin embargo, la Dirección le da la razón revocando el auto presidencial y la nota del Registrador. Pero hay un matiz en la doctrina de la Dirección que la separa del escrito del recurso. La Dirección no se atreve a decir que el derecho no existe. Considera que la notificación es siempre necesaria para los supuestos en los que el derecho de tanteo o retracto puedan operar, pero no en aquellos otros en los que dichos derechos quedan inoperantes al postergar la misma ley el del inquilino al del comunero. Es decir, no habla de que no exista el derecho; únicamente dice que el derecho no puede operar, que queda inoperante. Adelanta, quizá por un problema de economía legal, el resultado. Viene a decir que, al menos en el ámbito registral, cabe la inscripción sin notificación y que el interesado puede acudir a los Tribunales para contender acerca de la validez o nulidad del título, ya que interpretando la ley, al menos en el mundo del documento y el Registro, se llega al mismo resultado.

¿Se puede aceptar en todo esta doctrina? Hay que reconocer que la solución tiene un aspecto práctico importante, pero puede plantear dudas acerca de su acierto. Considero que existen algunas razones serias para no estar de acuerdo en todo con la resolución. Y únicamente a título de ejemplo, voy a enumerar las dos siguientes:

1.ª Los considerandos de la Dirección no se atreven a negar la existencia del derecho, ya que hablan de su inoperancia, adelantando un resultado final que normalmente será siempre el mismo: la preferencia del retracto de comuneros al del inquilino. Pero esta posición lleva implícita el considerar que el ámbito del documento y del Registro quedan al margen de la realidad procesal. Al suprimir la obligación de las notificaciones, se hace un juicio *a priori* del resultado, considerando, además, que las normas sobre esta materia, en la Ley de Arrendamientos Urbanos, no son de Derecho necesario cuando un derecho pueda ser vencido. Esta opinión, bajo el punto de vista práctico, parece lógica. Sin embargo, no lo es tanto cuando se toma como centro el ámbito de la función notarial o registral. Las desplaza a un sitio de decisión o determinación de derechos, sobre su preferencia, que no es suyo. Este adelanto de las consecuencias, en un ámbito puramente autenticador o preventivo, parece dudoso. La resolución, en el último considerando, remite, con arreglo al artículo 66 de la Ley Hipotecaria, a la posibilidad, general para todos los supuestos, de acudir a los Tribunales para discutir sobre la validez o nulidad del título. Pero en realidad no

aporta nada nuevo, ya que en cualquier caso se puede hacer lo mismo. Lo que interesaba era dar solución a un caso concreto, que, por otra razón que expongo a continuación, requería una salida más adecuada al espíritu de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

2.ª Decía antes que la actuación notarial o registral se encuentra en el mundo de la función autenticadora o preventiva, y en este supuesto de la resolución se ha dado un paso para determinar la preferencia de dos derechos, no en la contienda de éstos, sino *a priori*. Parece ser que la Dirección ha pensado que si el retracto legal se da en todo caso contra el tercer adquirente (art. 37 de la Ley Hipotecaria), y el artículo 66 de la misma ley declara que siempre se podrá contender sobre la validez o nulidad del título, no cabe poner obstáculos a la inscripción de venta de cuota indivisa sin necesidad de las notificaciones.

Ahora bien, ¿se limita el juego de las notificaciones a los derechos de tanteo y retracto?

Para aclarar este punto tenemos que acudir a estudiar las posibles acciones que le corresponden al arrendatario para atacar la transmisión realizada. En primer lugar, le corresponde la acción de simulación. Lo dice el comienzo del párrafo primero del artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y esta acción se ejercita por las normas generales del Código Civil y las procesales que correspondan. En parte, sobra la declaración legal sobre esta materia, ya que siempre cabría ejercitar la acción de simulación por la doctrina general de la causa, de la nulidad, anulabilidad del negocio, etc. Pero el artículo 53, a continuación, establece una acción específica de impugnación, que se puede ejercitar en dos supuestos:

1.º Cuando se hubiera infringido el artículo 52 («El adquirente por actos *inter vivos* de una finca urbana compuesta de pisos o departamentos no podrá enajenar como fincas independientes los que al tiempo de la adquisición estuviesen arrendados hasta transcurridos cuatro años desde dicha adquisición, salvo si hubiera venido a peor fortuna»), o bien el supuesto que más interesa a este caso y que señala el citado artículo en su número 2.º: «Cuando el precio de la transmisión, incluido, en su caso, el importe de las cargas, exceda de la capitalización de la renta anual que en el momento de la transmisión pague el inquilino a los siguientes tipos: al 3 por 100 cuando hubiera ocupado la vivienda por primera vez antes de 1 de enero de 1942, y al 4,5 por 100 si lo fuera con posterioridad».

El efecto que produce la acción de impugnación, el único efecto, en el caso de que llegue a prosperar, es de que el adquirente no podrá negar la prórroga del contrato al inquilino impugnante fundándose en la causa primera del artículo 62 (cuando el arrendador necesite para sí la vivienda o local de negocio o para que los ocupen sus ascendientes o descendientes legítimos o naturales). No ataca, por tanto, esta acción la validez de la venta y se limita a impedir la denegación de la prórroga.

Para que pueda ejercitarse esta acción, el artículo 53 establece un plazo, ya que «la acción impugnatoria caducará a los sesenta días naturales, contados desde el siguiente de la notificación prevenida en el número dos del artículo 48, cuya notificación será siempre obligatoria».

El problema, por tanto, consiste en determinar si el primer párrafo del artículo 53 —el arrendatario o inquilino que cuando no hubiera ejercitado el derecho de tanteo o retracto puede impugnar la transmisión— se refiere sólo al que notificado debidamente *no lo hubiera ejercitado* o si también

puede ejercitarla cuando *no hubiera podido hacerlo*, tal como ocurre en el caso que comentamos.

Al menos, hay que reconocer que la cuestión así planteada hace surgir la duda de cómo debe interpretarse el citado artículo 53. Y teniendo en cuenta que la jurisprudencia en numerosas ocasiones ha declarado que las normas de la Ley de Arrendamientos Urbanos en esta materia son de interpretación extensiva en beneficio del locatario, es difícil mantener que en el caso de transmisión de finca por cuota indivisa no se le conceda a éste, al menos, la posibilidad de ejercitar la acción de impugnación cuando el precio de la transmisión de la cuota excede del tope legal que resulte de la capitalización de la renta anual. Tal vez por este motivo la ley insiste en la necesidad, en todo caso, de que existan las notificaciones.

Si prosperase judicialmente esta tesis, siempre serían necesarias las notificaciones, no solamente para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, sino también para contar el plazo de sesenta días naturales para ejercitar la llamada acción de impugnación, desbordando el juego de las notificaciones no sólo para el ejercicio de los derechos de preferente adquisición, sino también para poder ejercitar una acción específica señalada en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

A. G. M.

NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE PARTICIPACIÓN DE HERENCIA OTORGADA POR LOS DOS COMISARIOS DESIGNADOS EN EL TESTAMENTO, EN LA QUE ÉSTOS INTERPRETAN LA VOLUNTAD DE LA CAUSANTE EN EL SENTIDO DE QUE SÓLO LOS NIETOS EXISTENTES A SU MUERTE PUEDEN RECIBIR UN LEGADO, SIN HACER EN LA ESCRITURA DE PARTICIÓN LA RESERVA DE DERECHOS EN FAVOR DE OTROS POSIBLES BENEFICIARIOS.

Resolución de 27 de diciembre de 1982 (B. O. del E. del día 22 de enero de 1983).

Antecedentes.—Doña Josefa Barragán García falleció bajo la vigencia de su último testamento abierto otorgado ante el Notario de Constantina, don Jesús J. Roy-Zurita Muñoz, en el que establecía, entre otras disposiciones, la siguiente: «Cuarta: Lega a sus nietos Rafael, Concepción, Dionisia, Antonio y Joaquín Aguión Parrón, hijos de su mencionado hijo Rafael Aguión Barragán, así como a los demás que pudiera tener en el futuro, por iguales partes, el resto del tercio de mejora de su herencia, que recibirán en pleno dominio si premuere a la testadora su cónyuge, y su nuda propiedad si le sobrevive éste»; que por escritura autorizada por el Notario de Guadalcanal, don Luis Maíz Cal, el día 19 de junio de 1980, se llevó a efecto la partición de la herencia causada por el fallecimiento de la testadora, interviniendo en la misma tanto el cónyuge viudo como dos comisarios contadores-partidores que había designado la causante, y se adjudicaron a los cinco nietos, Rafael, Concepción, Dionisia, Antonio y Joaquín Aguión Parrón, la nuda propiedad de un inmueble de la herencia.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 3 de Sevilla copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del siguiente tenor literal: «Presentado a las diez y veinte horas del día de hoy, asiento número 3.443 del folio 240 del Diario 1-37, se deniega la inscripción solicitada de la nuda propiedad de la finca que se describe bajo el número 6 del inventario (*sic*) por el defecto insubsanable (*sic*) de no ser posible determinar el número de los nudo propietarios instituidos hasta el fallecimiento del usufructuario don Rafael Aguión Barragán (arts. 675 y 750 del Código Civil). No procede tomar anotación preventiva. Sevilla, a 7 de mayo de 1981. El Registrador. Firma ilegible».

Por el Notario autorizante de la escritura, don Luis Maíz Cal, se interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: que la nota de calificación resulta incongruente al denominar usufructuario al hijo y heredero de la causante don Rafael Aguión Barragán, pero que en aras

de la continuación del recurso deberá entenderse referida dicha expresión al hijo de la causante —único que podría proporcionar más nietos— y no al viudo de la misma; que entrando ya en el fondo del problema planteado, ha de señalarse que la partición hereditaria una vez efectuada por el comisario, causa estado, sin necesidad del requisito de la aceptación por los herederos ni de la aprobación de la misma, y pueden —según las Resoluciones de 19 de junio de 1929 y 3 de agosto de 1944— tener acceso al Registro de la Propiedad al no exigirse una demostración *a priori* de que las mismas no perjudican a los herederos, aunque si bien quedan reservadas las acciones de impugnación a los que resultaren lesionados por ella; que, en consecuencia, las particiones efectuadas por el comisario designado por el testador, crean un estado de derecho que surte efecto y son inscribibles, en tanto no sean rescindidas por los Tribunales; que para la determinación de los nudo propietarios ha de seguirse una doble línea: una, la de reunir la condición de ser nieto de la testadora, y la segunda, que consiste en vivir al tiempo del fallecimiento de la misma; que esta segunda necesidad se deriva de la interpretación normal y usual del artículo 758 del Código Civil, ya que si para calificar la capacidad del heredero o legatario ha de atenderse al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, y es el nacimiento el que determina la personalidad, del no concebido que carece de existencia alguna no puede hablarse de capacidad para suceder; que esta doctrina está sancionada por diversas decisiones jurisprudenciales, entre otras, por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1935, la cual llega a tal interpretación a través del sistema general del Código Civil y de la armónica relación de los artículos 29, 745 y 758, y siendo una clara muestra de ello el propio artículo 758, que al referirse a la institución o legado condicional exige que se atienda además al tiempo en que se cumpla la condición; que de este modo los no concebidos al tiempo de la muerte del causante sólo pueden llegar a adquirir la herencia o legado por la vía de la sustitución fideicomisaria, al amparo del artículo 781 del Código, y sin que esta interpretación pueda ser desvirtuada por aquellas sentencias del Tribunal Supremo —como las de 25 de abril de 1963 y 3 de abril de 1965— en las que, con el fin de mantener disposiciones testamentarias intrínsecamente útiles y honestas, admite la validez de la institución de personas no concebidas mediante su transformación en una sustitución fideicomisaria, siempre que concurren los requisitos de la misma, supuesto que no acontece en el presente recurso, en el que los nudo propietarios están perfectamente determinados; que el criterio sostenido por el recurrente tiene además un fundamento de carácter utilitario o funcional, y que consiste en que si se siguiera la opinión contraria ocasionaría siempre una indeterminación en todos aquellos casos de institución de heredero o de sustitución vulgar en que el testador designe a aquellos que pudieran tener en el futuro, con la grave consecuencia de tener que aplazar la partición hasta un cierto momento, consecuencias que no parecen fuesen queridas por el testador; que el evento, a que se refiere el artículo 750, ya se ha producido, al darse en los pseudopropietarios la doble circunstancia de ser nieto y estar nacidos al tiempo del fallecimiento de la testadora, y sin que sea obstáculo la posibilidad de algún otro hipotético nieto que resultase preterido en la determinación hecha por el comisario, puesto que contaría a su favor con la disposición del artículo 1.080 del Código; que en relación a la aplicación del artículo 675 del Código Civil —alegado en la nota— han de tenerse en cuenta dos precisiones: 1.º Que según diversas

resoluciones de la Dirección General, los comisarios deben hacer la partición, sin que pueda impedir ésta las dudas que surjan, de tal suerte que ante la posibilidad de varias interpretaciones a la voluntad del testador, el contador-partidor adoptará la que considere más legal y procedente. 2.º Que siguiendo el criterio de que debe prevalecer la voluntad verdadera según la propia intención que tuviera la testadora, en la partición se interpretó el testamento con sentido común, a fin de dar eficacia a la voluntad de la testadora, aunque para ello se saltase la palabra de la cláusula; que, en definitiva, de la lectura del testamento puede deducirse que difícilmente la testadora pudo pensar, en el momento del otorgamiento, que su nuera pudiese darle nuevos nietos, razón que nos obliga a entender que la expresión empleada debe su origen a la práctica testamentaria usual.

El Registrador de la Propiedad emitió el informe correspondiente, alegando: Que la nota calificatoria no es incongruente por el hecho de haberse padecido el error de denominar usufructuario al hijo de la causante, ya que al haber quedado identificado no da lugar a duda alguna; que estamos en presencia de una institución de herederos a favor de personas inciertas, cuestión que nada tiene que ver con las sustituciones fideicomisarias; que la interpretación dada a la cláusula testamentaria cuenta en su apoyo no sólo con el sentido literal de las palabras, sino que en el presente caso la intención coincide con las palabras empleadas al decir, «así como a los demás que pudiera tener en el futuro, por partes iguales»; que, en consecuencia, están instituidos también todos los demás nietos que pudiera tener en el futuro, futuro éste que comprende hasta el fallecimiento del hijo único de la testadora; que no son de tener en cuenta las consideraciones del recurrente acerca de la posibilidad de que sobrevengan nuevos nietos, ya que ésta siempre existe; que la calificación es, pues, correcta dado que se basa en la interpretación literal de la cláusula testamentaria y en el llamamiento a favor de personas inciertas, que cuando ocurra el evento, quedarán determinadas; que el supuesto que nos ocupa ha sido exhaustivamente abordado, y con uniformidad del criterio, tanto por el Tribunal Supremo como por la Dirección General, bastando citar, a modo de ejemplo, la Resolución de 16 de julio de 1975, a propósito de un expediente de dominio en el que se pretendía dejar sin efecto una cláusula similar a la que nos ocupa.

El Presidente de la Audiencia Territorial dictó auto por el que se confirmaba la nota calificatoria, alegando, entre otros fundamentos, que en la escritura de partición se hace omisión de los posibles futuros nietos claramente instituidos por la voluntad de la testadora, la cual debe ser respetada, pese a la partición en que esto se omite; que la validez de las instituciones testamentarias a favor de los *nasciturus nondum concepti* está plenamente reconocida por la jurisprudencia y doctrina, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, interpretando sistemáticamente los artículos 750, 758, 759, 779 y 781 del Código Civil, y que en estos supuestos no procede la inscripción de los derechos de nuda propiedad en situaciones afectas por una real dependencia mientras no se produzca el fallecimiento del hijo de la causante.

El Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial, alegando en su escrito análogos fundamentos a los indicados en el de interposición del recurso, y especialmente los relativos a la imposibilidad de instituir a personas no concebidas si no es a través de la figura de la sustitución fidei-

comisaria, los resultados prácticos a que daría lugar la admisión de la tesis contraria, a las facultades de interpretación del testamento por los comisarios y a la aplicación al supuesto del artículo 1.080 del Código Civil.

Doctrina de la Dirección.—Vistos los artículos 29, 30, 745, 750, 758, 781, 784, 1.056, 1.057, 1.074, 1.075 y 1.080 del Código Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1929, 18 de mayo de 1933, 7 de enero de 1942, 9 de junio de 1952, 8 de marzo de 1954, 2 de noviembre de 1957, 25 de abril de 1963 y 3 de abril de 1965, y las Resoluciones de este Centro de 27 de febrero de 1922, 23 de julio de 1925, 15 de julio de 1943, 28 de abril de 1945, 18 de diciembre de 1951, 11 de febrero de 1952, 17 de diciembre de 1955, 5 de enero de 1959, 19 de noviembre de 1960, 6 de abril de 1962 y 14 de septiembre de 1964.

Considerando que este recurso plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de partición de herencia otorgada por el cónyuge viudo de la testadora y los dos comisarios designados en el testamento, en la que éstos interpretaron la última voluntad de la causante en el sentido de que sólo los nietos existentes al fallecimiento de la testadora son quienes pueden recibir la nuda propiedad del resto del tercio de mejora legado, mientras que la nota de calificación, por el contrario, entiende que no es éste el único momento adecuado para fijar el número de los nietos favorecidos por el legado, sino que además la muerte del único hijo y heredero de la testadora, lo que todavía no ha acaecido, puede determinar algún nuevo nieto con derecho al legado.

Considerando que es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta Dirección que las particiones realizadas por el comisario o contador-partidor, al reputarse como si fueran hechas por el propio causante, son por sí solas inscribibles, sin necesidad de ser aprobadas por los herederos o legitimarios, por lo que, en principio, causan un estado de derecho que surta todos los efectos mientras no sean impugnadas.

Considerando que no obstante lo anterior, también es reiterada la jurisprudencia de este Centro de que los contadores-partidores, a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil, tienen amplias facultades para interpretar y cumplir la voluntad del testador, y al efecto pueden hacer las declaraciones unilaterales necesarias, pero, como resolvió, entre otras, la sentencia de 18 de mayo de 1933, no con su libérrimo arbitrio, sino con sujeción estricta al testamento, que constituye la norma fundamental de la sucesión, y sin que tales facultades alcancen a realizar una partición en la que presumiblemente se refleja una voluntad que no está racionalmente en concordancia con la del testador.

Considerando que, por tanto, habrá que tratar de investigar si en este caso concreto la partición verificada está en consonancia con la voluntad de la testadora, que tras legar el usufructo de una parte del tercio de mejora a su esposo, lega la nuda propiedad a los cinco nietos de su único hijo designados nominativamente que viven al otorgar su testamento, «así como a los demás que pudiera tener en el futuro», y teniendo en cuenta que al fallecer la causante no ha habido más nietos que los que específicamente había designado.

Considerando que la voluntad del causante manifestada en el testamento constituye la ley de la sucesión y autoriza al testador establecer, con tal de no traspasar los límites impuestos por el Derecho, las cláusulas que estime conveniente para la disposición de sus bienes, como es la de disociar

el usufructo de la nuda propiedad o someter la adquisición del pleno dominio de los bienes de la herencia a determinados eventos, según ocurre en los llamamientos hereditarios hechos en favor de *nondum concepti*, que cuando no revistan la forma prevista en el artículo 781 del Código Civil deben ser examinados con la máxima cautela y sin olvidar la regla general de nuestro ordenamiento jurídico de que la apertura de la sucesión es el momento en que debe apreciarse la capacidad del heredero.

Considerando que esta regla general aparece matizada por nuestra jurisprudencia —entre otras, Sentencias de 25 de abril de 1963—, en el sentido de que en nuestro Derecho positivo, y en base al artículo 745, 1.º, en relación con los 29, 30 y 758, así como 781, 783 y 785, no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de suceder *mortis causa* de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables e identificadas en su existencia real como tales personas, pues en otro caso, la institución —en este supuesto, el legado—, por ser a favor de un sujeto incierto, sería ineficaz, sin que obste a ello el que el testador los haya concretado no en forma específica, sino genéricamente, con tal de que exista certeza en el beneficiario.

Considerando que la interpretación de la cláusula debatida en su sentido literal y lógico, muestra que la voluntad de la testadora fue la de que tuvieran el carácter de legatarios todos sus nietos, tanto los que vivían al otorgar el testamento y que designa nominativamente, los cuales han adquirido ya su derecho al fallecer la causante, como los que a partir de esta fecha pueda tener su único hijo, por lo que será el momento del fallecimiento de éste, que opera a modo de término suspensivo, el que concretará el posible número de nuevos legatarios a añadir a los cinco ya existentes al causarse la sucesión, por lo que al no haberse hecho en la escritura de partición la reserva de derechos en favor de estos posibles beneficiarios, no procede su inscripción en la forma establecida.

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

COMENTARIO.—Son dos las cuestiones fundamentales planteadas en esta resolución, siendo la primera, y como cuestión previa, la admisibilidad en nuestro Derecho de heredar los *nascituri*, y la segunda, la que trata de las facultades de los contadores-partidores en cuanto a la interpretación del testamento.

La primera cuestión, siguiendo la Dirección General el criterio de otras resoluciones y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo resuelve en sentido afirmativo, continuando una línea progresista en la interpretación de nuestro Código Civil.

La doctrina mantenida en la resolución ha seguido un largo y trabajoso camino, que prácticamente se inicia con el conocido trabajo de ROCA SASTRE: «Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los *nascituri*» (1). Esta aportación de ROCA es importante, ya que tal vez, por primera vez en nuestra doctrina, se aclaran algunos conceptos que venían confundidos en los tratadistas clásicos, tal como el de separar tajantemente el problema de la capacidad para suceder con el de la existencia del heredero al tiempo del fallecimiento del causante, considerando que esto último constituye un presupuesto legal, a modo de una *conditio iuris*, para la efectividad del llamamiento sucesorio. La tesis mantenida por ROCA sigue el criterio romanista tradicional, afirmando la regla general de la necesidad

indispensable de la existencia de la persona llamada al tiempo de la muerte del causante (o, al menos, que se halle concebida), admitiendo diversas excepciones que permiten la validez de los llamamientos a favor de los no concebidos a la muerte del testador.

Son también importantes las aportaciones de GONZÁLEZ PALOMINO —«Diagnóstico y tratamiento del pseudousufructo testamentario» (2)— y, sobre todo, la teoría mantenida por DÍAZ PASTOR en su conocida conferencia «Las disposiciones testamentarias en favor de los no concebidos» (3), en la que se mantiene claramente la solución afirmativa admitiendo su posibilidad.

Podemos decir que hoy está consolidada la doctrina en esta última dirección, y casi todos los autores modernos la admiten en base a que no existe prohibición legal en nuestro Derecho (4) para que no puedan ser llamados los *nascituri* y que una interpretación sistemática del Código lleva a su admisibilidad, bien a través de la sustitución fideicomisaria (cuestión siempre admitida sin discusión), bien a través del legado, o, en general, en aquellos supuestos que, según LACRUZ BERDEJO, «las relaciones jurídicas del causante no dejen de tener en momento alguno un titular, aspiración que tiene un sentido práctico, pues evita la vacancia de los bienes durante un período prolongado. Ahora bien: como lo que quiere la ley es que no queden los bienes sin titular actual, en cuanto se satisface esta exigencia, aun la doctrina más conservadora considera posible la institución de los no concebidos» (5).

Admitida esta doctrina por la Dirección General, cabe preguntarse a qué se refiere el final del último considerando al advertir que: «... al no haberse hecho en la escritura de partición la reserva de derechos a favor... de los posibles beneficiarios, no procede su inscripción en la forma establecida».

De lo que se deduce que si se hubiera hecho la «reserva de derechos» a favor de los nacereros, la escritura hubiera tenido acceso al Registro.

Este tema conviene tratarlo más ampliamente, ya que bajo el punto de vista de la práctica notarial y registral sea tal vez el más interesante.

En el caso planteado en la resolución, al existir el usufructuario en el momento de la muerte de la causante y cinco nudos propietarios, nietos de la testadora, no se plantea el problema más complicado de que sólo existiera el usufructuario, con adjudicación en vacío de la nuda propiedad. En realidad, lo que ocurre, en el supuesto contemplado en el recurso, es una adjudicación concreta al viudo en usufructo del resto del tercio destinado a mejora y una adjudicación provisional en nuda propiedad a los cinco nietos. Digo provisional, ya que sin modificar su calidad de legatarios en nuda propiedad, el posible nacimiento de uno o varios hermanos puede modificar el número de titulares y, por tanto, el *quantum* del legado. Esta provisionalidad requiere, tal como afirma la resolución, la necesidad de establecer una reserva de derechos a favor de los futuros nacidos mientras viva el hijo de la testadora, ya que únicamente la muerte de éste, que opera a modo de término suspensivo, concretará el posible número de nuevos legatarios a añadir a los cinco ya existentes al causarse la sucesión... Hay que entender lo que afirma este considerando comprendiendo

(1) *Revista de Derecho Privado*, 1946. Hoy aparece recogido este trabajo en «Estudios sobre sucesiones», Instituto de España, t. I, págs. 241 a 280.

(2) *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. II, 1950, págs. 475 y ss.

(3) *Idem*, t. VI, 1952, págs. 543 y ss.

(4) Al igual que ocurre en otros Códigos extranjeros, como el francés, alemán, italiano, etc.

(5) *Derecho de sucesiones* (con SANCIO REBULLIDA), 1981, pág. 72.

no sólo los que vivan a la muerte de su padre (incluso los que sean de distinto matrimonio), sino también, tratándose de varón, del concebido y no nacido. Pero todo esto, que, en principio, parece sencillo, se puede complicar para el caso de existencia de hijos extramatrimoniales, lo que llevaría de nuevo a indagar la voluntad de la testadora, puesto que en la cláusula testamentaria, después de citar nominativamente a los cinco nietos, añade «así como a los demás que pudiera tener en el futuro», lo que daría lugar a dificultades para consolidar la situación para los hijos matrimoniales y seguramente algún complicado problema de Derecho transitorio.

Partiendo, por tanto, de la necesidad, para su debida inscripción en el Registro, de la llamada reserva de derechos, conviene precisar de qué tipo de reserva se trata y el posible régimen jurídico de estos bienes, sobre todo en cuanto a su posible disposición.

No se trata, desde luego, de ninguno de los tipos de reserva en el sentido clásico que nuestro Código reconoce (ordinaria, extraordinaria y con dudas de si es reserva la del ausente), sino más bien de una situación jurídica de pendencia, siguiendo la terminología del profesor DE CASTRO (6), que se encuadra en el concepto genérico de las llamadas situaciones jurídicas interinas. La situación jurídica de pendencia consiste en que la titularidad de los nudos propietarios queda pendiente del nacimiento de otra u otras personas, siendo, por tanto, provisional el número de los llamados hasta que ocurra el hecho de la muerte de una persona (en este caso, de su padre, hijo de la testadora), hecho que, como afirma la resolución, actúa a modo de término suspensivo (ha de llegar necesariamente, aunque se ignore cuándo).

No se trata de reserva en el sentido clásico, ya que no coinciden los fundamentos de la misma con la situación que se contempla en el supuesto de la resolución, y de buscar alguna analogía, se parece más a la establecida en favor del ausente en el artículo 191 del Código Civil (aunque esta obligación de reservar hasta la declaración de fallecimiento, más que obligación de «reservar» parece ser que se trata de una obligación de «conservar»). La situación es muy análoga, y durante este período interino, hasta que se sepa con certeza el nacimiento o no de más legatarios, los bienes legados en nuda propiedad (o en pleno dominio a la muerte del usufructuario) quedan en una especie de administración, a cargo de los demás colegatarios, a los que creo se puede aplicar el artículo 804 del Código Civil («Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que le son de los bienes de un ausente»), con la matización de que al ser copropietarios de los mismos bienes, únicamente tendrán el carácter de administradores en cuanto a la parte de cuota que corresponda a los no concebidos en el caso de que lleguen a nacer.

Esta solución puede tener ventajas prácticas más importantes que si se aplicaran a la situación creada las normas sobre la reserva ordinaria de los artículos 974 y siguientes en cuanto a la posible enajenación de los bienes, ya que, siguiendo el criterio propuesto, de aplicar las normas sobre bienes del ausente, cabría siempre la posibilidad de que en caso de *necesidad o utilidad evidente*, reconocida y declarada por el Juez, podrían ser vendidos, gravados, hipotecados o dados en prenda, siempre que la auto-

(6) *Derecho civil de España*, 2.ª ed., págs. 606 y ss.

ridad judicial determine el empleo de la cantidad obtenida, según establece el párrafo último del artículo 186.

Lo cierto es que la falta de regulación sistemática de nuestro Código en esta materia, ya que contiene normas aisladas y a veces poco congruentes, obliga a indagar la solución a través de preceptos, aunque sea por aplicación analógica, principio recogido hoy expresamente en el número 1 del artículo 4 del Código, para el caso de que concurren identidad de razones.

El segundo problema principal planteado en la resolución es el de las facultades de los contadores-partidores en cuanto a la interpretación del testamento, afirmando una vez más la Dirección lo que ha sido constante jurisprudencia en cuanto a que las particiones efectuadas por comisario o contador-partidor no necesitan ser aprobadas por los herederos o legitimarios, ya que se entiende como si fueran hechas por el propio testador, causando un estado de derecho que mientras no sea impugnado produce todos sus efectos.

Indudablemente, entre las facultades de los contadores-partidores se encuentra la de interpretación del testamento como cuestión previa a las operaciones particionales, ya que todo testamento, incluso aquellos de cláusulas sencillas, necesitan interpretación. Y aunque, tal como dice la resolución, estas particiones se entienden realizadas como por el mismo causante, sin embargo, se distinguen de las hechas por el propio testador en que en las primeras no existe interpretación auténtica, por lo cual no se entiende definitiva, e impugnada por cualquier persona legitimada, prevalecerá, como es lógico, la que fijen los Tribunales. Pero estas facultades interpretativas tienen que ajustarse necesariamente a la voluntad del testador, que es la ley fundamental de la sucesión.

En el supuesto planteado en la resolución no coincide la interpretación de los contadores con la voluntad de la testadora, excediéndose, por tanto, en su cometido y no cumpliendo la voluntad de ésta.

La doctrina de la resolución hay que considerarla como esclarecedora y sistematizadora de la numerosa jurisprudencia que existe sobre esta materia, y, por tanto, importante, ya que al admitir, una vez más, la Dirección General la posibilidad de la validez de los llamamientos a los no concebidos, recuerda también de forma clara y tajante lo que muchas veces se olvida: que la voluntad del testador es la ley fundamental de la sucesión, siempre que ésta no traspase los límites impuestos por el Derecho.

A. G. M.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

POR JOSÉ QUESADA SEGURA y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LA RESOLUCION CONTRACTUAL PROVOCA LA EXTINCION DEL CONTRATO CON EFECTOS RETROACTIVOS (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Aun cuando ciertamente, y en tesis general, la resolución contractual haya de ser concedida sobre la base de un incumplimiento esencial por alguna de las partes, significativo de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, si la resolución sobreviene, arrastraría consigo la extinción de las relaciones contractuales no sólo para el futuro, sino con efectos retroactivos y buscando una *in integrum restitutio*, reproduciendo en lo posible la situación anterior al contrato, con la consecuencia de haber de reintegrarse cada contratante de las prestaciones efectuadas por el contrato, al igual que en los casos de rescisión por lesión (art. 1.295), de anulabilidad (1.303) e incluso de condición resolutoria expresa, de tal suerte que la liquidación habría de hacerse aplicando para regular la mutua restitución las reglas del artículo 1.122.

LA LEGITIMACION ENLAZA LA CAPACIDAD JURIDICA Y LA DE OBRAR (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La legitimación es una figura jurídica de Derecho material y formal cuyos límites ofrecen hoy, merced a la labor de la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, la suficiente claridad para no dar lugar, en términos generales, a dudas, ya que se trata de un *instituto* que tanto en sus manifestaciones de Derecho sustantivo —*legitimatío ad causam*—, como adjetivo —*legitimatío ad processum*—, constituyen una

especie de concepto puente en cuanto sirve de enlace entre las dos facultades o calidades subjetivamente abstractas que son la capacidad jurídica y la de obrar —capacidad para ser parte y para comparecer en juicio en el Derecho adjetivo— y la claramente real y efectiva de «disposición» o ejercicio, constituyendo, a diferencia de las primeras, que son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la relación jurídica a realizar o desarrollar, lo que da lugar a que mientras que en el supuesto de las capacidades o de su falta se hable de personalidad o ausencia de la misma, en el segundo se haga referencia a la acción o a su falta. La infracción referida a supuestos de personalidad ha de ser alegada por el cauce del recurso de casación por quebrantamiento de forma, mientras que las cuestiones de legitimación deben serlo a través de la casación por infracción de ley y de doctrina legal.

ARBITRAJE: SE REQUIERE LA CONCURRENCIA DE LA TOTALIDAD DE LOS ARBITROS NOMBRADOS PARA PODER CUMPLIR LA FUNCIÓN ARBITRAL (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Es preciso que el laudo arbitral no se halle afectado de nulidad absoluta por resultar contrario a la ley; podrá accederse a nulidad cuando «se trate de un acto constitutivo de un estado o condición para cuya eficacia exija la ley determinados requisitos y falte alguno esencial en el evento de que se trate»; en el presente caso, dado que el artículo 21 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 determina imperativamente que «los árbitros serán siempre en número uno, tres o cinco», y que el auto que formalizó judicialmente el compromiso precisó que los árbitros de equidad actuaran colegiadamente en número de tres, no cabe otorgar validez al laudo arbitral en cuya elaboración y dictado se infringió un precepto legal de tanta relevancia como el que afecta a la composición del órgano colegiado que lo emitió, toda vez que aun cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29, baste la mayoría de votos para dictar el laudo, es obvio que se requiere la concurrencia de la totalidad de los nombrados para que el órgano colegiado cumpla legalmente la función arbitral que se le encomendó, y que cuando, como sucede en el presente caso, la renuncia anticipada de uno de sus miembros reduce a sólo dos el órgano colegiado, no puede reputarse válidamente dictado el laudo arbitral.

DAÑOS Y PERJUICIOS: DECLARADO EL DOLO DEL OBLIGADO, NO ES POSIBLE MODERAR SU RESPONSABILIDAD (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La redacción dada por el legislador de 1889 al artículo 1.107 del Código Civil, ofrece una doble dimensión en orden a la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones; en primer lugar, la del deudor de buena fe, aspecto cua-

litativo caracterizado porque en él la determinación del *quantum* resarcitorio puede venir determinado por la voluntad de las partes o por ser consecuencia necesaria del incumplimiento, y, en segundo lugar, los supuestos de indemnizaciones derivadas de un específico *qual*, el dolo, cuya trascendencia en orden al *quantum* del resarcimiento no tiene otros límites para el legislador que la realidad y el valor del daño, del perjuicio o de ambos si se produjeran, no pudiendo, en consecuencia, venir mediatizada la determinación de su entidad pecuniaria por acuerdo ni pacto alguno, dada la terminante prohibición que a la renuncia de la acción por dolo se establece en el inciso segundo del artículo 1.102 del Código Civil. Declarado por la Sala de Apelación que la conducta del demandado ha sido dolosa, no resulta posible moderar sus consecuencias con base en la *aequitas*.

NO ES INEXISTENTE UN CONTRATO DE COMPRA DE TERRENOS POR EXTRANJEROS, EN ZONA ESTRATEGICA, QUE NO SE HA INSCRITO EN EL REGISTRO (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1982).

Hechos.—Una Compañía Urbanizadora vendió una parcela de terreno en Mallorca, a unos extranjeros, para que se edificaran un chalet. Surgidas luego ciertas discrepancias entre las partes, la Compañía demanda la nulidad del contrato, alegando la falta del requisito de inscripción. Los demandados fueron absueltos.

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia interpretación errónea de la Ley de 12 de mayo de 1960, que es la aplicable en atención a la fecha del contrato, relativa a la adquisición por extranjeros de inmuebles en zonas estratégicas del territorio nacional, alegándose que, de acuerdo con el precepto que se dice infringido, el contrato es nulo de pleno derecho, añadiéndose que además es inexistente, lo cual no se corresponde con la normativa legal, pues el contrato como tal existe, en cuanto que reúne los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, y la exigencia de inscripción en el Registro de la Propiedad impuesta por la Ley de 1960 comporta, en caso de incumplimiento, una nulidad radical del artículo 6 del Código por contravenir un precepto de ley imperativa, si concurren los presupuestos que la misma contempla, pero nunca una inexistencia, como se pretende, siendo incluso dudosa la sanción de nulidad absoluta, pues nada impide que la inobservancia pueda ser subsanada con la posterior inscripción.

Tampoco puede decirse que concurren los supuestos requeridos por la Ley de 1960, pues exige la *previa autorización* del Ministerio de Defensa para la «adquisición por entidades o individuos de naturaleza extranjera de... fincas y terrenos siempre que dichas propiedades estén situadas fuera de poblado y no incluidas en sus ensanches o zonas urbanizadas...», por lo que la normativa referida no puede ser aplicable al supuesto contemplado, pues lo que se adquiere con el contrato es una parcela de terreno para construir un chalet dentro de una urbanización.

COMENTARIO.—Actualmente, la legislación aplicable a esta materia la constituye la Ley 8/1975, de 12 de marzo, y su Reglamento de 10 de febrero

de 1978, que tras establecer que «deberán necesariamente inscribirse en el Registro...» los actos por los que se constituyan derechos a favor de extranjeros sobre inmuebles sitos en las zonas de acceso restringido a la propiedad para ellos, fija el plazo de dieciocho meses para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los dichos títulos, pasado el cual se producirá de pleno derecho la nulidad de los mencionados actos y contratos.

LA NULIDAD DE UN TESTAMENTO CLAMA POR LA VIRTUALIDAD DEL TESTAMENTO ANTERIOR (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Para que se produzca la revocación tácita de un testamento anterior es necesario que el posterior sea perfecto, y como tal válido, según dispone el artículo 739 del Código Civil, lo que significa que habrá de tratarse de un negocio que ha de reunir todos los requisitos legalmente prevenidos, pues en otro caso se seguirá la carencia de efectos y, por tanto, habrá de ser descartada toda posibilidad de que se origine la revocación del anterior conforme a la regla *quod nullum est nullum producit effectum*, aun cuando la invalidez no deba ser confundida, obviamente, con la virtualidad de los llamamientos, de donde se sigue que la nulidad de un testamento y la consiguiente ineficacia de la voluntad revocatoria no se oponen, antes bien, claman por la plena virtualidad del testamento anterior válido.

EL RESARCIMIENTO DEBE COMPRENDER TODA CONSECUENCIA DEL ACTO LESIVO (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La amplia dicción del artículo 1.106 del Código Civil produce que la entidad del resarcimiento, presupuesto del evento perjudicial y la conducta sancionable abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por la disminución efectiva del activo, ya por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (*restitutio in integrum*).

LA CUANTIA DE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS MORALES CORRESPONDE FIJARLA AL TRIBUNAL DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1982).

Hechos.—Un autobús invadió la acera y atropelló a una niña, a la que causó graves lesiones de las que le han quedado permanentes secuelas. Se condenó a la empresa de autobuses a que indemnice con dos millones de pesetas. El padre de la perjudicada recurre, pero sin éxito.

Doctrina de la sentencia.—En los supuestos que versan sobre indemnización por daños causados por culpa extracontractual, la cuantificación de los mismos corresponde exclusivamente al Tribunal de Instancia; el artículo 1.902 no contiene norma o regla secundaria de valoración del daño, ni referencia al momento que ha de tenerse en cuenta para su estimación, por lo que estos datos han de ser conjugados por el Juez según el resultado de la prueba. La doctrina anteriormente sentada tiene aún una más ajustada aplicación cuando se trata de la indemnización por daños morales; estando constituido el daño moral por los perjuicios que sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y otros análogos; bienes que deben ser indemnizados discrecionalmente, en función del artículo 1.902 del Código Civil, como compensación a los sufrimientos del perjudicado, siendo su valoración cuestión de hecho de la exclusiva y soberana apreciación del Tribunal de Instancia, debiendo hacerse constar que es precisamente el necesario respeto a esta libre y soberana apreciación el que impide a la Sala de Casación fijar, como tal vez sería justo, una más alta cuantificación de la indemnización a abonar al recurrente por los gravísimos daños físicos y morales causados.

NO TODA ENAJENACION DE BIENES INMUEBLES PRECISA LA EXPRESION DE LOS LINDEROS (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—El contrato pone de relieve con claridad el objeto vendido, al establecer las bases adecuadas para la posterior determinación cuantitativa del terreno a que, en definitiva, haya de alcanzar la venta realizada, y sin que a ello quepa objetar, cual hace la sentencia recurring, que toda enajenación de bienes inmuebles precisa la expresión de sus linderos que signifique la línea poligonal esencial para la configuración de las fincas y su posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad, pues si ello es cierto, en manera alguna quiere decir que esa delimitación poligonal, creada por expresión de los linderos adecuados, haya de constatarse precisamente en el documento formalizador de la compraventa, ya que la determinación precisa puede quedar supeditada a condicionantes también pactadas y, por tanto, sin precisar acudir a nuevos convenios entre las partes.

Constatada la compraventa citada en documento privado, con precio

aplazado, sin exigencia legal de inscripción registral, no es obstáculo la normativa hipotecaria, al no ser la inscripción en nuestro Derecho de alcance constitutivo.

LAS ACCIONES DE NULIDAD Y RESCISION RESTRINGEN EL AMBITO DEL PRINCIPIO QUE PROHIBE IR CONTRA LOS PROPIOS ACTOS (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—No puede oponerse la doctrina del acto propio invalidante al que insta la nulidad, por haber intervenido en el mismo; el susodicho principio no puede ser amparador de actos que por su ilicitud no han debido nunca existir, queriéndose decir que el sistema de las acciones de nulidad y rescisión, en cierto modo, restringen el ámbito del *venire contra factum proprium non valet*, porque al impugnar el negocio en el que se ha intervenido, se viene lícitamente contra los propios actos ante la revocación que se intenta, pero no que no se pueda oponer ese principio a quien, aun interviniendo en el acto o negocio defectuoso, lo haya después ratificado, confirmado o convalidado con su explícita conducta.

EL DECRETO-LEY SOBRE MODIFICACION DE DETERMINADAS LEYES DE LA COMPILACION DE NAVARRA, NO TIENE CARACTER RETROACTIVO (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Es hecho indubitado que el contrato de fianza discutido se convino en 1969, fijándose en esa fecha su carácter y naturaleza jurídica y su alcance personal y temporal, y si bien este contrato, no obstante ser anterior a la promulgación de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra de 1 de marzo de 1973, ha de regirse por esta ley, conforme a su norma general de retroactividad expresa contenida en la disposición transitoria primera, el Decreto-ley 19/1975, de 26 de diciembre, sobre modificación de determinadas leyes de la Compilación indicada, no contiene norma alguna de retroactividad expresa ni tácita, sino únicamente en su artículo 2, la específica acerca de su entrada en vigor el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, precepto que no puede admitirse entrañe criterio alguno de retroactividad, por lo que regirá el precepto, supletorio para el Derecho privado foral de Navarra, contenido en el artículo 2, apartado 3, del Código Civil, a cuyo tenor «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario», y, en consecuencia, el contrato de fianza concertado en el año 1969 ha de regirse por las normas contenidas en la Compilación a la fecha de su promulgación en 1973, sin que le afecte la modificación operada en su texto por el Decreto-ley de 1975, ya que seguir otro criterio implicaría contravenir la confianza y seguridad que los ciudadanos deben tener en el ordenamiento jurídico vigente al celebrar actos jurídicos, además de infringir el principio de irretroactividad reconocido en el artículo 2.º, apartado 3.º, del Código Civil.

Las disposiciones legales, si nada disponen en contrario, no ordenan más que para el porvenir, ni rigen más actos que aquellos que se producen con posterioridad a su promulgación, por lo que las situaciones jurídicas creadas al amparo de una norma no pueden ser alteradas sin que el legislador dé expresamente efecto retroactivo a la disposición derogatoria, dado que el respeto a los derechos adquiridos exige que la promulgación de nuevas normas jurídicas no impida que los actos realizados bajo el imperio y vigencia de las disposiciones anteriores puedan seguir produciendo efectos jurídicos durante el imperio de aquéllas, excepto si la norma posterior ordenare expresamente le retroactividad.

NO ES NECESARIO DEMANDAR A TODOS LOS RESPONSABLES SOLIDARIOS DE UN DAÑO PARA QUE QUEDE VALIDAMENTE CONSTITUIDA LA RELACION JURIDICO-PROCESAL (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Si bien resalta la errónea afirmación contenida en la resolución impugnada en orden a su afirmación de inexistencia de solidaridad entre el autor material del daño y aquel que por aplicación de la preceptiva contenida en el artículo 1.903 del Código Civil deba responder por *culpa in vigilando o in eligendo*, ya que en estos supuestos la jurisprudencia de esta Sala viene proclamando con reiteración la solidaridad entre los responsables por uno y otro concepto, consagrando lo que la doctrina científica denomina «solidaridad impropia», no lo es menos que: a) el perjudicado por el acto ilícito puede plantear su pretensión articulándola conjuntamente contra el autor material del daño y contra el que deba responder por culpa *in vigilando o in eligendo*; b) puede demandar separadamente a cualquiera de ellos, precisamente por la solidaridad entre los mismos antes denotada, y c) no existe, en su consecuencia, un consorcio pasivo necesario entre los responsables de esta naturaleza que obligue a demandarles a todos para la válida constitución de la relación jurídico-procesal.

LA FACULTAD RESOLUTORIA DE LOS CONTRATOS PUEDE EJERCITARSE EXTRAJUDICIALMENTE (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Con independencia de sus orígenes y de las pautas seguidas en el Derecho comparado, ya otorgando exclusivo carácter judicial al remedio resolutorio (Código Civil francés), bien subordinando la virtualidad de la declaración del acreedor al incumplimiento por el deudor en el plazo que discrecionalmente le fija (Código Civil italiano), la doctrina jurisprudencial enseña que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino mediante declaración no sujeta a forma dirigida a la otra parte, a reserva —claro está— de que

sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada. La relación podrá ser resuelta cuando el examen de los hechos patentice la producción de un suceso obstativo, que impida el cumplimiento de manera absoluta, lo que acontecerá en la hipótesis de que al incumplimiento culposo del deudor se añada la imposibilidad de la prestación o de alcanzar el fin práctico del contrato.

El principio de conservación del contrato, que rebasa el ámbito de la teoría contractual para extenderse a la de todo el negocio jurídico, de tanta importancia en materia de interpretación de las declaraciones de voluntad y del que es un aspecto la regla *utile per inutile non vitiatur*, si bien resulta aplicable en nuestro ordenamiento como encuadrable en el más amplio de la buena fe objetiva (*favor negotii*) y ha sido aludida por la jurisprudencia (Sentencia de 30 de octubre de 1944 y Resolución de la Dirección General de los Registros de 16 de junio de 1965), obviamente, no impide ni excluye el juego propio de las pretensiones resolutorias cuando se ha frustrado el fin del contrato y media incumplimiento esencial y culposo imputable a una de las partes.

J. Q. S.

V. SUCESIONES

SOCIEDAD DE GANANCIALES. PATRIMONIOS SEPARADOS. COMUNIDAD HEREDITARIA. ADMINISTRACION DE LA HERENCIA. ALBACEAZGO. Artículos 398, 902, 1.424 (antiguo) y 1.431 (antiguo) del Código Civil (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1982).

Las facultades de conservar y custodiar llevan consigo las de administrar. El cargo de comisario equivale al de albacea universal.

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 los actores y apelantes contra la sentencia de la Sala 2.ª de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta capital, fundamentando el fallo en las siguientes consideraciones:

Que en el motivo primero y por el cauce del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia violación por inaplicación de la norma contenida en el 1.424 del Código Civil, en la redacción anterior a la reforma de 1981, entonces vigente, a cuyo tenor, «hechas las deducciones en el caudal inventariado, el remanente del mismo caudal constituirá el haber de la sociedad de gananciales», argumentando que el causante de los hoy recurrentes, de cuya sucesión se trata, estaba casado en segundas nupcias, de las que no tuvo descendencia, diciéndose que los bienes existentes a la muerte de la primera mujer constituyen un patrimonio autónomo que permanecerá en indivisión hasta que se realicen las operaciones particionales, coexistiendo, «al menos, dos comunidades sobre

el conjunto total del patrimonio»; lo cual es incomprensible en cuanto a planteamiento, tanto fáctico como jurídico, porque se trata de la herencia de una persona, cuyo haber patrimonial constituye una sola comunidad hereditaria surgida con su muerte, al abrirse la sucesión, incompatible de suyo con la pretendida separación de dos patrimonios autónomos, justo porque todavía no se ha realizado la partición que lleva consigo el inventario y la liquidación a los que se refiere el precepto invocado como infringido, que se complementa precisamente, a estos efectos, con lo dispuesto en el artículo 1431 del Código (también en la anterior redacción), que contempla el supuesto de la ejecución simultánea de la liquidación de los bienes gananciales de «dos o más matrimonios contraídos por una misma persona», admitiéndose toda clase de pruebas «para determinar el capital de cada sociedad», índice bien elocuente de que hasta que llegue ese momento liquidatorio, ni hay posibilidad de conocer la parte de cada una, ni mucho menos de hablar de patrimonios separados y autónomos, como el recurso pretende; pero es que, además, el alegato en la forma como se presenta, con apoyo en el citado artículo 1.424 del Código Civil, no lo fue en el período debido de la instancia, sino que lo es ahora por vez primera, constituyendo, por tanto, una cuestión nueva que tiene vedado su acceso a la casación por imperativo de lo dispuesto en el número cinco del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento, incidiendo en causa de inadmisión, que en el actual trance decisorio lo es de desestimación.

Que el motivo cuarto —que por razones de sistema debe examinarse a continuación—, también por la vía del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, alega aplicación indebida del 398 del Código Civil, relativo a la administración y mejor disfrute de la cosa común, para lo que serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes, combatiendo la afirmación de la sentencia recurrida de que el acuerdo de 5 de marzo de 1976 que suscribió la viuda del testador junto con tres de sus hijos (ahora recurrentes), por el que se concedió la administración de los bienes que integraban la sociedad conyugal a un tercero, «está vacío de contenido», por lo que se le declara nulo; y se añade que la infracción se demuestra «por los siguientes motivos que se derivan de un *error en los hechos* de la sentencia al referirlos a la norma general que contiene el precepto», en armonía con lo cual, se limita a alegar una serie de hechos que, en su decir, evidencian lo contrario de lo proclamado por el Tribunal *a quo*, tales como que la viuda otorgó también el poder al referido tercero y que aunque lo revocó el 12 de julio del mismo año 1976, produjo efectos durante ese tiempo, y ella, junto con los demás terceros intervinientes, representaban la mayoría de las participaciones, teniendo que ser obligatorios para todos los acuerdos relativos a la administración de la herencia; datos de hecho, los mencionados, contrarios a los declarados probados en instancia, que sólo podían haberse invocado por la vía del número siete del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, aduciendo un error de este tipo en la apreciación de la prueba, con lo que incide en la causa de inadmisión novena del 1.729 de la misma ley, que en el presente trámite lo es de desestimación; siendo de advertir, por otra parte, que la sentencia recurrida podría decirse que lo interpretó con error, pero no que aplicó indebidamente el artículo 398 del Código, ya que la resolución de primer grado (cuyos considerandos acepta totalmente la que ahora se impugna) pone en duda la válida aplicación del precepto y con razón,

habida cuenta la especialidad de la comunidad hereditaria, que parte de la doctrina asimila, incluso, a la germánica o en mano común, a la que sólo serán aplicables las normas de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, propios de la comunidad por cuotas partes, en la medida que permitan las características especiales que aquélla ofrece; y la conclusión, sin duda correcta, a que llegan ambas sentencias es la de que aun aplicando el 398, no serviría, en este caso, para amparar el acuerdo de aquella parte de los herederos, que no representaban la mayor cantidad de intereses exigida en el párrafo segundo del mismo, en cuanto que la viuda revocó el poder —como se dijo—, y según el testamento, que, aunque impugnado en instancia, quedó válido, con validez que aquí no se cuestiona, uno de los hijos del causante (actual recurrido), que además de su porción legítima fue instituido heredero exclusivo de los tercios de mejora y de libre disposición, no sólo no participó en el acuerdo de referencia, sino que lo impugnó en todo momento; razones todas que conducen a la desestimación del motivo examinado.

Que demostrando cuanto antecede que los herederos no están de acuerdo en orden a la administración de la herencia, ni han instado el procedimiento judicial adecuado, es evidente, como afirma la sentencia recurrida, que es el albacea quien debe ejercitar las facultades de administrar, en virtud de lo establecido en el número cuatro del artículo 902 del Código Civil, lo cual se impugna en los motivos dos y tres, amparados asimismo en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, que deben ser analizados de modo conjunto porque ambos denuncian infracción del referido precepto, en un caso, por interpretación errónea, y en el otro, por aplicación indebida, el segundo de los cuales viene a ser un simple corolario del anterior, pues lo que en realidad se impugna no es su aplicación, sino el alcance de los términos del precepto, respecto de si en él pueden considerarse incluidas las facultades de administrar del albacea, es decir, la interpretación del mismo, de lo que es consecuencia su posible aplicación, volviéndose a hablar en dicho tercer motivo, improcedentemente, de la liquidación de la sociedad conyugal, que dice no se efectuó y, en efecto, no lo fue, pero, como antes se dijo, porque no se practicó la partición de la herencia, una de cuyas fases es precisamente la liquidatoria aludida, que no es previa, sino consiguiente a la misma; siendo de observar que, respecto del tema que se plantea de las facultades del albacea, y concretamente el de si dentro de ellas puede considerarse incluida la de administración de los bienes de la herencia, caben dos posibilidades: la primera se refiere al caso de que el testador lo determine expresamente en el testamento, y a ello habría que estar por ser su voluntad la que rige la sucesión testamentaria, interpretando, si a ello hubiere lugar, las dudas que pudieran surgir, con arreglo a la normativa genérica del artículo 675 del Código; la segunda, afecta al supuesto de que el testador nada hubiera dispuesto al respecto, acerca de lo cual la ley nada dice en concreto, que es precisamente el que contempla el artículo 902, según el que, con una vaguedad e imprecisión que dio lugar a las discusiones surgidas, «no habiendo el testador terminado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes: 4.ª, tomar las precauciones necesarias para la *conservación y custodia de los bienes*, con intervención de los herederos presentes», que es, como antes se anunció, lo que los recurrentes estiman que se infringió.

Que para llegar a esta conclusión impugnatoria, el recurso sostiene que

dichas facultades del número cuatro del artículo 902 son «subsidiarias» y que únicamente pueden entenderse conferidas si el albacea hubiera sido nombrado «sin facultades expresas y especiales», lo que no sucedió en este caso, en que se atribuyeron las de contador-partidor, ordenándole, en relación con los legados en metálico, que ingresase su importe en una cartilla de ahorros a nombre de cada uno de los legatarios; siendo de observar, sin embargo, que en el presente supuesto la designación del albacea en el testamento es como «comisario-contador-partidor», sin conceder facultades especiales, pero sin prohibir ninguna, lo que impide reducirlas a las de contar y partir, como sostiene el recurso, pues ello es índice del cargo o función atribuido, no de facultades concretas, y forzosamente comprende las de conservar y custodiar, del discutido precepto, que llevan consigo las de administrar, sin las que aquéllas no podrían realizarse; pero además, el recurso silencia que al albacea se le designa también «comisario», lo que, como con acierto se dijo en la sentencia de primera instancia (aceptada, según se dijo, íntegramente en su fundamentación por la recurrida en este trámite), significa tanto como un auténtico nombramiento de albacea *universal* de entre las dos clases que permite el artículo 684 del Código, porque al ser designado de esta forma, viene investido de todas las facultades necesarias para cumplir la voluntad del testador y no sólo de una o varias atribuciones concretas señaladas por éste, lo que lleva consigo no sólo la facultad de ejecución en sentido estricto, sino asimismo las relativas a la gestión de los bienes y representación de la herencia, en cuanto sea necesario para ultimar completamente la sucesión, lo que, evidentemente, incluye la administración de los bienes de la herencia.

COMENTARIO.—Es vidriosa y poco clara la cuestión de determinar qué facultades corresponden al albacea, comisario y contador-partidor a falta de atribución expresa por el testador. De la sentencia comentada parece desprenderse que para atribuir mayores o menores facultades puede atenderse al título invocado por el testador, y que según éste sea sólo o cumulativamente el de albacea, comisario y/o contador-partidor tendrá mayores o menores facultades y que el comisario equivale al albacea universal. Ello puede tener una justificación histórico doctrinal, pero carece de una base concluyente en nuestro Código Civil, que, por un lado, contempla como sinónimas las figuras del contador-partidor y del comisario en el artículo 1.057, párrafos segundo y tercero, y por otro, dedica al albacea los artículos 892-911 del Código Civil.

Las dificultades tienen causas diversas. Una de ellas es la de que en nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en el Derecho anglosajón, la institución de ejecutor testamentario, o mejor, hereditario, no es esencial, pudiendo coexistir sus funciones con las de los herederos, imponerse a éstos o faltar. En cambio, en el Derecho anglosajón, la institución es esencial, porque el sucesor no puede nunca liquidar la herencia por sí solo; esta misión corresponde al ejecutor, y como los bienes no pasan directamente del causante a los sucesores, sino por medio de los ejecutores, de ahí su carácter necesario. Este punto de vista facilita el proceso liquidatorio y cumple, en la práctica, la misma función que nuestra aceptación a beneficio de inventario, garantizando al propio tiempo los derechos de los acreedores, sin perjuicio para los sucesores, quienes evitan la confusión de patrimonios, y se justifica por razones históricas muy acordes con el conservadurismo jurídico anglosajón. De una parte, históricamente, el pa-

trrimonio de una persona muerta no podía obtenerse sino mediante una concesión de la autoridad pública, según la vieja fórmula *le mort saisit son seigneur*; de otra, el Derecho anglosajón tradicional contempla la muerte como un hecho contrario al orden público: muerte y quiebra son dos situaciones análogas, que exigen idéntica medida, la liquidación. Las principales dificultades dimanarían de la falta de expresa regulación legal, a diferencia de lo que sucede en alguna de las regiones forales que, como Cataluña, se ha cuidado de traer a su Compilación las normas adecuadas.

Un sector importante de nuestra doctrina se esfuerza por distinguir al comisario del contador-partidor y del albacea, atribuyendo al primero plenos poderes de ejecución testamentaria, fundándose en las siguientes consideraciones:

A) De tipo histórico. Así, FRANCISCO CARPIO (*Tractatus de executoribus et comisariis testamentariis*) distingue entre el mero ejecutor, al que sólo corresponde el acto ejecutivo y no el dispositivo, y el comisario, al que le corresponde poder dispositivo-atributivo.

B) El artículo 1.057 del Código Civil, cuyo primer párrafo habla de la persona a la que el testador ha encomendado *la simple facultad de hacer la partición*, con lo que alude al contador-partidor, mientras que su párrafo tercero se refiere expresamente al comisario, a quien, por la referencia que hace al artículo 1.056 («lo dispuesto en este artículo y en el anterior...»), parece atribuirle, además de las facultades simplemente particionales, las que al mismo testador corresponden conforme a dicho artículo 1.056, teniendo todas las facultades precisas para cumplir totalmente la voluntad del testador y dejar completamente ultimada la a veces complicada distribución de la herencia. En este sentido, el cargo de comisario equivale al de albacea universal —según la sentencia—, reconocido en el artículo 894 del Código Civil, y con tal carácter —el mismo nombre de *universal* lo indica— tendrá *todas* las facultades precisas o convenientes para cumplir la voluntad del testador, esto es, le corresponderán las facultades del albacea universal de realización y de entrega previstas en la Compilación catalana, según su artículo 237. En efecto, admitido que existe un vacío normativo en el Código Civil acerca de las facultades del albacea universal, parece no existir obstáculo insuperable para aplicar supletoriamente principios recibidos en el Derecho catalán. No es obstáculo el artículo 902, que puede entenderse referido al albacea particular o de facultades limitadas. Este modo de ver las cosas facilitaría mucho la labor de quienes redactan los testamentos, evitando la atribución expresa de facultades a los nombrados como comisarios o albaceas universales. Claro está que seguirá siendo aconsejable esta enumeración de facultades —vender bienes muebles o inmuebles para pago de impuestos y gastos de partición; interpretar el testamento con los pertinentes asesoramientos técnicos, en su caso; pagar legítimas en dinero; retirar depósitos, saldos de cuentas bancarias; entregar o pagar legados, etc.—, de modo semejante a lo que sucede en los poderes. Lo único que no se puede atribuir es la función propia del albacea de confianza.

C) La jurisprudencia se muestra favorable a la distinción que se recoge, además de por la sentencia que comento, por las de 24 de marzo de 1928, 3 de diciembre de 1931, 18 de mayo de 1932, no precisamente de ahora.

La diferencia fundamental para distinguir la figura del albacea de la del contador-partidor en nuestro Derecho es la de que mientras el primero

sólo puede ser testamentario, el segundo puede ser, además, dativo, esto es, nombrado por el Juez.

Entiendo que el camino puede ser el apuntado, ya marcado, además de por esta jurisprudencia favorable, por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 1962 y 2 de diciembre de 1964, que admitieron que el comisario puede utilizar la facultad del artículo 1.062 del Código Civil, sin estarle atribuida expresamente por el testador, cuando hay un solo bien en la herencia y es indivisible o cuando existe una sola finca que no admite cómoda división.

PARTICION.—NULIDAD.—DEFENSOR JUDICIAL.—APROBACION JUDICIAL.—PRINCIPIO «FAVOR PARTITIONIS».—Artículo 1.060 del Código Civil (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1982).

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 parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de esa capital, conforme a las siguientes consideraciones, de las que resultan claramente los hechos.

Que para el examen del presente recurso y según los datos obrantes en autos, son de tener en cuenta los siguientes extremos: por Auto de diez de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, se declararon herederos *ab intestato* a los hoy recurrentes junto con su padre, en la herencia de la madre y esposa respectivamente, que había fallecido el veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, procediéndose a la partición de la herencia, previo el nombramiento de un defensor judicial a los cinco hijos, menores de edad, lo que se hizo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo ciento sesenta y cuatro del Código Civil (actual ciento sesenta y cinco) con el Auto de seis de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, siendo designado un hermano de doble vínculo de la causante; efectuadas las operaciones particionales, fueron aprobadas judicialmente por el Auto de veinticinco del mismo mes y año, siendo de destacar que todo el haber hereditario estaba integrado por una participación social en la entidad denominada «Maquinarias y accesorios limitada» (ANIVI) con un importe de sesenta y cinco mil pesetas y el ajuar de la casa, adoptándose la fórmula de entregar lo primero al cónyuge superstite, en su totalidad, habida cuenta el carácter de la sociedad, como liquidación de la mitad de gananciales y pago de la cuota usufructuario, comprometiéndose a dar en efectivo a sus hijos, por quintas e iguales partes, la cantidad de treinta y un mil setecientas cincuenta y ocho pesetas con cincuenta y cuatro céntimos para satisfacer lo que a éstos correspondía en la herencia de la madre; el padre contrajo segundas nupcias en mil novecientos cuarenta y nueve, de las que tuvo un nuevo hijo y falleció en mil novecientos setenta y ocho, período de tiempo en el que incrementó su patrimonio hasta el punto de que supone ahora muchos millones de pesetas en el decir de los recurrentes, los cuales nada hicieron hasta mil novecientos setenta y nueve, fecha en

que afirman fue cuando se enteraron de todo, reaccionando entonces, no en reclamación de la parte correspondiente en la partición de mil novecientos cuarenta y siete, que su padre no les había satisfecho, a lo que ni siquiera hacen referencia, sino contra la partición en sí, respecto de la cual ejercitan una primera acción tachándola de nulidad absoluta, con referencia fundamental a la relatada atribución a su padre de la participación en la sociedad limitada que también se referenció y que parece haber sido el punto de partida del incremento patrimonial al que pretenden tener derecho; acción que complementan con otras dos, formuladas en conexión con aquella, una que llaman declarativa del carácter privativo de las participaciones o acciones de la sociedad relatada y otra que, con la también calificación de declarativa, se refiere a la indemnización por resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda; acciones, las tres, que aunque conectadas entre sí, según se ha dicho, con decisión pendiente de la que se dé a la primera, deben examinarse por separado, como a continuación se hace.

Que a la primera de las acciones mencionadas que directamente trata de impugnar la partición de mil novecientos cuarenta y siete, se dedican los ocho primeros motivos del recurso, todos ellos formulados con amparo procesal en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de enjuiciamiento, poniéndose como cobertura genérica la afirmación de que se está en presencia de una nulidad absoluta o radical que vicia el acto de manera total, porque lo que es nulo *nullum effectum producit* y es imposible de convalidarse con el tiempo (*quod ab initio nullum est, non potest tractu tempore convalescere*), siendo la acción imprescriptible, sin que, por otra parte, pueda declararse de oficio la prescripción, pues se precisa que el alegato se haga por el demandado, lo que aquí no sucedió, por lo que resultó violada por inaplicación, la doctrina legal en que todo ello se proclama (motivos primero y segundo); siendo de recordar, con el mismo carácter genérico, que, como ya se dijo en la sentencia de seis de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, el Código Civil carece casi en absoluto, de normas relativas a la nulidad de las particiones hereditarias, lo que confirma el propio recurso, al no citar en este punto, como infringido, ningún precepto legal, sino solo la indicada doctrina jurisprudencial, olvidando que ésta, a partir de las sentencias de veinticinco de marzo de mil novecientos catorce y siete de enero de mil novecientos treinta y dos, afirmó la necesidad de respetar el criterio de nuestro ordenamiento jurídico, *muy restrictivo* en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones «como se deduce de los artículos mil setenta y nueve, mil ochenta, mil cincuenta y seis y mil cincuenta y siete del Código Civil», en el sentido de no dar lugar a la invalidez sino cuando no haya más remedio, para evitar la vuelta de los bienes a la indivisión y los gastos, molestias e inconvenientes que acarrearía una nueva partición, doctrina que se confirmó en las sentencias de diecisiete de abril de mil novecientos cuarenta y tres, nueve de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, diecisiete de marzo y cinco de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco, treinta de abril de mil novecientos cincuenta y ocho y veinticinco de febrero de mil novecientos sesenta y nueve, entre otras; añadiéndose, además, que cuando la partición tenga naturaleza de contrato —que es el supuesto que se contempla en que fue hecha por los interesados de común acuerdo— habrá de serle aplicable el Derecho común

de los contratos, con la consiguiente distinción entre nulidad absoluta o radical y anulabilidad o nulidad relativa, rigiendo para la segunda lo establecido en los artículos mil trescientos al mil trescientos catorce (Sentencias de veintiséis de marzo de mil novecientos cuarenta, siete de enero de mil novecientos cuarenta y nueve, nueve de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, dos de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete, veintinueve de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho, trece de octubre de mil novecientos sesenta, veinticinco de noviembre de mil novecientos sesenta y cinco, veinticinco de febrero de mil novecientos sesenta y seis, veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro y siete de enero de mil novecientos setenta y cinco, entre otras), con el prescriptivo plazo de cuatro años que, para la acción, establece el artículo mil trescientos uno; siendo de precisar por otra parte que, en contra de lo que se afirma en el recurso, los Juzgadores de instancia no se apoyaron en dicha prescripción para rechazar la pretensión actora, pues lo que declara al respecto la Sentencia de primer grado es que «el Juzgado no puede atender exigencias desbordadas por el paso de los años, *sin otro fundamento* y bien que, en todo caso discutible, que el de la *pura técnica hereditaria*» (Considerando quinto) y a su vez la actualmente recurrida, habla de las operaciones particionales que adquirieron una fuerza formal »... que al cabo de treinta años no puede ser atacada y declaradas nulas por cuanto que ello llegaría a producir una inseguridad jurídica, máxime, cuando *se observaron todos los requisitos formales*» (Considerando tercero); pero no estimaron *ex officio* la prescripción, lo que hubiese implicado el rechazo *ad limine* de la demanda, sin entrar a conocer del fondo del asunto, puesto que lo hicieron, refutando todas y cada una de las pretendidas causas de nulidad.

Que habiéndose vuelto a plantear en el recurso las mismas cuestiones que lo fueron en instancia, forzoso es recordar, de acuerdo con cuanto antecede y la teoría general de los contratos referida que, para la existencia de la nulidad radical que se pretende, se requiere, bien que el acto carezca de alguno de sus requisitos esenciales que, por aplicación analógica del artículo mil doscientos sesenta y uno del Código Civil tendrán que ser el consentimiento, el objeto o la causa, a tener en cuenta en esta materia especialmente el primero, dada su propia naturaleza, a las que será de añadir la forma si es exigida *ab substantiam*, para su validez; o bien, que se haya realizado en contra de lo dispuesto en la Ley, según el artículo cuarto del Código, o en su anterior redacción, expresado más técnicamente en la vigente del artículo sexto, tres, diciendo que «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, son *nulos de pleno derecho*...»; siendo de observar que ninguno de los dos supuestos concurre en el presente caso, pues al primero solo alude el recurso en el motivo sexto que luego se verá, pareciendo centrarse en torno del segundo, en los motivos tres, cuatro y cinco, denunciando diversas infracciones de Ley, pero con tan poca consistencia y razón que no logra confirmar el aserto de que la discutida partición se hubiese hecho en contra de lo dispuesto legalmente; en efecto: el tercero, alega violación por inaplicación del artículo ciento veintiuno del Código de Comercio, en relación con los pactos sexto y undécimo de los Estatutos de la sociedad limitada antes mencionada, siendo así que el precepto mercantil dice únicamente que «las Compañías mercantiles se regirán por las cláusulas y condiciones de sus contratos y en cuanto en ellos no esté determinado y previsto, por las

disposiciones de este Código» y los pactos estatutarios aludidos, no acreditan la divisibilidad de las participaciones que quieren los recurrentes, pues aparte de no afirmarlo éstos expresamente —según confirma el propio recurso que dice que, de ellos, se «desprende», la verdad es que evidencian lo contrario, pues el sexto establece que «no podrán transmitirse participaciones en el capital por actos «inter vivos», si bien queda autorizado Don M. V. para ceder a sus hijos las participaciones que estime... debiendo en tal caso, designar *una sola persona* que le represente... y tendrá *un solo voto* en las deliberaciones de la Junta» y el undécimo añade que si son varios los herederos, en caso de fallecimiento de un socio «deberán designar *una sola persona* que les represente»; lo que es de aplicar al motivo cuarto que insiste en el concepto de divisibilidad de las participaciones, al denunciar aplicación indebida del ciento cuarenta y tres del Código de Comercio, primero de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de mil novecientos cincuenta y tres y mil sesenta y dos del Código Civil, con la particularidad de que este último permite la atribución de una cosa a uno de los herederos no solo cuando sea indivisible, sino también cuando «desmerezca mucho por su división».

Que en el motivo quinto, lo que se alega es interpretación errónea del artículo ochocientos treinta y ocho del Código Civil, en su anterior redacción (actual ochocientos treinta y nueve) cuya simple lectura demuestra la sinrazón de la denuncia, pues expresamente permite a los herederos satisfacer al cónyuge viudo su parte de usufructo, asignándole «una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo», siendo esto último lo efectuado al asignar, a estos fines, las referidas participaciones societarias, ajenas por completo al carácter de bienes *in natura* de que habla el recurso, en cuanto índices representativos de la participación de un capital, actuando de común acuerdo como establece el precepto y además con la aprobación judicial que confirió el Auto de veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y siete; y el motivo sexto, como antes se anunció, se refiere a las formalidades legales de la partición que sostiene fueron inobservadas, denunciando violación por inaplicación de los artículos mil doscientos cincuenta y cinco y mil doscientos cincuenta y nueve del Código Civil, en relación con el mil cincuenta y ocho del mismo Cuerpo legal, concretando el alegato en el «pacto» entre el cónyuge viudo y el defensor judicial de los menores, que dice no estaba facultado legalmente para ello, con lo cual y con la referencia al mil doscientos cincuenta y nueve, parece aludirse más bien a una falta de consentimiento que no a un defecto de forma, olvidando no solo la facultad que concede el artículo mil doscientos cincuenta y cinco, siempre que no se vulnere el triple límite que contiene, sino también lo dispuesto en el mil sesenta que es el de aplicar en este caso, en cuanto que los herederos eran menores de edad, habiéndose observado lo que en él se establece, pues estuvieron representados por el defensor nombrado al efecto, supuesto en el que no era, por tanto, necesaria la aprobación judicial no obstante lo cual, ésta se obtuvo según se ha dicho repetidamente; razones todas que conducen a la desestimación de los seis motivos examinados y con ellos, como obligado corolario, el séptimo formulado *ad cautelam* de los anteriores en el que se denuncia inaplicación de la doctrina legal relativa al enriquecimiento injusto, hipótesis inconciliable con cuanto queda expuesto; y el octavo, donde el alegato es también de inaplicación del pá-

rrafo primero del artículo cuatro del Código, en relación con el setecientos noventa y siete párrafo segundo del mismo, pues valiendo en su plenitud la partición discutida, carece de todo sentido la acción de petición de herencia de que extemporáneamente se habla.

Que a la segunda de las acciones al principio enunciadas, es decir la referente a la declarativa del carácter privativo de las participaciones o acciones adquiridas por el cónyuge viudo, padre de los hoy recurrentes, en las sucesivas ampliaciones de capital de la sociedad actualmente denominada «Maquinaria ANIVI, S. A.» con posterioridad a su segundo matrimonio, se dedican los motivos nueve y diez amparados asimismo en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, así como el once que lo es por la vía del ordinal séptimo del mismo precepto, ninguno de los cuales es tampoco susceptible de estimación; en efecto, el últimamente citado, alega error de derecho en la apreciación de la prueba con violación del artículo mil doscientos veinticinco del Código Civil, siendo así que la Sentencia recurrida no dio valor de documento público al cuaderno particional realizado por el padre de los actores, que se dice no fue reconocido, pues se limita a afirmar que en él figuran determinados bienes como privativos, lo que es un simple argumento en el razonar que, por otra parte, no se combate en debida forma por el recurso; y a su vez el nueve y el diez denuncian respectivamente violación por inaplicación del artículo cuatro, primero, del Código Civil en relación con el cuarenta y uno de la Ley de Sociedades Anónimas y veinticuatro de la de sociedades de responsabilidad limitada y aplicación indebida del mil cuatrocientos uno, tercero, del Código Civil (en su anterior redacción), donde se impugna la declaración de la sentencia recurrida sobre la consideración de bienes gananciales de los beneficios, emisión de nuevas acciones y ampliaciones de capital de la primitiva sociedad limitada (convertida después en anónima) a partir de la fecha del segundo matrimonio (que tuvo lugar el diecisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve), respecto de lo cual es preciso distinguir, pues en cuanto a los «beneficios» es indiscutible su configuración de frutos, no en el sentido de contraprestación al disfrute por otros de una cosa (cual sucede en el usufructo), pero sí como resultado de una actividad productiva de una organización económica coordinadora de una serie de elementos materiales y personales, para que «fructifiquen» y desde luego incluibles en el número tercero del artículo mil cuatrocientos uno del Código Civil (en su versión anterior); mientras que por lo que se refiere a la suscripción de nuevas acciones o a las ampliaciones del capital societario, aunque tengan su fundamento y origen en la cualidad de socio, es cierto que no pueden considerarse frutos o rendimientos del capital, como a veces se sostuvo y a los efectos que aquí interesan, tendrán que tener la naturaleza del capital con el que se efectuaron, según establece la nueva redacción del artículo mil trescientos cincuenta y dos del Código, siendo privativos si dicho capital tenía ese carácter; lo cual, sin embargo deberá acreditarse cumplidamente y no con simples argumentos dialécticos como hace el recurso, estando en otro caso cubiertos por la presunción de ganancialidad de todos los bienes existentes en el matrimonio, del artículo mil cuatrocientos siete, en la redacción entonces vigente, que coincide con la actual del mil trescientos sesenta y uno; y, consiguientemente, bien porque no se probó de modo directo que son privativos, o bien porque funcionó la

presunción, el valor satisfecho será ganancial, que habrá de reembolsarse a los bienes comunes, pero manteniendo ese carácter con todas sus consecuencias, si como aquí sucede, no se llegó a hacer efectivo el reembolso.

Que a la tercera y última de las acciones ejercitadas —de las que al principio se dijo— se dedica el motivo duodécimo formulado con amparo en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, para denunciar violación por inaplicación del ordinal primero del mil trescientos noventa y seis, en relación con el también número uno del mil cuatrocientos uno ambos del Código Civil en su anterior redacción, así como también inaplicación de los números tercero y cuarto del citado artículo mil trescientos noventa y seis, todo ello, en torno de la cantidad percibida por el padre de los recurrentes (tres millones de pesetas), por la resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda del que era arrendatario antes del segundo matrimonio; motivo, que debe seguir igual suerte desestimatoria que los anteriores, porque desfigura los datos utilizados, afirmando que la sentencia recurrida niega el carácter privativo del derecho arrendaticio del que aquel era titular y no tiene en cuenta el principio de subrogación real, lo cual no es exacto, pues la resolución que se impugna se limita a señalar que dicha cantidad ni está prevista en la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni supone una consecuencia necesaria del contrato, que puedan permitir la pretendida subrogación, a lo que debe añadirse que constituye una especie de contraprestación onerosa, voluntariamente pactada, por el hecho de acceder el arrendatario al cese de la relación locativa, ajena por completo a los supuestos de los números tercero y cuarto del artículo mil trescientos noventa y seis e incluye en la ganancialidad del artículo mil cuatrocientos uno, ambos en su anterior redacción.

COMENTARIO.—Resulta chocante la afirmación contenida en el considerando cuarto expresiva de que cuando los menores interesados en la partición están representados por el defensor nombrado al efecto —defensor judicial— no es necesaria la aprobación judicial. Y esto incluso con referencia al Derecho o situación legal anterior a la reforma introducida en el artículo 1.060 del Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981.

Dice así la Sentencia: «... olvidando... lo dispuesto en el mil sesenta que es de aplicar en este caso, en cuanto que *los herederos eran menores de edad*, habiéndose observado lo que en él se establece, pues *estuvieron representados por el defensor nombrado al efecto, supuesto en el que no era, por tanto, necesaria la aprobación judicial*, no obstante lo cual ésta se obtuvo según se ha dicho repetidamente».

Esta interpretación del antiguo artículo 1.060 del Código Civil está en contra de la mayoría de la doctrina. Así CASTÁN TOBEÑAS (Derecho Civil, tomo VI, vol. 1.º, 7.ª edic., pág. 285) expresa: «Menores'sujetos a la patria potestad que no están representados por su padre o madre, en razón a la existencia de intereses opuestos. Como para este caso ya no rige la declaración del Código Civil, es aplicable el principio general de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece el requisito de la aprobación judicial (Resoluciones de 18 de diciembre de 1894, 24 de noviembre de 1898, 25 de mayo de 1906 y 20 de abril de 1912)». Los profesores LACRUZ y ALBALADEJO escriben: «Si entre los coherederos hubiese menores de edad pero que no pudieran ser representados por el padre o madre... procederá el nombramiento de un defensor judicial. La duda en esta hipótesis es, si ade-

más, se requerirá para esa partición la aprobación judicial. El artículo 1.060 del Código Civil a contrario *sensu* interpretado, abona por la afirmativa; y también el artículo 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en este caso, no puede considerarse derogada por el artículo 1.060 del Código Civil. Así lo han entendido el Tribunal Supremo (Sentencias de 31 de enero de 1913 y 27 de marzo de 1917) y la Dirección General» (*Derecho de sucesiones. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1961, pág. 520). En el mismo sentido se manifiesta el resto de la doctrina (ESPÍN, *Derecho civil español*, vol. V, 1964, p. 136; PUIG BRUTAU, *Elementos de Derecho civil*, t. V, volumen 3.º, 1964, pág. 579, como muestra de este rotundo sentido afirmativo: necesidad de la aprobación judicial de la partición verificada con intervención del defensor judicial de menores).

Después de la reforma de 1981, VALLET en las notas redactadas a raíz de la misma, se muestra partidario —aunque no se expresa con toda claridad— de la necesidad de la aprobación judicial de la partición en ese supuesto, dado que no se puede decir que los menores estén «legalmente» representados, sino que lo están «dativamente», valga la expresión, por el defensor nombrado judicialmente. En cambio, el mismo autor en la ponencia más extensa dice: «Tampoco hará falta la aprobación judicial en el supuesto del artículo 1.057, hoy párrafo 3.º (que era el anterior párrafo 2.º del mismo 1.057), en relación con el artículo 1.060, de haber menores o incapacitados. Este nuevo artículo 1.060 deroga el criterio de exigir la aprobación judicial de las particiones en que los menores estén representados por defensor judicial».

MEJORA. Artículos 808 y 823 del Código Civil (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1982).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José María Gómez de la Bárcena y López, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cartagena, conforme a las siguientes consideraciones:

Que el problema sustancial al que el recurso se contrae, que fue objeto de la controversia en la instancia, se centra en el de la eficacia del testamento otorgado por doña María C. D., otorgado ante el Notario de Cartagena don Joaquín Cortés García, en siete de marzo de mil novecientos setenta y dos, y la partición que la testadora verifica, con específica atribución de bienes a cada uno de los herederos, su hijo D. J. F. C. y a los dos hijos de éste, y por ende nietos de la testadora, doña E. F. G. y don J. F. G., a los que instituye herederos por partes iguales, ordenando ciertos legados, unos a favor de personas en ese momento no determinadas y de sus biznietos L., E. y A. M. F., hijos de su precitada nieta doña E. F. G., a más de los que lega a determinadas órdenes religiosas, a los que ha de adicionarse la disposición que hace referencia a las alhajas y ropas que ordena sean entregadas a su mentada hija y mobiliario y

cuadros que atribuye a su nieto e hijo, respectivamente, produciéndose la discordancia entre los contendientes, el hijo heredero como demandante y los dos nietos como demandados, al entender el primero, que ha sido prácticamente desheredado al no concedérsele por la testadora más que un tercio de la legítima, no obstante ser el único heredero forzoso, al que por ministerio de la Ley han de corresponderle los dos tercios de la herencia, que cifra en ciento quince millones novecientas noventa y cuatro mil cuatrocientas cuarenta y siete mil pesetas, de los cuales solo habría de percibir dos millones trescientas seis mil cuatrocientas cuarenta y siete pesetas, habida cuenta de que, además, gran parte de los bienes que la testadora le adjudica, en la partición verificada en el testamento, han sido enajenados en el espacio que medió entre el otorgamiento de su última voluntad y la fecha de su fallecimiento, siendo por ello por lo que, aparte de otros pedimentos, en orden a la declaración de propiedad a su favor del chalet número sesenta y seis de la calle de Alcántara de Madrid y a que la finca «La Humbría» y el solar de la Alameda de San Antón, que la testadora atribuía al demandante, habían sido enajenados antes de la muerte de la causante, postulaba la declaración de nulidad o de la inoficiosidad de la partición practicada en dicho testamento y de la cláusula quinta del mismo, o alternativamente inoficiosa la partición, completándose la legítima de la accionante hasta el límite de los dos tercios, colacionando lo colacionable, especificando la distribución del resto, abriéndose la sucesión intestada para los bienes que resultaran fuera de los dichos legados; pretensiones a las que la demandada comparecida doña E. F. G. se opuso, no obstante admitir, tanto en su contestación a la demanda, como en su reconvencción —que en la instancia se tuvo por no formulada en auto firme de seis de septiembre de mil novecientos setenta y ocho—, que era necesaria una nueva partición practicada judicialmente y en trámite de ejecución de sentencia, pero de acuerdo con el testamento otorgado por la causante, cuyo clausulado había de mantenerse, excepto en el extremo referente a la partición, en los términos aludidos; recayendo la primera sentencia en la que el Juzgado de Primera Instancia número uno de Cartagena establece: Primero. Que no procede declarar que el chalet de la calle de Alcántara número sesenta y siete de Madrid pertenece al demandante; Segundo. Que la finca denominada «La Humbría» y los solares números cuarenta y veintinueve de la Alameda de San Antón de Cartagena fueron vendidos por la testadora en el espacio de tiempo comprendido entre la fecha del último testamento y su fallecimiento; Tercero. Que el testamento otorgado por aquélla en siete de marzo de mil novecientos setenta y dos, es válido; Cuarto. Que en el mismo se contiene una institución de herederos por partes iguales, entre el actor y los codemandados; Quinto. Que no procede la apertura de la sucesión intestada de dicha causante; Sexto. Que el demandante es el único heredero forzoso de su madre doña M. C. D. y que su legítima es de las dos terceras partes de la herencia aumentada en el importe de las donaciones intervivos de la testadora que a ese solo efecto de la fijación de legítima se colaciona; Séptimo. Que la testadora no ha mejorado a ninguno de sus descendientes; Octavo. Que el caudal hereditario asciende a la cantidad de ciento diez y seis millones seiscientas noventa y un mil sesenta y nueve pesetas, que las donaciones colacionables importan doce millones quinientas noventa mil ciento ochenta pesetas, que la legítima del actor se fija en ochenta

y seis millones ciento ochenta y siete mil cuatrocientas noventa y nueve pesetas y que la parte de libre disposición se concreta en treinta millones quinientas tres mil quinientas setenta pesetas; Noveno. Que las donaciones declaradas colacionables no son reducibles por inoficiosas; Décimo. Que los legados importan veintitrés millones cuatrocientas treinta y cuatro mil sesenta y nueve pesetas, no son reducibles y deben pagarse con cargo al tercio de libre disposición de la herencia por caber en ella, la que quedará reducida después de tales pagos a la suma de siete millones sesenta y nueve mil quinientas una pesetas, que corresponde por mitad, a cada uno de los herederos voluntarios doña E. y don J. F. G.; Onceavo. Que se practique en ejecución de sentencia las adjudicaciones de bienes pertinentes según las bases sentadas en los considerandos de la sentencia, quedando sin efecto la partición verificada por la testadora en el anterior documento; sentencia que recurrida por la demandada doña E. F. G., fue íntegramente confirmada por la Audiencia Territorial de Albacete.

Que contra esta última resolución se alza, siempre por la demandada referida, el presente recurso de casación, integrado por ocho motivos, denunciando el primero de ellos, articulado por la vía del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la interpretación errónea de los artículos ochocientos seis, ochocientos siete, ochocientos ocho párrafo segundo, ochocientos quince, ochocientos diez y ocho, ochocientos veinticinco y ochocientos veintiocho del Código Civil, al mantener la recurrente que el motivo «tiende a poner de relieve que la testadora doña M. C. D., que instituyó herederos por partes iguales a su hijo don J. F. C. y a sus nietos don J. y doña E. F. G., estableció a favor de los dos últimos una mejora indirecta expresa o, subsidiariamente, una mejora tácita sobre el segundo tercio de la herencia destinada a tal fin», con lo que trata de combatir los razonamientos contenidos en los considerandos séptimo de la primera sentencia y segundo y tercero de la segunda, en los que, tanto el Juzgado como la Sala, mantienen que no existe mejora expresa, ni tampoco tácita, ya que los legados caben dentro del tercio de libre disposición, razonamientos determinantes de los pronunciamientos sexto y séptimo de la primera resolución, íntegramente confirmada por la segunda, que declaran que el actor es el único heredero forzoso de su madre la testadora, siendo su legítima las dos terceras partes de la herencia aumentada en el importe de las donaciones intervivos hechas por la testadora y que ésta última no ha mejorado a ninguno de sus descendientes.

Que establece el artículo ochocientos ocho del Código Civil, que «la legítima de los hijos y descendientes legítimos está constituida por las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre», añadiendo que «sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos», especificándose en el artículo ochocientos veintitrés del propio Cuerpo legal, «el padre o la madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a legítimas», denominándose a «esta porción mejora», a la luz de cuyos preceptos se deduce que como quiera que en tales supuestos la parte disponible a favor de los descendientes no queda limitada al tercio libre, sino a los dos tercios del haber, esto es, que el segundo tercio es legítima frente a extraños, pero no contra los descendientes del

testador, que cuenta para distribuir entre los descendientes con tales dos tercios: el libre y el de mejora; si bien este último está afecto a las limitaciones establecidas en los artículos ochocientos veinticinco y ochocientos veintiocho, determinantes de que para que la mejora se considere como tal habrá de declararlo así el testador expresamente, sin que en ningún caso esto haya de ser entendido, en el rígido sentido de que el testador venga obligado necesariamente a utilizar la palabra mejora, para que la misma pueda estimarse verificada, pues ello significaría tanto como extender el alcance del precepto sustantivo a una sacramentalidad, que ni de su texto, ni de su contenido, interpretados a la luz de la normativa de los artículos mil doscientos ochenta y uno y siguientes del propio Código, exigen, sino que habrá de ser el contenido del testamento, el que pondrá de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar, debiendo afirmarse que tal voluntad es patente, cuando el causante se haya manifestado de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, sin que ello pueda entenderse como forma tácita de expresión de voluntad del causante, que implique la existencia de una voluntad que, aunque no gramaticalmente manifestada, sí aparezca directamente comprobada, sino como una declaración expresa e implícita de la exteriorizada voluntad de mejorar, que no pierde tal condición por el hecho de que no se haya empleado la palabra mejora.

Que en el caso enjuiciado, existe un precedente comprobado y perfectamente admitido por las partes contendientes, el testamento otorgado por la causante doña M. C. D., en uno de febrero de mil novecientos sesenta y tres, en la que instituye «por su único y universal heredero de todos sus bienes a su hijo don J. F. C.», testamento que es expresamente revocado, en la cláusula undécima del otorgado en siete de marzo de mil novecientos setenta y dos, casi nueve años después, en cuya cláusula quinta, «instituye herederos, en la proporción que resulten serlo, según las adjudicaciones que hace más adelante, a su hijo don J. F. C., y a sus nietos doña E. F. G. y don J. F. G., con sustitución por sus respectivos descendientes legítimos», verificando la testadora la partición de sus bienes, en la cláusula siguiente, con concreta atribución a cada uno de los herederos instituidos, el primero como forzoso y los otros dos como voluntarios, de los bienes que integran su herencia, disposición testamentaria lo suficientemente clara y expresiva de que la voluntad de la testadora, era la de que sus bienes fueran distribuidos por terceras partes, entre su único hijo y los dos hijos de éste y nietos de aquélla, declaración testamentaria que viene también expresamente ratificada en la cláusula séptima al ordenar que el metálico existente en cuentas corrientes bancarias sea repartido «entre el hijo y nietos de la testadora, por terceras e iguales partes», manifestación distributiva que reitera en la cláusula décima, al ordenar la venta del solar número veintinueve del plano» que posea «la testadora, sito en la Alameda de San Antón de Cartagena», y «que su importe sea repartido por terceras e iguales partes» entre sus citados hijo y nietos.

Que la mentada disposición testamentaria obviamente viene a evidenciar la voluntad expresa de la testadora, manifestada, al dejar sin efecto un testamento anterior designando heredero universal de sus bienes, y atribuir en el último válidamente otorgado, la condición de herederos por terceras partes iguales a los aquí contendientes padre e hijos, presupone

una clara voluntad expresa de distribuir igualitariamente su haber, institución que, al implicar una voluntad de mejorar expresa, dable dentro de sus facultades dispositivas de última voluntad, con las que no priva al heredero forzoso demandante de la cuota de legítima estricta, el tercio señalado en el artículo ochocientos ocho del Código Civil, voluntad de la testadora que es Ley de la sucesión y que ha de ser mantenida, de acuerdo con el artículo seiscientos setenta y cinco del mismo Código que marca el criterio interpretativo que ha de darse a las cláusulas testamentarias, y que es el que se ha seguido en la antes verificada del testamento de la causante; razonamientos que conducen a la estimación del primer motivo del recurso que se examina, dado que lo razonado anteriormente, corrobora la errónea interpretación que en la sentencia impugnada se hace de las normas sustantivas que se citan como infringidas.

... Y en la segunda Sentencia resuelve congruentemente.

F. C. L.

LIBROS

VILLARES, R.: *La propiedad de la tierra en Galicia, 1500-1936*. Siglo veintiuno de España. Editores, S. A. Madrid, 1982.

Al afrontar la recensión de este libro monográfico, cuyo autor tiene apellido común con un compañero de promoción y de honda raigambre en el Cuerpo Nacional de Registradores, me encuentro un tanto desconcertado, pues aunque los temas fundo, tierra y propiedad me son familiares, no lo es, ni muchísimo menos, el fenómeno histórico y social de la tierra en esa Galicia de mis añorados recuerdos.

A mí, la tierra me llama la atención en cuanto paisaje, y me preocupa en cuanto a sus límites, y por ello siempre he creído que la forma de ser y actuar de los pueblos está mediatizada por el paisaje. Las onduladas y suaves colinas de Galicia dan cobijo, hasta cierto punto, al labriego gallego y le imprimen una imagen inconfundible. Lo decía QUESADA en sus *Chispas da roda*: «O problema noso non e nin agrícola nin de estruturas. E un problema hidráulico: mexan por un e hay que decir que chove»... Las montañas de Asturias y el País Vasco dan otros tipos también muy singulares. A nosotros, los castellanos, de tierras de pan llevar y páramos sin fronteras, el paisaje no nos protege: estamos solos frente al horizonte y nuestro lema es la claridad. Y así podríamos seguir, pero quiero destacar esa otra faceta de la que hablo y me preocupa, que son los límites del paisaje en cuanto éste se convierte en finca, objeto de inscripción. Me han contado en ese sensacional fondo curioso y anecdótico gallego, que a veces ocurre que una finca con sus linderos de piedra va reduciéndose progresivamente a medida que los años pasan y el propietario está ausente. Quizá la anécdota sea exagerada, como todo lo folklórico, pero sí recuerdo que en una conferencia que di en Nicaragua, hace ya tiempo (quede claro que di conferencia «somocista» y he prologado un libro publicado en lo «sandinista»), conté una anécdota muy parecida a la gallega, que la había tomado de un escritor poeta a quien había seguido en su ruta por Hispanoamérica. Me estoy refiriendo al diplomático y escritor AGUSTÍN DE FOXÁ, que contaba cómo allí —y lo pude comprobar— los campos estaban limitados por cercos vivientes. Por verdaderas tapias de «piñuelas», una especie de pitá, carnosa y erizada, y que originaba infinidad de pleitos porque alteraba los límites de las propiedades, ya que las «piñuelas», al reproducirse, caminan...

Como legitimación para la recensión de este libro, por ello, sólo puedo alegar el afecto que profeso al apellido VILLARES, que creo haber recensinado en su día un libro semejante referido a «las reformas europeas de la postguerra 1918-1922», y otro del mismo autor sobre la reforma agraria en Andalucía. También creo que animé a un antiguo alumno mío —EMILIO PLANCHUELO— a que publicase un trabajo sobre las comarcas de Lugo en

un estudio jurídico-sociológico en la *Revista Notarial*. Pobres alegaciones para emprender tarea tan ardua como recensionar un material de tan difícil dominio y tan alejado de mis posibilidades. Pero lo prometido es deuda, y no hay deuda que no se pague (aunque en los tiempos actuales esto deja de ser verdad) ni plazo que no se cumpla, como decía ZORRILLA en *El Cristo de la Vega*.

El libro monográfico tiene tres partes: el Antiguo Régimen, el siglo XIX y la desaparición de las rentas forales. Va precedido de una introducción del autor, seguido de un anexo con tablas estadísticas, una cita de fuentes empleadas que demuestran la seriedad del trabajo, unas citas bibliográficas de gran consideración y un índice de toponimos que cierra la monografía. Parece ser, según veo en la contraportada del libro, que la obra monográfica es producto de una tesis doctoral y ello explica ese trabajo serio y disciplinado que la Universidad imprime cuando de tesis e investigación se trata. Y si, como dice FELIPE —y lo traigo a colación porque esta obra tiene premio en la Universidad Menéndez y Pelayo en el año 1981— en su reciente intervención en los cursos de la Universidad citada: «No podemos perder ni que se malogren talentos», la frase debe tener toda la grandeza de que su finalidad la impulsa, y hay también que evitar que se pierdan y malogren los talentos existentes, a pesar del cambio.

A. LA PROPIEDAD DURANTE EL ANTIGUO RÉGIMEN

Las dos etapas que consume el autor para exponer el tema son una estática en la que nos cuenta la situación de la propiedad de la tierra a mediados del siglo XVIII, las formas de cesión de la tierra, el reparto social de la misma, las explotaciones agrícolas, la parcelación, el sistema de cultivos, la renta y los tipos de la misma, el clero regular y la hidalguía. En la fase dinámica relata el proceso de formación de los grandes dominios eclesiásticos y de hidalgos, la evolución de la renta y el control de la propiedad y conflictos sociales. Confiesa el autor en la introducción que en esta primera parte, a modo de presentación de los protagonistas, se realiza un análisis del proceso de formación de los dominios, especialmente de los hidalgos que quedan ejemplarizados en la Casa de Magariños, con objeto de explicar en su dimensión temporal la situación que, de modo sedimentado, aparece reflejada en el Catastro de Ensenada de mediados del siglo XVIII, y que se caracteriza por el predominio de la producción en el seno de la pequeña explotación y el pago de unas cuantiosas y diversificadas cargas.

B. LA PROPIEDAD TERRITORIAL DURANTE EL SIGLO XIX

Cuatro capítulos destina el autor a desarrollar una idea que parece constante: la perpetuación del sistema foral. Para ello arranca del proceso desamortizador. La sombra de Mendizábal aparece en la escena, y en ella el autor nos relata las características del proceso, la organización de las subastas, los compradores y el balance que con todo ello se consigue. Afronta luego los problemas de la distribución de la tierra, con su enfoque hacia la dimensión de las explotaciones, la parcelación y los cultivos. Toca también el tema de las cargas, impuestos, contribución, etc., para llegar a los intentos de transformación de la situación creada a través del sistema foral y el minifundio. Así, el autor ofrece la polémica foral, la redención

foral y el sistema hipotecario de 1861 en cuanto influyeron sobre la propiedad gallega. El autor explica cómo en esta segunda parte, siguiendo la terminología del drama, se expone la contradicción que supone o conlleva la permanencia del foro y de otros elementos propios del Antiguo Régimen en el contexto de una realidad sustantivamente transformada por la revolución liberal. Aunque el sistema foral sigue siendo útil como cauce de extracción del excedente agrario, los problemas que esta inadecuación plantea no tardarán en ponerse de relieve en los debates en torno al foro y en la formulación de sucesivos proyectos de redención del mismo.

C. EL PROCESO DE DESAPARICIÓN DE LAS RENTAS FORALES

El autor centra esta tercera parte de la obra entre los años 1890 y 1936, en cuyo espacio de tiempo se produce la desaparición de las rentas forales. Para su exposición maneja la técnica de la *descripción* del proceso y la *explicación* del mismo. En el primero acumula datos históricos y fechas de proyectos y disposiciones, y en el segundo, las razones que lo provocan: las transformaciones técnicas de la agricultura, la comercialización del ganado vacuno, la lucha por la propiedad de la tierra, las remesas de esa incontenible emigración. El autor explica que esta parte se destina al desenlace del drama: la desaparición del rentista y la conversión del pagador de la renta y cultivador directo de la tierra en propietario parcelario de la misma. Se cierra con ello un gran arco histórico bajo el cual ha discurrido esta retardada y premiosa modificación de la propiedad de la tierra.

Hemos llegado al final y el relato termina en 1936. Una pena que el autor no haya tenido el acierto de llegar hasta nuestros días, aunque igual le sucede lo que contaba CASTELAO de aquella procesión en la que todos tenían que llorar porque tenían por quién, menos Baltasara, a la que una «veciña inquiriu da rapaza: ¿Por quen chorabas, Baltasara? I ela dixo saloucando: ¿O non ter por quien chorar parelle pequena desgracia, señora?»

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*. Derecho de Familia. Relaciones conyugales. Volumen primero, tomo V, Reus, Madrid, 1983.

Al acercarse de nuevo a la obra de CASTÁN en un tema tan importante como es el Derecho de Familia, se vuelve a percibir la tremenda tranquilidad que el sentido de medida y equilibrio ha proporcionado siempre este autor al jurista. Ahora que en el solar hispánico se está discutiendo la Ley sobre Enseñanza (LODE) creo que es el momento de traer aquí la forma de ejercer el magisterio, materia en la que el legislador ni ha pensado, ni supongo que querrá pensar. Me refiero al tema de «la educación en el odio». Estoy comprobando, cada vez con más angustia, que el odio ha penetrado en la enseñanza. Se mutilan las instituciones, se oscurece la Historia, se descubre el sexo, se impone el idioma discriminatorio, la geografía es particular y autonómica, se ponen interrogantes a verdades importantes y, sobre todo, se enseña a odiar al semejante. La consecuencia es clara: hay que odiar al que no sea «como tú». Al cabo de unos años nos odiamos unos a los otros y, en vez de las dos Españas de Machado,

tendremos que hablar de catorce Españas: cada una de un color, cada una con un sabor y cada una con su odio.

CASTÁN enseñó Derecho con amor, con cariño, con austeridad y con sacrificio y, apuntando las dos vertientes del problema, eclécticamente ofrecía su solución. Si hubiera utilizado el odio nosotros, los juristas que nos formamos estudiando sus libros, tendríamos prevenciones, limitaciones y repudios contra esas legislaciones forales que siempre significaron un freno a ese anhelo de unidad legislativa que todo país civilizado pretende. NÚÑEZ LAGOS, uno de sus discípulos predilectos, decía que CASTÁN «era el sembrador, que derramaba generosamente semillas seleccionadas en horas de austeridad y sacrificio...» De la preparación jurídica de un pueblo en la idea de lo que significa el Derecho, surgirá, sin duda alguna, un Estado de Derecho. De los niveles de conocimientos que el jurista ofrezca surgirá siempre una escuela, una magisterio, una cátedra que ofrezca al mundo unos estudios y unas nuevas dimensiones. El odio y el desprecio que se ponga en la enseñanza, no ya del Derecho, sino de todo conocimiento, permitirá el surgimiento de un pueblo de resentidos, mentecatos, desaprensivos, inútiles, divididos y sin crédito internacional. La Cultura, explicada sin odio y sin adscripciones políticas, podría salvar a este pueblo que, trata, a pasos agigantados, de suprimir los bordillos de las aceras (no para que circulen los minusválidos), sino para que todo se haga calle, calzada, gris, asfalto... Todos iguales en el odio.

Para acercarse a un libro de CASTÁN hay que tener presente todo lo que digo antes. Y entiendo que aquel CASTÁN que todos estudiamos sigue siendo el mismo que ahora nos ofrecen en la versión de su «puesta al día» GABRIEL GARCÍA CANTERO y el hijo del autor JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ. Quizá uno de los signos que ha presidido la necesaria adaptación a la nueva legislación del magnífico libro que todos empleamos sea el de la «fidelidad» para saber mantener todas las virtudes que del trabajo emanaban. Por eso choca con la sensibilidad del jurista esa interpretación crítica que un autor hace, en estas mismas páginas, de la publicación que ahora voy a comentar.

Para mi recensión sería muy fácil el acudir a una posible «polémica» sobre los juicios emitidos por el autor citado y, apuntando posturas contrarias, suscitar la réplica «por alusiones». Es verdad que voy por la vida montado en Rocinante, pero creo que le sé parar a tiempo para que no arremeta contra los molinos, las ovejas o los pellejos. Yo aquí solo pretendo dar cuenta del contenido de un libro y de sus valores y no de lo que yo pienso que son o deben ser las instituciones dentro de la reforma. Es decir, no quiero que mis lectores me puedan calificar de «bajo-relieve», ni de «bajo-palio» y sí únicamente de «baja-tensión» que es lo que exige una crítica mesurada.

Me viene a la memoria —quizá nostálgica e imprecisa, aunque no veranee— que la versión anterior de esta materia fue recensionada por mí en esta misma Revista (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril, 1977, núm. 519, pág. 505). Debía de ser cuando la mujer celebra su año y logra importantes avances en su finalidad igualitaria de derechos con el hombre. Aparece la obra, ajustada a la legislación vigente, y creo que hago un elogio de cómo las colaboraciones que ponen al día el texto —y que son los mismos que ahora intervienen— hacen fácil y en la misma línea el necesario ensamblaje de lo nuevo con lo que perdura. En lo que yo me equivoqué en aquella recensión es en afirmar que la legis-

lación atacaba directamente a las instituciones y no por la peana que las sostenía. Debo rectificar ahora. La técnica era la clásica de «adorar, en este caso atacar, al Santo por la peana». A la institución hay que darle pases de castigo y abrirle el portón para que los cuatro jinetes aparezcan en el ruedo. Ya están ahí: el divorcio, el aborto, la enseñanza y la igualdad de la prole. Nunca he querido adentrarme en si los motivos que las empujan son o no justos, pero si pienso que admitiendo estas reformas se quebranta lo que podríamos llamar la tradicional concepción de la familia ¿y fue tan mala esa concepción? La verdad es que nadie se ha atrevido a demostrar los «males» que la unidad familiar, la coexión, la disciplina, la ordenación, la jerarquización, etc., han supuesto en la nueva sociedad. Con las reformas se ha pretendido generalizar lo que en casos extremos era necesidad y se ha vuelto a confundir lo urgente con lo necesario, dando pie a la disolución vinculante y administrativa de un matrimonio, a un aborto justificado por la frase gallega de «señor xuez, es que a pesar de ser alta y él bajito, yo agachéme», a una enseñanza manipulada desde el odio y a una puesta en hilera entre forasteros y parientes. Los males que se avecinan no, han sido previstos. PORTALIS en su discurso tenía razón: «Las leyes no son meros actos de poder; son actos de sabiduría, de justicia y de razón. El legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio». El diagnóstico médico lo confirma: la píldora como remedio para seleccionar la raza puede provocar el cáncer en el claustro materno. Lo que sucede es que los que mueven la «peana» del Santo, saben de antemano las repercusiones que todo ello trae consigo: el control socialitario del nuevo Estado comunitario. Y nosotros a verlas venir...

Al estudiar o exponer en forma genérica la aportación que los autores citados hacen a la obra del Profesor CASTÁN se hace imprescindible destacar cómo la reforma, excelentemente ideada, se incrusta defectuosamente en un Código que nació en otro siglo y bajo otros principios y al ponerse en contacto, Código y reforma, se produce lo que NÚÑEZ LAGOS decía en su día de la posesión y el Registro: el constante rechinar de sus piezas. No me gustaría destacar los artículos que aún quedan aislados, sin razón, después de la reforma, pues mi condición de Vocal Permanente de la Comisión de Codificación me debe hacer «muy comedido», pero al ser reforma parcial, es incompleta.

La obra, en su versión actual, tiene la misma estructura que la que comenté en su día y se destaca en ella la familia y su derecho, la relación conyugal en sus diferentes aspectos, el derecho foral sobre la materia, la disolución y separación matrimonial y el Derecho internacional. Exponemos este contenido:

- A) *La familia y el matrimonio.* Entiendo que, acertada o desacertadamente (y esto lo dejo para los disidentes) en el esquema que se ofrece y en la panorámica que se presenta no puede exigirse más precisión, más objetividad y más sistematización de materias. No sólo aparece la familia como institución y sus caracteres, sino que se profundiza en su naturaleza, en el Derecho que la regula, en su clasificación y en la política que debe regularla, distinguiendo entre familia legítima e ilegítima. España y su Derecho es la meta final de esta parte.
- B) *La relación conyugal.* Es la parte más densa de la obra donde se parte de un concepto genérico del matrimonio y sus sistemas, aparte de los esponsales, para luego desembocar en el matrimonio

canónico y el civil (¿será válida esta distinción o sólo debemos admitir el matrimonio como institución?) en los efectos personales y en los patrimoniales. Sería difícil entrar a fondo en cada uno de los aspectos que estas matizaciones y distinciones ofrecen, no sólo en los diferentes regímenes matrimoniales, sino en el problema de las donaciones, la dote y los parafernales. Son puntos que al jurista se le ofrecen como «muy apetecibles», pero creemos que en una recensión sólo la noticia debe quedar patente.

- C) *Régimen patrimonial en Derecho foral*. El gran mérito de la obra es haber recogido —aun a riesgo de una posible modificación— los derechos forales de Aragón, Cataluña, Baleares, Navarra, Vizcaya y Alava y Fuero del Baylio.
- D) *Suspensión y disolución*. Son tres los conceptos que se manejan: la disolución, la nulidad y la separación, para luego llegar al concepto específico de divorcio y sus correspondientes efectos.
- E) *Derecho internacional*. El estudio comprende no solamente los problemas de Derecho internacional que puedan suscitarse, sino las soluciones aplicables y las que puedan aplicarse a los que afecten al Derecho interregional en su traducción actual de Comunidades Autónomas.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CHICO ORTIZ, José María: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Tomo II, Librería Marcial Pons, Madrid, 1982, 1.194 pp.

En el número 552 de esta REVISTA se publicó una recensión del tomo I de esta obra firmada por TIRSO CARRETERO, excelente y profunda, como todos los trabajos a que nos tenía acostumbrados nuestro querido compañero. Cuando aún cabía esperar muchísimas cosas de su gran inteligencia y enorme capacidad de trabajo, Dios se lo ha llevado a gozar del premio que reserva a los buenos, aunque dejándonos el enorme vacío de su falta.

Tal dolorosa circunstancia y el ruego amistoso de JOSÉ MARÍA CHICO me obligan a intentar esta recensión, que ya estaba preparando nuestro compañero cuando le sorprendió su marcha, todo ello a sabiendas de que en modo alguno podrá alcanzar el nivel doctrinal que él le hubiera dado. Todos sabemos que pese a su innata modestia, tenía un estilo magistral y una altura profesional difícilmente alcanzables y que siempre recordaremos.

Bajo este impacto insoslayable he de empezar, como lo hacía TIRSO, diciendo que realmente este libro ni siquiera necesita presentación, pues su autor es bien conocido y la obra está lo suficientemente extendida entre opositores y profesionales como para que ahora vengamos a difundirla, cantando sus indudables aciertos. Este libro ha de tenerse siempre a mano, tanto para buscar soluciones concretas como para cumplir con nuestro deber de formación profesional continuada. Además, como también decía TIRSO, todos sabemos que leer a CHICO es siempre interesante, porque su amenidad proverbial soslaya el peligro de aburrimiento que amenaza con frecuencia a la literatura jurídica.

El tomo I, por exigencias de la programación, había de ser completado, pues la obra se ciñe al conocido cuestionario para oposiciones a Registros-

Notarías. Y aquí está el segundo que viene a completarlo y que constituye una abierta excepción a nuestro refranero. Si en éste se dice que nunca segundas partes fueron buenas, aquí el autor hace un quiebro al dicho famoso, porque este libro es colofón digno del primero al que iguala y hasta supera en la exposición de la materia y manejo de la técnica.

Después de una paciente lectura (¡son nada menos que casi 1.200 páginas de «amena» literatura hipotecaria!), digamos de entrada, que el autor ha sabido bien mantener en este segundo tomo que sale a la luz la misma tónica que acertadamente consiguió en el primero. CHICO ha vuelto a obtener una clara exposición de los temas que comprende el libro (ahora del 34 al 75). En todos y cada uno de ellos ha completado los textos legales con las interpretaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado y vuelve a presentar en esquema, pero con la necesaria amplitud, las diversas teorías propuestas; en cada caso, el autor echa su propio «cuarto a espadas» con la opinión que considera más aceptable.

Se han actualizado, por supuesto, todos los temas con la penúltima normativa surgida de las páginas del *Boletín Oficial del Estado*. Y no decimos la última porque nunca se sabe lo que puede aparecer en dichas páginas al día siguiente. Con razón recuerda el autor en la presentación esta frase del jurista alemán KIRCHMANN: «Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura». Y no han sido tres, nos dice CHICO, sino miles y miles de palabras, plasmadas en normas, las que han aplastado una legislación vigente; por ello ha tenido, dice, que «sufrir, buscar, ordenar, rectificar, interpretar y comentar», aunque afortunadamente con resultado positivo, añadimos nosotros.

Como muestra de su deseo de actualizar e incluso de anticiparse, CHICO ORTIZ ha llegado a recoger, bajo el rótulo de «estudios previos a la reforma del Reglamento Hipotecario», lo único que él conocía en el momento de escribir el libro, o sea el texto del borrador que salió de las comisiones formadas en el seno del Colegio de Registradores y que después se ha plasmado, unas veces exactamente y otras no tanto, en el Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, por el que se da nueva redacción a ciertos artículos de dicho Reglamento, para ponerlo acorde con las importantes reformas del Código Civil en materia familiar.

Efectivamente, en este último se habían alterado de modo sustancial la normativa de la filiación y el régimen económico matrimonial, con repercusiones en el Registro de la Propiedad en cuanto a la inscripción de los inmuebles y los derechos reales adquiridos por los cónyuges, según sus diversas modalidades posibles. Todo esto había de determinar también la capacidad para la posterior enajenación o la posibilidad de su embargo, por lo que era ineludible y esperado el retoque de los textos reglamentarios.

La gran complejidad de la reforma del Código Civil en dicha materia económico-matrimonial se expone y comenta ampliamente por JOSÉ MARÍA CHICO, recogiendo las nuevas normas y los trabajos aparecidos hasta el momento. En ellos, la doctrina se había planteado gran número de dudas y las no pocas dificultades surgidas de la reforma civil; ahora se intentan resolver con la nueva redacción del Reglamento Hipotecario, pero aún falta el necesario período de rodaje para poder opinar si en la práctica se han solucionado realmente tales problemas o si, por el contrario, se ha suscitado otros imprevistos y no menos importantes.

Por eso hemos de resaltar que el reto planteado al autor ha sido mucho mayor que cuando concibió el tomo I, pues allí se trataba de conceptos más bien teóricos y estables como son los prácticamente inmutables principios hipotecarios. Pero aquí ocurre precisamente lo contrario, ya que las materias de todos estos temas del cuestionario son cambiantes, han sido recientemente cambiados en la realidad y aún existen atisbos vehementes de nuevas reformas.

No hay más que ver el tomo que abre plaza, el tema 34, primero de este libro, se refiere ni más ni menos que al urbanismo en el Registro: ¿Cabe pensar en materia más coyuntural y cambiante, sometida a las distintas y dispares posturas sobre la regulación del suelo? Sin embargo, CHICO la trata con serenidad y maestría, como queriendo encontrar unas válidas bases científicas para construir jurídicamente una aceptable planificación del suelo urbanizable.

Si hemos de referirnos al contenido de este tomo II, es sabido que viene predeterminado por el cuestionario de las oposiciones a Registros, adaptable a Notarías y por tanto sigue la línea clásica y conocida del programa, o sea el examen de los distintos asientos que pueden practicarse en el Registro y que constituyen el entramado de la técnica registral. El Derecho material, sea civil, mercantil o administrativo se plasma en los libros registrales para conseguir las finalidades de la seguridad en el tráfico jurídico, la legalidad de las mutaciones inmobiliarias y la colaboración inestimable en materias sociales como el urbanismo y la agricultura especial. Aquí están, clara y perfectamente expuestos en el libro que comentamos, los valores que la institución registral aporta con su sistema jurídico en favor de la paz social.

El derecho real de hipoteca, base insustituible de un sólido régimen crediticio, que en su nacimiento llegó a dar nombre a la Ley reguladora del Registro, sigue siendo hoy pieza fundamental del sistema y es parte muy importante del cuestionario. En este tomo se estudia, por un lado, la hipoteca voluntaria que en su nacimiento y vicisitudes posteriores requiere la inscripción registral como constitutiva, y por otro, las llamadas hipotecas legales que son más bien o créditos privilegiados o figuras de museo sin importancia alguna en la práctica.

La parte orgánica de los Registros, que suena un tanto a materia administrativa y que no suele ser muy simpática a los opositores por la trabajosa retención de su contenido y la poco lucida exposición ante el tribunal es, sin embargo, de indudable importancia práctica en el ejercicio de la profesión, por lo que no debe minusvalorarse. Así se hace en el libro donde se recogen las últimas disposiciones y se tratan de explicar con la dificultad que exige su densa temática, poco propicia a construcciones floridas o doctrinales.

En conjunto, es necesario resaltar el esfuerzo que supone la laboriosa ordenación y puesta al día de esta extensísima materia hipotecaria, para lo cual el autor ha tenido que luchar contra dos tendencias contrapuestas: por un lado, el deseo de decir *todo* y por otro, el temor de decir *demasiado*. Téngase en cuenta que el libro va dirigido principalmente a opositores que para aspirar a la soñada plaza, al menos teóricamente, deben decir los temas «mejor que nadie», pero en contados minutos y es muy difícil conjugar la síntesis con la amplitud.

Pues bien, JOSÉ MARÍA CHICO sigue ahora la línea que se trazó en el primer tomo, o sea prescindir de abrumadoras citas científicas, recogien-

do tan solo las estrictamente precisas para una clara comprensión del tema. Cita, eso sí, las doctrinas que vienen al caso, pero se remite a la lista bibliográfica que hay al final del libro para si alguien quiere ampliar algún punto concreto que le interese especialmente. Lo principal es que el texto contiene siempre los datos precisos para exponer cumplidamente el tema, sin que en ningún momento aparezca escueto ni insuficiente.

El autor, tal como nos tiene acostumbrados, consigue también en este tomo, igual que lo hizo en el primero, una clara exposición de las materias que lo integran y el libro en su conjunto resulta armónico y sin rupturas, ya que consigue una misma línea acorde, lo que resulta fundamental para los opositores.

Resulta a la vez altamente útil para todos los profesionales del Derecho en general, al sistematizar y poner al día, que ya es de por sí importante, la difícil y complicada materia hipotecaria.

JOSÉ MARÍA CHICO tiene una amplia formación jurídica y profesional. Ha sido cocinero y fraile en materia de oposiciones, por lo que domina al completo la terminología. Como además tiene una acertada y fácil pluma, el resultado está a la vista, con este tomo II que corona su Derecho Hipotecario.

Terminamos nuestra recensión acudiendo de nuevo a TIRSO CARRETERO que, al final de su comentario citado, nos decía: «Además CHICO tiene pendiente un grave desafío: el tomo siguiente, y creo que no sería bueno cerrar la crítica de su tomo I con un incondicional y definitivo sobresaliente que le hiciese dormirse en sus laureles antes de dar cima a su obra. El Derecho Hipotecario, aunque ello sea cruel, le está pidiendo todavía muchas horas de trabajo y vela. El es capaz de triunfar ante el grave desafío. Quienes envidiamos su ingenio y capacidad de trabajo, le deseamos un éxito total».

Cuando apareció este tomo aún vivía TIRSO CARRETERO y pudo ver que, efectivamente, JOSÉ MARÍA CHICO había superado netamente el reto planteado, coronando con pleno éxito la obra completa. También podrá ver desde el cielo que, en cambio, yo no he alcanzado a plasmar un comentario acorde con los merecimientos de la obra de JOSÉ MARÍA y la memoria del propio TIRSO, que lo hubiera hecho muchísimo mejor, por supuesto; conseguir su altura doctrinal es pero que muy difícil, si no imposible. Y bien que lo siento.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

POVEDA DÍAZ, José: *Los elementos procomunales en la Propiedad Horizontal*. Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1983.

Representa este nuevo libro —tesis doctoral del autor con calificación de sobresaliente *cum laude*— un profundo estudio del polémico tema de los elementos procomunales, insuficientemente perfilado hasta ahora, a pesar de la abundante bibliografía que ha producido y de las declaraciones, ya numerosas, de la jurisprudencia.

Se trata de una tesis convincente por su coherencia, expuesta en estilo directo, sin ambigüedades y de fácil lectura. Que ofrece una doble vertiente, teórica y práctica, porque sabe compaginar el riguroso análisis doctrinal de las cuestiones con el examen de los problemas reales y la oferta de

soluciones eficaces y armónicas. Y que no elude hacer frente —superándolas, a mi juicio— a las dificultades que pudieran derivarse de ciertos pronunciamientos jurisprudenciales o de opiniones o prácticas más o menos difundidas.

Adelantar aquí al futuro lector algunos de los puntos más interesantes y significativos de la tesis, me ha parecido más adecuado que facilitar una simple noticia de la publicación.

1. En la introducción quedan ya apuntadas algunas ideas básicas:

— La insuficiencia normativa de la Ley de la Propiedad Horizontal debe superarse mediante una interpretación preferentemente finalista, apoyada en los precedentes históricos. No es necesario ni conveniente acudir a soluciones patrocinadas por legislaciones extranjeras o a construcciones doctrinales creadas de espaldas a la realidad.

— La copropiedad sobre los elementos comunes de la Propiedad Horizontal, en cuanto viene impuesta de manera forzosa para posibilitar la existencia misma de este régimen, difiere sensiblemente de la copropiedad del Código Civil.

— La copropiedad que puede surgir sobre lo que no sea elemento común queda fuera del ámbito de regulación de la ley especial y debe regirse por el Código Civil.

2. El inciso 1.º del artículo 4.º de la Ley de la Propiedad Horizontal, procedente del artículo 2.º del Proyecto, decreta la improcedencia de la acción de división en cuanto pueda producir la extinción del régimen de la Propiedad Horizontal («la situación que regula esta ley»), pero permite su ejercicio para extinguir la comunidad sobre un piso o local determinado. En el dictamen de la Ponencia que aprueba la Comisión aparece un segundo inciso («y siempre que la pro indivisión no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios»), que constituye la única base legal para lo que la doctrina conoce hoy como elemento procomunal. La primera cuestión a resolver es la de precisar su concepto.

Pues bien, en la Ley de la Propiedad Horizontal aparecen, claramente diferenciados, dos tipos de elementos: los comunes y los privativos. Los primeros constituyen la regla general (*Vid.* art. 1 y art. 3 *b*)). De modo que será elemento común todo lo que no sea elemento privativo. Por tanto, toda parte del edificio que, aunque sea susceptible de aprovechamiento independiente, no haya sido configurada como objeto de la llamada «propiedad exclusiva» o separada, será elemento común. En tal sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1969 al declarar que «en esta propiedad especial horizontal cada propietario es dueño de cuanto privativamente se le atribuye en el documento constitucional, perteneciendo todo lo restante a la comunidad de propietarios y para su uso o utilización conjunta».

Quiere esto decir que la expresión «piso o local determinado» no es equivalente a elemento privativo, en cuanto pueden existir partes o elementos susceptibles de aprovechamiento independiente que se destinen, sin embargo, a ser utilizados por todos los partícipes en aras de una necesidad o utilidad común. A éstos precisamente —nos dice el autor— se refiere el último inciso del artículo 4.º de la Ley de la Propiedad Horizontal. Y a ellos ha de aplicarse el término doctrinal «elemento procomunal, que será, por tanto, aquel piso o local susceptible de aprovechamiento indepen-

diente que, en lugar de destinarse a elemento privativo, se deja como elemento común, con el fin de obtener un beneficio para la comunidad.

Con este razonamiento, claro, sencillo y elegante, queda sentada la tesis. Recuerda la navaja de OCCAM: «las entidades no deben multiplicarse más allá de lo necesario».

3. El problema de los garajes ha sido el motivo o la ocasión del estudio. Nos ofrece POVEDA DÍAZ un abanico de los posibles destinos inicialmente previstos para el local o las plazas de garaje y de la construcción o configuración jurídica más adecuada para cada uno de ellos. En la práctica se presentan los problemas porque el promotor, al no tener decidido desde el principio el destino del local, lo configura como elemento privativo y pensando después destinarlo a la venta por plazas, ácuade al procedimiento de vender participaciones indivisas que darán derecho al uso exclusivo de una plaza de garaje. Los inconvenientes que acompañan a esta vía (retracto, *actio communi dividundo*, posibilidad de venta de participaciones a personas extrañas a la comunidad) se tratan de eludir estableciendo, en los Estatutos o en las escrituras de venta, cláusulas prohibitivas o limitativas de tales derechos o facultades.

La Dirección General de los Registros ha tenido ocasión de enfrentarse con cuestiones de este tipo. Expone el autor las Resoluciones de 4 de noviembre de 1968, 20 de diciembre de 1973 y 19 de diciembre de 1974, que somete a estudio crítico y detallado.

4. Los criterios doctrinales sobre el concepto y la naturaleza del elemento procomunal son muy dispares: se le ha considerado como:

a) Elemento privativo sujeto a un régimen jurídico peculiar (CÁMARA, MONET, SAPENA). Se apoya fundamentalmente: en la letra del artículo 4.º de la Ley de la Propiedad Horizontal y en que si el elemento procomunal fuera elemento común, el último inciso de dicho artículo sería inocuo, puesto que la indivisibilidad de los elementos comunes viene ya establecida en la regla general del primer inciso del precepto.

POVEDA DÍAZ combate esta postura:

— No debe atribuirse tanta importancia a las palabras «piso o local». Sin el inciso final del artículo 4.º, inexistente en el Proyecto; la expresión es clara: se alude a un piso o local en copropiedad ordinaria. Aquel inciso se introduce en el dictamen y, como justificación, se dice en el informe de la Ponencia que no se podrá dividir aquella parte del edificio habitable o utilizable para local, que hubiese quedado sin atribuir a propietario singular (con lo que se están dando las notas propias de los elementos comunes).

— El precepto no es inocuo aunque el elemento procomunal sea un elemento común, porque la regla general de indivisibilidad se está refiriendo a los elementos comunes esenciales, mientras que el artículo 4.º se refiere a los elementos comunes accidentales o por destino.

b) Elemento común modalizado por su destino (BARRENECHEA, ALVAREZ ALVAREZ). Es el criterio propugnado por el autor, que se basa:

— En el decisivo argumento desarrollado en el apartado 2.º.

— En la propia naturaleza jurídica de la Propiedad Horizontal que, careciendo de personalidad jurídica, es más bien un tipo especial de comunidad, lo que incide de forma importante en la calificación del elemento procomunal como elemento común.

— En que el régimen de cada piso o local privativo, en lo que no afecte a su relación con los demás o a la utilización de los elementos comunes, se regula por las normas generales de la propiedad y no es competencia, ni la ley lo ha pretendido, de la Ley de la Propiedad Horizontal crear un régimen especial para estas copropiedades, con lo que se haría inaplicable, sin razón suficiente, el régimen de división establecido en el Código Civil.

Dentro de esta categoría general, el elemento procomunal ha de encuadrarse entre los elementos comunes accidentales o por destino, que son aquellas partes del edificio susceptibles de aprovechamiento independiente a las que, por voluntad de los constituyentes de la Propiedad Horizontal, se extiende el régimen jurídico propio de los elementos comunes esenciales o por naturaleza. A diferencia de estos últimos, los elementos comunes accidentales se caracterizan por la reversibilidad de su régimen jurídico, ya que por acto de voluntad pueden pasar a ser elementos privativos.

c) *Tertium genus*. Postura adoptada por el I Simposio sobre Propiedad Horizontal.

El elemento procomunal debe ser un departamento independiente, con cuota de participación propia, perteneciente en proindiviso a varios titulares (que pueden ser todos o una parte de los copropietarios del edificio, pero nunca personas ajenas), constituido como tal voluntariamente, con exclusión de la acción de división y del derecho de retracto. Viene a ser una figura intermedia entre la unidad privativa y la pertenencia común, que guarda semejanza con los elementos comunes accidentales, de los que se diferencia por la voluntad de los interesados y, en definitiva, por la necesaria fijación de cuota.

La crítica es contundente:

— Resulta arbitrario el recurso a la figura intermedia, que la Ley de la Propiedad Horizontal rechaza.

— Por muy importante que sea la voluntad de los interesados, no puede serlo tanto como para crear, contra *legem*, una nueva categoría de elementos.

— La atribución de cuota es una evidente petición de principio, en cuanto será consecuencia, pero nunca causa, de la calificación del elemento procomunal.

d) La configuración como elemento común o privativo del departamento procomunal no puede depender de la voluntad de los interesados, dado el carácter imperativo de la regulación legal de la Propiedad Horizontal, que habrá de regirse por la voluntad de los interesados sólo en lo que permitan las disposiciones legales especiales (art. 396 del Código Civil). Y siendo inaplicable al elemento procomunal la acción de división —que es institución de carácter imperativo— si se admitiera el libre juego de la voluntad, estaríamos aplicando la excepción a un supuesto distinto al específicamente querido por el legislador.

e) Llegados a este punto, quedan ya perfiladas las notas determinantes del concepto de elemento procomunal: es un elemento común accidental o por destino, de uso o servicio total o parcial; su régimen jurídico es el de la copropiedad romana con dos especialidades: la indivisibilidad y la ausencia de los derechos de preferente adquisición; y su titularidad viene determinada *ob rem* por la titularidad de un elemento privativo y en la proporción que señala la cuota de participación en el inmueble.

5. De las anteriores notas se desprende necesariamente:

— Que, por ser un elemento común, habrán de ser partícipes del elemento procomunal todos los copropietarios del edificio y no podrán serlo de aquél los que no lo sean de éste.

— Que no debe tener cuota de participación.

— Que debe ser susceptible de aprovechamiento independiente, lo que no quiere decir que haya de consistir necesariamente en un piso o local, puesto que puede ser también otra parte del edificio (por ejemplo, parte del portal de entrada, que se arrienda para un pequeño negocio).

— Que debe estar situado forzosamente dentro del edificio en la Propiedad Horizontal del que dicho elemento se predica (combatiendo el autor cumplidamente la tesis de DELGADO ROLLÁN, defensora de la posibilidad de que un elemento común pueda hallarse fuera del edificio).

— Que debe formar parte del edificio de manera estable y duradera, teniendo como finalidad prestar un servicio o utilidad común. Y por ello, no será elemento procomunal aquél cuyo destino sea, exclusivamente, su enajenación para obtener un lucro con su venta. No sería lógico que un elemento de la Propiedad Horizontal cambie de naturaleza por el solo hecho de su enajenación o, dicho de otra forma, que su naturaleza consista precisamente en cambiar de naturaleza (ya que al enajenarse se convertiría en elemento privativo normal).

— Que debe quedar configurado como tal en los Estatutos de la comunidad, los que pueden limitarse a establecer tal carácter o prefijar, además, el uso o servicio a que ha de destinarse.

6. En lo que respecta al régimen jurídico del elemento procomunal, vale la pena destacar cuatro puntos:

a) La *utilización* vendrá determinada en los Estatutos o en los Reglamentos de régimen interior y, en su defecto, vendrá impuesta por la naturaleza y configuración del elemento. En todo caso, quedará sujeta a la decisión de los copropietarios, con posible aplicación subsidiaria del Código Civil.

En cuanto a participación en los gastos, habrá que tener en cuenta la posibilidad de existencia de una cuota especial de gastos (al amparo de la regla 5.ª del art. 9.º) o de pacto de exoneración a favor de determinados elementos privativos. En su defecto, se estará a la cuota general de participación.

b) La *administración* representa, en principio, una faceta más de la administración de la Propiedad Horizontal en general. Pero si se trata de elementos procomunales de uso parcial, en lo que se refiera exclusivamente a la forma de utilización, la decisión corresponderá a los partícipes que gocen del uso del elemento, en el bien entendido de que la ejecución de tales decisiones debe corresponder al Presidente, o en su caso al Administrador de la comunidad.

c) La *disposición* cabe referirla a la cuota de participación en el elemento procomunal o a este elemento en su conjunto.

— No cabe transmisión de la cuota con separación de cada elemento privativo. Sí cabrá la desafectación por decisión unánime de los copropietarios, que convertirá al procomunal en elemento privativo en régimen de copropiedad ordinaria, regida por las normas del Código Civil.

Los autores que admiten la transmisibilidad separada de la cuota encuentran un gran obstáculo en el retracto de comuneros, que tratan de

evitar por distintas vías. Considerando elemento común al departamento procomunal, todas estas dificultades desaparecen (el párrafo 2.º del artículo 396 del Código Civil es claro).

— Tampoco es posible la enajenación del elemento procomunal en su conjunto mientras sea elemento común. Cuando pierda tal carácter, mediante el acuerdo de desafectación, se convertirá en elemento privativo normal, en copropiedad, y su enajenación se someterá a las mismas normas que las que rigen la de cualquier elemento privativo.

SAPENA admite la validez de la disposición del elemento procomunal por decisión mayoritaria de los partícipes, siempre que tal posibilidad haya sido contemplada en los Estatutos, defendiendo incluso que para la formación de la mayoría pueda acudir al procedimiento del párrafo 2.º de la regla 1.ª del artículo 16 de la Ley de la Propiedad Horizontal. CÁMARA acepta esta solución para el único caso de que el elemento procomunal hubiera sido destinado, desde el principio, a la venta.

La Dirección General de los Registros se ha pronunciado sobre el tema en las dos conocidas Resoluciones de 5 de mayo de 1970 y 15 de junio de 1973, que el autor somete a minucioso estudio. Los casos resueltos en ambas son similares, con diferencias de matiz. Mediante acuerdo de la junta de propietarios se desafecta como elemento común la vivienda destinada a portería (configurándola como finca independiente y fijando su cuota, en el segundo caso, y no incluyéndola como elemento común ni como privativo, en el primero). Posteriormente, la junta acuerda la venta del piso, notificando fehacientemente la decisión a varios propietarios ausentes. Los Registradores, entre otros defectos, alegaron la falta de capacidad de la junta para efectuar la enajenación, que corresponde a todos y cada uno de los copropietarios del edificio. La Dirección General considera válido el cumplimiento utilizado y revocó las notas denegatorias.

No convence demasiado la doctrina de estas Resoluciones a PVEDA DÍAZ:

— Porque, aunque de forma encubierta, parece hacer una llamada a la personalidad jurídica de la Propiedad Horizontal, tentación rechazable totalmente, como en otra parte del libro se ha preocupado de demostrar.

— Porque se desconoce la capacidad de los copropietarios para la libre disposición de sus bienes. E incluso, añade el autor, puede desconocerse la misma existencia de un copropietario que ni asiste a la junta ni ratifica el acuerdo.

— Porque si el elemento enajenado no ha dejado en ningún momento de ser común —como afirma la Dirección General— la junta carecería de facultades para transmitirlo.

Quizá por todo esto nos diga el autor que no entiende en profundidad la doctrina del Centro Directivo, sin atribuir personalidad jurídica a la comunidad.

Existe además, a mi juicio, un punto confuso, no contemplado en los casos discutidos: el de la posible incidencia que sobre la venta del elemento común desafectado pudiera tener la existencia de gravámenes sobre los elementos privativos. Me explico: cuando se hipoteca o embarga un piso o local privativo, queda hipotecada o embargada la cuota que al mismo corresponda sobre los elementos comunes; al desafectar un elemento común y convertirlo en privativo resulta forzoso atribuirle una cuota, que necesariamente disminuirá proporcionalmente las cuotas de los elementos privativos preexistentes; y al disminuir la cuota del elemen-

to privativo hipotecado o embargado, se disminuye la garantía del acreedor. ¿Cuál debe ser la solución? ¿Entender que no puede acordarse la desafectación sin intervención de los acreedores? ¿Considerar que el nuevo elemento privativo quedará afectado por la carga en la proporción que corresponda a la disminución de la cuota del elemento privativo inicialmente gravado? ¿Verán los acreedores mermada su garantía, sin o contra su voluntad y sin posibilidad de defensa? ¿Qué juego podrían tener artículos como el 1.129-3.º del Código Civil, si el acuerdo de desafectación se tomó por mayoría, en ausencia o con el voto en contra del titular del elemento gravado?

d) La *renuncia* a la cuota en el elemento procomunal no es posible por tratarse de una titularidad *ob rem*. Sí lo sería tras la desafectación y conversión en condominio ordinario, en cuyo caso entraría en juego el artículo 395 del Código Civil y su efecto sería el del acrecimiento al resto de los partícipes.

Queda de manifiesto, con este muestrario de cuestiones, tanto la diversidad y trascendencia de los temas tratados, como la solidez de las soluciones que se proponen. Y se hace evidente la oportunidad del estudio (basta volver los ojos al problema de los garajes) y su extraordinaria e indiscutible utilidad, no sólo para los estudiosos del Derecho, que habrán de tener muy en cuenta en el futuro esta nueva —y en muchos aspectos decisiva— aportación doctrinal; sino también para el jurista práctico, al que habrá de servir de fecunda y valiosa ayuda para resolver los problemas que la realidad diaria plantea.

Estamos, en definitiva, ante una tesis sin fisuras, convincente y armónica, cimentada en un profundo conocimiento de la materia. A la que hav que reconocer —como valor añadido— su innegable oportunidad y utilidad práctica.

RAFAEL A. RIVAS TORRALBA

REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1983.

Este libro es un paso importante hacia la perfecta autoconciencia del significado de la reforma. Se fundamenta en el estudio de la totalidad de la doctrina española —anterior y posterior a la reforma— y, además, parte de un dominio general de la asignatura, y de una comprensión unitaria del régimen económico del matrimonio; maneja también con soltura y selección acertada la doctrina extranjera. El libro hace gala de un especial gusto sistemático y el autor conduce al lector de la mano por el libro, anunciándole las páginas por venir y resumiéndole las páginas pasadas. A mí, lo único que no me ha gustado de la estructura del libro (aunque desde luego es muy discutible) es su redacción algo tortuosa (con frases largas, inadecuada puntuación, y, en ocasiones, exceso de oraciones de relativo).

Y si continuo alabando un libro que me ha gustado mucho, sobraría la recensión (pues se produciría la identificación entre recensión y libro). Por eso, para subrayar su importancia, voy a exponer lo que me ha ido rondando por la cabeza mientras lo leía. Lejos de mi intención hacer una crítica; llegando a un cierto punto de desarrollo intelectual un libro no es criticable, sino sólo discutible; muchas veces la crítica pone en evidencia

al autor de la misma más que al autor criticado. El libro bueno no lo es por convencer, sino por ser bueno; según explico en las líneas siguientes, a mí este libro me ha gustado aunque no me ha convencido.

El libro del Doctor REBOLLEDO VARELA, dice limitarse a ser un estudio del régimen convencional de bienes en el Código Civil; a mi entender, el contenido del libro no se corresponde con su título. El libro es una visión general de la economía del matrimonio y de otros muchos temas interesantes sobre materias afines. Yo creo que el libro del Dr. REBOLLEDO es más una parte general del régimen económico familiar, que un estudio particular del régimen convencional de separación. Por ejemplo, estudia en el libro las cargas del matrimonio, la potestad doméstica, la vivienda familiar, el régimen de la prueba, las medidas cautelares, etc. Este tratamiento en extenso no es un error criticable, sino que se relaciona con la peculiar visión del Dr. REBOLLEDO sobre lo que es el régimen de separación (como vamos a ver a continuación).

Quizás hubiese sido interesante poner en relación el régimen económico del matrimonio con la naturaleza del matrimonio; esto hubiese, probablemente, no solo enriquecido el libro sino llevado al Dr. REBOLLEDO al enfoque del tema desde otra perspectiva. Me explicaré. Yo pienso que el régimen legal de gananciales, en la actual regulación del régimen patrimonial de los cónyuges, difícilmente puede considerarse un régimen de comunidad y prevalecen principios separatistas (que definen y tutelan una autonomía de peculios del marido y la mujer). El principio constitucional de la igualdad de los cónyuges se proyecta patrimonialmente —aún en los regímenes que se denominan de comunidad— en una separación tajante de la órbita económica del marido y de la mujer; ello es además así porque el legislador, al contemplar la economía del matrimonio, está especialmente preocupado por la eventual separación de los cónyuges. Por eso, a mi entender, los principios de comunidad que el Dr. REBOLLEDO encuentra en el régimen de separación, son los que existen en el régimen de gananciales; y la única diferencia sustantiva (definitoria) entre el régimen de separación y el de gananciales es —en mi opinión— el de la participación de las ganancias (que se hacen efectivas en el momento de la liquidación). Ni en el régimen de las titularidades, ni en el régimen de las facultades de administración y disposición, ni en el régimen jurídico de la responsabilidad, puede distinguirse entre el régimen de separación y el de gananciales; la razón de ello es que el nuevo régimen económico, en relación con la nueva naturaleza del matrimonio (en el Código Civil), parte de una individualidad patrimonial de los cónyuges, y sitúa los principios de comunidad no en el matrimonio, como *a priori* dogmático, sino en las cargas familiares (y estas cargas pueden existir y subsistir disuelto el matrimonio o sin matrimonio). En definitiva, a mi juicio, la diversidad de regímenes económicos es solo formal y accesorio porque el matrimonio, tal como es tratado en el Código, define libertad e igualdad como principios supremos y carece de sustantividad real (lo real es la familia); ya no existe propiamente un régimen económico matrimonial sino cargas familiares; y la sustantividad patrimonial del matrimonio es, exclusivamente, la de permitir la libre comunicación patrimonial entre los cónyuges, con independencia de la vía causal del derecho contractual o de la vía testamentaria del derecho sucesorio.

A mi entender y aún a riesgo de parecer algo reiterativo, quisiera subrayar que tras la reforma del Código Civil nos encontramos ante un régi-

men económico familiar tendencialmente único. Por eso, por ejemplo, cuando el Código regula la separación judicial de los cónyuges, la única sustantividad del régimen económico del matrimonio es su liquidación, pero los efectos patrimoniales de la separación judicial son independientes (autónomos y superiores) al régimen económico. Muchos de los temas que el Dr. REBOLLEDO trata en relación con el régimen convencional de separación (hogar familiar, cargas familiares, medidas cautelares) están pensadas para surtir su eficacia en caso de separación de hecho o judicial de los cónyuges (con independencia del régimen económico). Prevalecen unos principios imperativos familiares e intemporales y el único contenido sustantivo del régimen económico, se reduce a determinar la comunicación patrimonial entre los cónyuges *inter vivos* o *mortis causa*. El régimen económico de separación, se rige por los mismos principios que el régimen de gananciales (libertad e igualdad personal y patrimonial de los cónyuges, solo limitada por la dehñción y tutela de unos intereses y cargas familiares).

El Dr. REBOLLEDO no ha partido desde la perspectiva de la nueva naturaleza del matrimonio en el Código, sino desde otra perspectiva: distinguir el régimen de separación del régimen de gananciales. Todo el libro está enfocado desde esa única pretensión fundamental: identificar un auténtico régimen de separación frente al régimen de gananciales. El punto crucial es la interpretación de la presunción de comunidad en el régimen de separación (art. 1.441); el Dr. REBOLLEDO afirma que la presunción de gananciales del artículo 1.361 «establece una presunción de comunidad como complemento de fondo del régimen de gananciales», mientras que el artículo 1.441 solo tiene como función resolver un problema de hecho. De ahí en adelante, para poder configurar un auténtico régimen de separación frente al de gananciales, sienta como principio absoluto interpretador que aunque marido y mujer vivan juntos son extraños para todo lo que no sean los supremos principios imperativos familiares (cargas familiares, vivienda familiar, etc.). En aplicación de esta doctrina, en opinión de REBOLLEDO, para fijar la titularidad sobre los bienes es decisivo el título de adquisición; los artículos 448 y 464 juegan con plena efectividad dentro del matrimonio; no hay subrogación real en el régimen de separación; no se puede nunca presumir la existencia de donación entre los cónyuges, etcétera. ¿Y los acreedores?, los acreedores que se fastidien..., pues no debe confundirse, según el Dr. REBOLLEDO, actuar fraudulentamente, con la intención lícita que adopta la separación ante una situación de riesgo... En todo caso para eso está la acción paulina.

Yo creo que es discutible la tajante toma de postura de REBOLLEDO. Desde su punto de vista, no hay diferencia sustancial entre el régimen económico de separación y una pareja que viva junta sin matrimonio —siempre que haya cargas familiares—; se propone simplemente que los cónyuges sean tratados como extraños y que los principios comunes no lo sean por el matrimonio sino por las cargas familiares. Sólo así se resuelve la contradicción y dialéctica básica del libro (distinguir entre el régimen de separación y la sociedad de gananciales). A mi juicio, esto se consigue (y el autor es consciente) a costa de que el régimen de separación quede privado de entidad como régimen económico del matrimonio; pero, seguramente, además, lo único que encuentra el Dr. REBOLLEDO es el mismísimo régimen de gananciales. Pues el Dr. REBOLLEDO parte del régimen de gananciales que existía antes de la reforma y ese ya ha dejado de existir.

Después de la reforma, no existe propiamente un régimen de gananciales y la mayoría de los principios que REBOLLEDO atribuye al régimen de separación son también propios y definitorios del régimen de gananciales en el Código Civil. No sólo el régimen de separación ha quedado privado de su entidad como régimen económico sino también el régimen de gananciales.

Quisiera subrayar también el tributo que el libro paga a la maldición sociologista, pretendidamente progresista, que invade el derecho privado. En las primeras páginas se parte de una afirmación relativista de principio: no existe ningún régimen económico perfecto, y el idóneo depende sólo de las costumbres de cada pueblo; en particular, el régimen económico idóneo está en función de la fortuna de los cónyuges y el régimen de separación es el adecuado para los matrimonios con fortuna. A mí, por el contrario, y frente a esta extendida postura, me parece que debe mantenerse que el régimen económico del matrimonio está indisolublemente unido a la naturaleza del matrimonio, y que todos los regímenes son idóneos para los matrimonios con fortuna y ningún régimen es idóneo para los matrimonios sin fortuna. Por otra parte, el principio de igualdad de los cónyuges solo se puede definir desde el matrimonio como institución y nunca desde el régimen en sí, pues la igualdad, llevada hasta sus últimas consecuencias, implica tanto la negación del matrimonio como la de su régimen económico. El Dr. REBOLLEDO, que ha partido y desarrollado una idea contraria, parece haberlo intuitido en una ocasión, cuando concluye que la igualdad que define el régimen de separación se vuelve en contra del mismo régimen, pues no permite que la mujer participe en los lucros producidos durante el matrimonio (solo partiendo del matrimonio como realidad, y no como *a priori* dogmático, se puede definir una igualdad que respete una diversidad).

Y quiero terminar esta recensión volviendo a reiterar mi gran estima del libro y su carácter de modelo para una seria investigación. Sea cual sea el juicio de fondo que merezca, estamos ante uno de los mejores libros que ha producido la doctrina civil española en los últimos tiempos.

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ

SANTAELLA, M.: *Introducción al derecho de la publicidad*. Editorial Civitas. Madrid, 1982.

La recensión de este estudio monográfico sobre la «publicidad», prometida en un despacho ministerial al autor de la misma, estuvo siempre condicionada a lo que de ella podía aprovechar para volcarlo en el campo que me es más familiar: el de la seguridad del tráfico jurídico. Ciertamente que así ha sido y por eso comienzo la recensión, pues de otra forma hubiera pretextado cualquier motivo y ello me hubiera dado una nueva razón para «seguir» siendo amigo del autor.

El concepto de publicidad, dice DÍEZ PÍCAZO en el prólogo de la obra, es «multívoco» y de ahí mis movimientos sísmicos durante la lectura de la obra para aislar lo que debe entenderse por publicidad en el campo estricto de las Ciencias de la Información y lo que la misma nos puede brindar para otros campos. Recuerdo cuando el autor material del Estatuto de la Publicidad era Subsecretario y en aquella colaboración que le

prestaba se manejaba con cierta soltura uno de los libros claves sobre publicidad: *La trascrizione*, de PUGLIATTI. También recuerdo el asombro, para esa pureza de conceptos que significaba la publicidad, que me produjo muchos años más tarde cuando en la Constitución española se lee frase tan peregrina como la de que las asociaciones «deberán inscribirse en un registro a los *solos efectos* de la publicidad» (art. 22.3). Y puestos ya a proyectar el concepto de publicidad en los diarios de noticias del «país» y teniendo en cuenta que uno de los principios que debe regirla es el de la «veracidad», pues los periodistas no han dudado nunca en calificarse como «notarios de la realidad pública», recuerdo haber leído dos curiosas noticias que siendo o respondiendo a una verdad estaban tan mediatizados en sus calificativos que inclinaban al lector a un pensamiento distinto. Y como a mí no me duelen prendas y no estoy encuadrado políticamente en ningún partido, doy las dos noticias. La primera es de un periódico izquierdista. Cuando al Doctor Rivera se le nombra Presidente del Colegio de Médicos de Madrid, la prensa da la noticia y ese periódico que digo, también, pero matizándola «El *sancionado* Doctor Rivera ha sido nombrado...» La segunda noticia la da un periódico de derechas. Es el hecho de la adquisición por Alfonso Guerra de una finca en Mojacar que pertenecía a Antonio Bienvenida el torero. Cualquiera que lea esto pensará en hectáreas y más hectáreas llenas de pastos y toros... y yo os aseguro, porque la inscribí, que no tenía más de noventa metros cuadrados en la punta de un monte. Todo esto es como lo de aquel Notario que «padecí» hace tiempo que se le iba la mano en las descripciones de las fincas y a una tasca con cuatro cubas la empezó a describir hablando de una «bodega» y estábamos en La Rioja. Excuso deciros el lío valorativo que tuvimos con el Impuesto de Derechos Reales, pues el Abogado del Estado creyó, en principio, que se vendía Federico Paternina...

Creo que en la obra monográfica hay que penetrar haciendo tres grandes partes en sus veinticinco capítulos, situando en la primera los conceptos básicos de publicidad en su relación y encuadramiento, destinando a la segunda el tema de los sistemas y derecho de la publicidad y en la tercera el estudio de la relación jurídica publicitaria. Ya el autor me sabrá perdonar esta licencia que me tomo, pero para «dar noticia» a los lectores de todo el contenido del trabajo me debo doblegar a una distribución breve de materias, pues si bien el lector no tiene «pereza» en la lectura pausada del original, sé que le puede invadir en cualquier momento en que esto no se lo haga fácil.

A) *Conceptos, diferencias y encuadramiento*

Me gustaría arrancar de una definición de publicidad y para ello tengo que acudir al prologuista de la monografía: «por publicidad podemos entender la actividad dirigida a conseguir o procurar que algo sea público, y hacer algo público significa extraerlo del ámbito de la privatividad, que es siempre un espacio reservado y, en algún modo, secreto o, por lo menos, poco conocido. Por eso hacer público, o darlo a la publicidad, significa permitir que sea conocido por muchos, de manera general». Quizá, por ello, el autor identifique en su introducción el tema de la publicidad con el de la comunicación o información, aunque reconozca y explique los sinónimos de la misma: anuncio, aviso, confidencia, reclamo, informe, noticia, notificación, proclama, mención, cartel, alarma, propaganda, reparto, bando, edicto, manifiesto. De ello saca su conclusión: la comunica-

ción publicitaria aparece inserta en la actualidad entre el ejercicio del derecho a la información y la actividad de la empresa de mercado. También destaca en su introducción la importancia que la publicidad tiene en la vida socioeconómica al decir que la publicidad incide fundamentalmente sobre el sistema económico y prácticamente no se concibe una economía de mercado sin la existencia de la publicidad.

En los ocho capítulos que abren la obra y que incluimos en este apartado son diversos los estudios que se hacen y que van desde el concepto de publicidad-comunicación hasta la repercusión que la publicidad tiene en el campo político, pasando por la relación que la publicidad guarda con el Derecho, con la notoriedad, con los hechos y actos jurídicos, con las normas y con el ordenamiento penal.

La publicidad es comunicación pública. Su finalidad inmediata radica en que el sujeto comunicante consiga comunicar con una audiencia múltiple y heterogénea desde la perspectiva de las individualidades singulares, que importan al Derecho con carácter primario. La publicidad se inserta en un proceso comunicacional y encierra un mensaje publicitario. El autor también aborda otro problema en relación con la publicidad y es su dimensión económica que afecta a los sujetos económicos, consumidor, empresa y el Estado.

La relación que la publicidad puede tener con el Derecho la resume el autor en la idea de que las relaciones humanas de convivencia han de entrar en la normativa jurídica y en la que deben darse cita una serie de sujetos: responsable de la comunicación, ejecutores de la comunicación y receptores de la comunicación, es decir, los consumidores potenciales. Otro tema importante es el de la relación que pueda tener la notoriedad con la publicidad y en la cual el autor señala a la notoriedad como conocimiento susceptible de producir determinados efectos jurídicos. Estas ideas es preciso relacionarlas con las que el autor expone a continuación sobre la publicidad de los hechos, los actos y las situaciones jurídicas. Y aquí sí resulta importante la distinción que el mismo hace entre «simple» publicidad (a la que parece aludir la Constitución en ese artículo citado) que equivale a simple anuncio o noticia, la publicidad calificada cuando el acto o la situación se convierte en único medio de prueba y la publicidad legitimadora o de tercer efecto, aparte de la constitutiva. Yo ahí es donde me he basado para distinguir entre los registros administrativos (a los que se refiere la Constitución en el artículo 105) de publicidad noticia y los jurídicos (a los que alude el artículo 149 de la misma) con publicidad efecto.

Tres temas van a completar esta parte que hemos agrupado: la publicidad de las normas jurídicas (formulación de un texto completo, exigencia de la prueba de la costumbre y principios generales del Derecho), la publicidad en el orden penal (propagandas ilegales, escándalo público, calumnia e injuria, publicación de disposiciones o acuerdos sin autorización) y la publicidad en el Derecho político (propaganda electoral).

B) *Sistemas y Derecho de publicidad*

Se parte de dos sistemas claros: el de la publicidad declaración y el de publicidad comunicación, que representan la distinción entre registros jurídicos y registros administrativos. Seguidamente se aborda la cuestión del significado de la publicidad como medio de comunicación y sus relaciones con los demás medios de la misma (publicidad impresa, exte-

rior, cinematográfica, radiada, televisada, directa). Es apasionante y atrayente el capítulo que destina a la historia de la legislación publicitaria y no a la publicidad. En este camino un tanto uniforme el autor presenta lo que llama desarrollo doctrinal del Derecho de publicidad que enfoca en forma general y en particular en la doctrina española, en la que señala los más importantes autores dedicados o que dedican algunos de sus trabajos a la materia específica de la publicidad.

Al enfocar el tema del concepto jurídico de publicidad el autor dice que prefiere hablar de la publicidad no como un medio de comunicación de masas, sino como una técnica comunicativa, autónoma y diferenciada, ya que utiliza todos los medios de información como instrumento de esa técnica. Siguiendo esta línea señala y estudia la publicidad como objeto del Derecho a la información y apunta la concepción nueva de la actividad publicitaria, no como un instrumento para aumentar las ventas, sino una información cualificada en función de la técnica comunicativa empleada. Se supera así la técnica de HAAS en su *Teoría y técnica de la publicidad*.

Pasa el autor a estudiar la determinación conceptual del Derecho de la publicidad y después de sortear diversos problemas, como el de las desviaciones sobre su esencia y su autonomía, define el mismo como «Derecho de la publicidad es la ciencia jurídica que estudia el ordenamiento jurídico desde la perspectiva del fenómeno informativo publicitario, ordenando y sistematizando dentro de aquél la actividad publicitaria comunicativa y las situaciones y relaciones jurídico-publicitarias y sus diversos elementos, al servicio del derecho a la información, de la protección de los receptores y de los sujetos publicitarios en general». Cuestiones parejas con todo ello son las del encuadramiento de dicho Derecho en el ordenamiento jurídico y su matización entre lo público y lo privado. Igualmente aborda el tema de las fuentes del Derecho de la publicidad donde, aparte de las disquisiciones doctrinales en torno al concepto y su aplicación al campo de la publicidad, cita las que han de ser entendidas por tales en Derecho español y, por orden cronológico, apunta las existentes desde el año 1945 hasta 1982.

C) *Relación jurídica publicitaria*

Parte el autor del posible encaje que la teoría general de la relación jurídica tiene con la publicitaria y entiende que «será la existente entre sujetos publicitarios que tiene por objeto un contenido publicitario —comunicativo y/o patrimonial—, organizada y estructurada conforme a un principio normativo del Derecho de la publicidad». Tipifica la relación en base de los sujetos y del objeto, es decir de los sujetos publicitarios típicos y de la materia social afectada. Arrancando de la relación jurídica, estudia el tema del negocio jurídico que debe ser recibido por el Derecho de la publicidad, depurando ciertos elementos del mismo como son la manifestación de voluntad y los vicios del consentimiento. Estructurado así el problema examina especialmente dos de sus elementos: los sujetos publicitarios (personas físicas y jurídicas) y el objeto de la actividad publicitaria.

Temas relacionados con todo lo dicho son los que el autor pone a continuación en su estudio explicando su íntima relación con la problemática de carácter social, político y económico que en sí misma lleva consigo la publicidad. De ahí que sean tres los temas: la libre competencia,

la protección jurídica de los consumidores y los derechos de la personalidad y de la publicidad, tema este último que recoge el estudio de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 de la protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en consonancia con la Constitución.

Por último, un tema ciertamente importante, que ya señaló CABANILLAS en su discurso en defensa del Estatuto, es el de la creación propiamente dicha y la de la idea publicitaria con su posible protección en las normas reguladoras de propiedad intelectual e industrial. Es indudable que, abierta la posibilidad de una nueva ley de propiedad intelectual, la materia se tiene en cuenta para su matización normativa. La obra monográfica termina con un estudio de los regímenes jurídicos especiales de la publicidad y una bibliografía abundante sobre el tema.

Si es verdad que como dijo PAUL REBOUX «no es exagerado decir que la publicidad ha llegado a ser un arte», el estudio monográfico que hemos recensionado es un buen mensaje para todos aquellos que caminan por el sendero de las Ciencias de la Información, como fenómeno universitario y «eruptivo».

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

VERDERA Y TUELLS, E., Y UN CONJUNTO DE AUTORES: *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. «Estudios Empresariales y Financieros». Colegio Universitario de Estudios Financieros. Consejo Superior Bancario. Madrid, 1982, dos tomos.

La impresionante dimensión que el seguro tiene en sus diversas manifestaciones en los tiempos actuales —y que justifica esa nueva normativa que es estudiada en la publicación que comentamos— quizá se deba a ese ansia de seguridad unido a la idea de libertad, aunque me ha admirado siempre la satisfacción que el asegurado tiene una vez que ha contratado el seguro. Debe ser una labor captatoria la del agente de seguros que, con un entrenamiento y disciplina casi militar, lava el cerebro del futuro contratante y lo predispone o lo precipita de lleno en la firma del contrato. Y lo curioso del caso es que, aparte del pago de primas, lo que el agente le propone al firmante es un hecho incierto, pero posible: que su casa se queme, se destruya, que le roben, que se muera (Dios no lo quiera), que viva demasiado, que se quede tarado o imbécil, etc. Y ante todo esto el contratante no reacciona y acepta la posibilidad, a cambio de unas primas, y de un consuelo: si me muero mis beneficiarios no quedan del todo mal. Es el mal menor, la representación fáctica del dicho «los duelos con pan son menos», «el vivo al bollo y el muerto al hoyo»..., etcétera. El seguro cuando uno lo firma es una auténtica manifestación de desprendimiento, de falta de egoísmo, casi de prodigalidad... El seguro también es fuente de tentaciones homicidas y base sustancial de argumentos de novelas policiacas. La desaparición de una persona y la situación de ausencia pone retos al seguro. El seguro entra y se relaciona con la figura de la hipoteca. Quizá por todo ello sean necesarias tantas páginas, casi dos mil, para comentar la nueva ley del contrato de seguro.

EVELIO VERDERA ha tenido el gran acierto de reunir los diversos trabajos de cincuenta y dos autores que intervinieron en las jornadas celebra-

das sobre la materia, a las que en los dos volúmenes citados se le agregan los discursos de iniciación a cargo del Director general de Seguros LUIS DE ANGULO y el de clausura a cargo del Ministro de Hacienda JAIME GARCÍA-AÑOVEROS y un estudio preliminar sobre el encuadramiento constitucional y directrices básicas sobre la Ley de Contrato de Seguro del autor citado. Aparte de ello, en el tomo II, se recoge una documentación legislativa sobre el proyecto de ley y dictámenes, el texto de la ley y una serie de disposiciones complementarias posteriores a la misma. Desde mi parcela hipotecaria noto la ausencia de algunos trabajos más sobre esa relación en orden a la hipoteca y es «seguro» que a la fina sensibilidad jurídica de EVELIO VERDERA no se le habrá escapado. Quizá él, al enviarme la publicación para su recensión, pensó que iba a aprovechar este momento para precisar otros puntos del tema. Pero aparte de ello, traigo esta recensión con proyección legislativa de futuro, pues en base de mi condición de vocal permanente de la Comisión de Codificación, formo parte de ese grupo reducido que discute en estos días el anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales y esa ley forzosamente está en íntima relación con la del seguro.

La recensión de esta obra, sin embargo, se hace extremadamente difícil por la multiplicidad de materias que en ella se acumulan y la diversidad de autores intervinientes, que obligan a dimensionar al recensionista las mismas líneas a cada uno, para evitar que cualquiera de ellos pueda sentirse disminuido o postergado en su parcela. Por todo ello opto por dividir la materia ordenándola en mi sistemática particular, comentando primero la introducción y refiriéndome posteriormente a cada una de las materias que encuadro en ella.

A) *Introducción*

En esta introducción o «presentación» como la llama EVELIO VERDERA y TUELLS nos ofrece de una parte la razón justificativa de la nueva ley, el encuadramiento constitucional de ella y las líneas directrices a las que se somete o la rigen. Con ello ofrece una visión general que sitúa al lector y le prepara para adentrarse en cada uno de los temas que los sucesivos colaboradores afrontan.

Resulta evidente que una de las partes del derecho español que estaba en franco retraso y necesitado de una normativa actualizada es la materia del contrato de seguro. Por ello, EVELIO VERDERA va diseñando la postura inhibicionista del legislador español decimonónico y las posiciones que adoptan los Códigos de Comercio y Civil, el Proyecto de reforma del año 1926, anteproyecto de 1969 y los sucesivos intentos de 1972, 1975 y 1979 que culminan con la Ley de 8 de octubre de 1980. Quizá en ella no queda suficientemente claro el tema del orden de fuentes, se somete al sistema de leyes especiales, aunque sea considerado como régimen de derecho común y procede a una derogación expresa de los preceptos del Código Civil y Código de Comercio, dejando vigente el régimen del seguro de crédito a la exportación (Ley de 4 de julio de 1970). Ello va a permitir la publicación de una nueva Ley sobre ordenación del seguro privado que sustituya a la de 16 de diciembre de 1954 y a que la afecten la futura ley sobre condiciones generales de la contratación.

La delicada cuestión de la competencia estatal y la de las Comunidades autónomas la soluciona EVELIO entendiendo que la primera queda limita-

da a las bases de las obligaciones contractuales y que las segundas pueden dictar su propia normativa, todo en materia privada o civil, pues lo verdaderamente difícil es la precisión de que debe entenderse por «legislación mercantil» y «bases de la ordenación del crédito, banca y seguros» (artículo 149-6.º y 11 de la Constitución). Con ello volvemos a entrar en ese tunnel que la Constitución creó y que tiene difícil solución. Llegando a Nueva York me planteé, frente a la estatua de la Libertad, si allí comenzaba la libertad o terminaba la misma. Igual me sucede ahora con la Constitución: empieza con ella la democracia y la libertad o ahí se terminan ambas cosas.

EVELIO VERDERA echa de menos, y nosotros también, una Exposición de Motivos (la *mens* del legislador) y en forma general nos dice que se trata de un texto legal equilibrado, aunque algunas de sus disposiciones no merezcan un juicio positivo. Nos razona la división de la ley y sus dos grandes sectores de seguros contra daños y seguros sobre la vida y explica la subsistencia normativa del seguro marítimo, apuntando las normas insuficientes del seguro aéreo. Es importante destacar cómo el estudio preliminar señala las innovaciones que la ley aporta al régimen anterior y, sobre todo, el carácter impositivo de sus normas, las referencias a las condiciones generales y particulares, etc.

B) *Problemas generales*

En este apartado que nosotros hacemos incluyo el estudio que AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ hace de los cuatro artículos primeros de la ley, sobre concepto y naturaleza del seguro, diferentes modalidades del seguro, condiciones generales y nulidad del contrato a falta de riesgo o siniestro. Por su parte FRANCISCO VICENT y CHULIA destina su trabajo a la precisión del concepto y los caracteres del seguro. Siendo uno de los puntos básicos del seguro el carácter de aleatoriedad, VICENTE L. MONTES PENADES precisa el mismo en su estudio. Sobre la noción de siniestro, concepto decisivo para el seguro, RICARDO ALONSO SOTO expone su opinión. Y en materia de intervencionismo existen tres trabajos: uno, el de MIGUEL GUIRAO que estudia las condiciones generales a través de la Administración, y la jurisprudencia del Supremo, el de EDUARDO POLO sobre la eficacia del control judicial sobre condiciones generales y el de ENRIQUE LINDE PANTAGUA sobre la Administración y su papel en la nueva ley. En materia de seguros marítimos se ofrece el estudio de JUAN HERNÁNDEZ MARTÍ.

C) *El contrato de seguro*

Sitúo dentro de este apartado otro conjunto de materias que en este caso van a señalar y estudiar los elementos propios del contrato de seguro. Comienza FERNANDO SÁNCHEZ CALERO estudiando la conclusión o perfección del contrato, su documentación y contenido. Sobre interpretación del lenguaje del contrato ofrece su trabajo RAFAEL ILLESCAS ORTIZ y FERNANDO CAÑO ESCUDERO dedica el suyo al contenido sustancial del contrato. MANUEL GARCÍA AMIGO escribe sobre la integración del contrato, ERNESTO CABALLERO SÁNCHEZ sobre el documento de cobertura provisional y JESÚS BLANCO CAMPAÑA sobre las pólizas a la orden y al portador. Cierran este apartado JOSÉ ANTONIO GÓMEZ SEGADÉ, J. NICOLÁS MARTÍ SÁNCHEZ y LUIS FRANCISCO JAVIER CORTÉS DOMÍNGUEZ, que en sus trabajos tratan sucesi-

vamente los temas de la declaración de siniestro y la información complementaria, la protección del asegurador y la pluralidad en el contrato. Desviarnos en el comentario detenido de cualquiera de estos trabajos, todos ellos interesantísimos, rompería el equilibrio de la recensión y haría improcedente la misma.

D) *Clases de seguros*

En la publicación se exponen los estudios de los diferentes autores en diversos apartados, con la distinción entre seguro de daños, seguro de incendios, seguro de caución, seguro de personas y seguro de accidentes. Vamos a respetar esta dimensión y exponer las materias tratadas.

En el seguro de daños en forma general VICENTE CUÑAT EDO estudia las disposiciones generales, mientras que OLEGARIO HERNÁNDEZ DE PRADO dedica su trabajo a las normas del contrato de seguro de daños. AGUSTÍN CORRALES ELIZONDO específicamente ofrece el problema de la regla de proporcionalidad. MARCOS SACRISTÁN REPRESA brinda el tema de la incidencia del concurso del «asegurado o el tomador» del seguro según la nueva ley y los profesores ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS y JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE estudian las consecuencias de la liquidación del seguro. La relación que apuntaba sobre el seguro y la hipoteca está tratada a través del concepto de tercero por LUIS EXPÓSITO VAZ y los derechos de reintegro del asegurador por JUAN GÓMEZ CALERO.

En la sección de seguros de incendio, robo y transporte terrestre y de lucro cesante, JUSTINO F. DUQUE DOMÍNGUEZ ofrece un amplio trabajo que estudia cada una de estas modalidades. Y en la misma sección se incluye el trabajo del seguro multimodal que lo estudia en la nueva ley y en el convenio de Ginebra, su autor FRANCISCO MIGUEL SÁNCHEZ GAMBORINO.

Los seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro los afronta MANUEL OLIVENCIA RUIZ, el concepto de siniestro en el de responsabilidad civil lo estudia MARÍA ANGELES CALZADA CONDE, las notas generales corren a cargo de A. FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, la dirección jurídica del asegurado y la acción directa del perjudicado contra el asegurador, temas referidos a los de responsabilidad civil, son estudiados separadamente por JOSÉ MARÍA DE SOTOMAYOR y JOSÉ ANTONIO GARRO DEL CASTILLO.

MANUEL OLIVENCIA RUIZ interviene de nuevo con su trabajo sobre las disposiciones comunes del seguro de personas y seguro reaseguro. El tema del nuevo régimen de gananciales y el seguro sobre la vida lo afronta LA-CRUZ BERDEJO y RAFAEL GARCÍA VILLAVEVERDE estudia el contenido de la notificación de las alteraciones del riesgo. Cierran este grupo los trabajos de PEDRO M. RODRÍGUEZ OCAÑA con su aportación sobre los seguros personas en la nueva ley y ANTONIO JOSÉ FERNÁNDEZ RUIZ que escribe sobre el valor del rescate en los seguros sobre la vida humana.

Dos trabajos completan el conjunto de las clases de seguros que diseña la publicación. Uno es de MERCEDES VERGEZ SÁNCHEZ sobre los seguros de accidentes; de enfermedad y de asistencia sanitaria y el otro de MANUEL ALONSO OLEA sobre seguro de accidente común y de trabajo.

E) *Transitoriedad*

Las disposiciones transitorias y final son tratadas por FRANCISCO TIRADO SUÁREZ. Se incluye en este apartado la intervención final de JOAQUÍN GA-

RRIGUES sobre el espíritu del seguro que ha informado la ley a manera de espejo en que se ven reflejadas las normas legales. Magistralmente toca los puntos claves del seguro, como contrato de crédito, sin simultaneidad de las prestaciones, y de buena fe. Termina invocando la necesidad de la interpretación en la que se exige esa labor de pontífice de tender el puente entre la norma abstracta y el hecho concreto de la ley.

F) *Otros aspectos del seguro*

El segundo volumen de la obra recoge una serie de trabajos sobre temas íntimamente relacionados con el contexto de seguro como son el aspecto tributario, el control y política del seguro, aparte de los estudios sobre la figura del asegurador y el aspecto parlamentario de la ley. UBALDO NIETO DE ALBA aporta el tema del control y política del seguro. CÉSAR ALBIÑANA Y GARCÍA QUINTANA estudia el régimen tributario de las prestaciones derivadas del contrato. Sobre entidades aseguradoras escribe FÉLIX MANSILLA GARCÍA y también lo hacen ALBERTO MANZANO MARTOS y ANGEL RUBIO MORALES. Por su parte JULIO CASTELÓ MATRÁN presenta una serie de problemas (primas, condiciones, póliza, duración, seguros de cartera, etc.) en relación con el seguro automovilístico. FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ aporta el tema de la situación de la ley española dentro del ámbito propio de la normativa de la Comunidad Económica Europea y el debate parlamentario de la ley corre a cargo del estudio de ANTONIO SOTILLO MARTÍ.

La publicación se completa con unos apéndices legislativos que contienen la documentación legislativa del proyecto, informes y dictámenes, el texto de la ley vigente y una serie de disposiciones posteriores que se cierran con la Resolución de 25 de septiembre de 1981. Destaquemos, por último, el esfuerzo que significa la organización de esas jornadas, el haber sabido reunir las aportaciones en esta publicación y el brindar a quien pretenda profundizar en la materia este útil elemento de trabajo. Si es verdad que los seguros modernos nacieron en el mar y en una isla llamada Inglaterra, también es verdad que ahora los estudios están naciendo en España.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ