

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIX ○ Septiembre-Octubre 1983 ○ Núm. 558

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 Cariñanos.

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

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
ESTUDIOS:	
«Gestión de negocios en la Sociedad Anónima», por JAIME MOREY UMBERT	1057
«El Régimen de participación», por JOAQUÍN LANZAS GALVACHE	1141
«Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980», por JOSÉ BENAVIDES DEL REY	1171
NOTAS:	
«Un tema de oposición», por EMILIANO CANO FERNÁNDEZ	1259
JURISPRUDENCIA:	
Resoluciones y sentencias:	
I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS	1279
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO, JOSÉ QUESADA y JOSÉ CERDÁ GIMENO	1317
LIBROS:	
«Nociones fundamentales de Derecho Económico y Social», de OSCAR-DAVID SOTO SÁNCHEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1337
«La institución de heredero bajo condición», de MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1340
«Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario», de C. A. CANO TELLO, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1346
«Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca», de FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, por JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ	1349

	<i>Págs.</i>
«Etudes dédiées à Alex Weill», por José M. ^a PIÑOL AGUADÉ	1352
«Teoría general de los Registros», de FUEYO LANERI, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1358
«Protección jurídica de la familia», de J. L. LACRUZ BERDEJO, L. DÍEZ PICAZO, L. SÁNCHEZ AGESTA, A. LUNA SERRANO, M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, J. L. DE LOS MOZOS, M. VALLES RODRÍGUEZ, V. MENDOZA OLIVÁN, J. A. SAGARDY BENGOCHEA, J. M. ALMANSA PASTOR, M. COBO DEL ROSAL, J. R. CASADO RUIZ y E. NASARRE GOICOECHEA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1362

ESTUDIOS

Gestión de negocios en la Sociedad Anónima*

10.5.7. *Ideas generales sobre: Principios registrales, Documento y Registro, Registro Mercantil y Registro de la Propiedad*

A) *Principios registrales*

Nos hemos ocupado antes, en este estudio, de la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento y facultades de los Administradores (10.5.6.4.1), Gerentes (10.5.6.6.2.1), Consejeros Delegados y Comisión Ejecutiva (10.5.6.7.1) y Apoderados (10.5.6.6.1), y de la inscripción de la escritura de constitución de la Sociedad Anónima (10.3.2.2). Hemos estudiado asimismo la inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos estipulados por los Gestores, en nombre de la Sociedad Anónima en creación, unidos a la ratificación otorgada por los órganos de la Sociedad Anónima o por sus Apoderados.

Veamos ahora cuáles son los principios registrales que rigen dichas inscripciones.

El mundo registral se rige por los siguientes principios:

- 1.º Principio de rogación: el Registrador no puede actuar de oficio.
- 2.º Principio de legalidad: sólo son inscribibles los actos y contratos válidos.
- 3.º Principio de publicidad: en su acepción de publicidad formal significa que todos los interesados pueden enterarse del contenido del Registro, y en su acepción de publicidad material, que lo no inscrito se presume desconocido por los terceros, y lo inscrito, conocido por todos.
- 4.º Principio de legitimación: los asientos del Registro se presumen

(*) Tercera parte de lo publicado en el número de julio-agosto de 1981.

exactos y válidos, y los derechos inscritos existentes y pertenecientes a su titular, salvo prueba en contrario.

5.º Principio de fe pública: el contenido del Registro se presume exacto y válido, y los derechos inscritos existentes y pertenecientes a su titular, aunque se demuestre lo contrario, siempre que concurren determinados requisitos.

6.º Principio de tracto sucesivo: sólo son inscribibles los títulos otorgados por quien en el momento de inscribirlos sea titular registral del derecho.

7.º Principio de prioridad: los títulos primeramente presentados cierran el Registro o tienen preferencia sobre los presentados después y sobre los no presentados.

8.º Principio de inscripción: la inscripción es constitutiva cuando modifica la realidad jurídica extrarregistral, y declarativa cuando la refleja.

9.º Principio de espacialidad: sólo son inscribibles los derechos suficientemente descritos y determinados en el título, debiéndose practicar la inscripción en los folios del elemento base a que se refieren.

Dada la conexión existente entre el mundo registral y el mundo notarial, a continuación de los principios registrales de publicidad, legitimación e inscripción constitutiva, haremos referencia a los principios notariales de presentación, legitimación documental y escrituras *ad solemnitatem*, respectivamente, que son correlativos de los anteriores.

Entre los principios registrales mencionados, unos constituyen requisitos o presupuestos para que la inscripción pueda practicarse. Otros regulan los efectos de la inscripción. Dentro del primer grupo se encuentran los principios de rogación, legalidad y especialidad. Y dentro del segundo grupo, los principios de publicidad, legitimación, fe pública, prioridad en sentido prelativo e inscripción constitutiva o declarativa.

A caballo entre ambos grupos se hallan los principios de prioridad en sentido excluyente y de tracto sucesivo, porque, por una parte, cierran el Registro a determinados títulos no inscritos y, por otra, determinan los efectos de los títulos inscritos.

Desde otro punto de vista, por la relación de causa a efecto en que se encuentran algunos principios respecto de otros, cabe agruparlos en dos cadenas.

Una cadena tiene sus componentes en los principios de publicidad formal, publicidad material, legitimación y fe pública, porque cada uno de estos principios constituye el fundamento de los que le siguen. En efecto, por el principio de publicidad formal, el Registro es cognoscible. Por ser cognoscible, lo inscrito se presume conocido, y lo no inscrito,

desconocido, cuyas presunciones constituyen la entraña del principio de publicidad material. Y por presumirse conocido lo inscrito, y desconocido lo no inscrito, los principios de legitimación y fe pública pueden consagrar la protección de lo inscrito, y el perjuicio de lo no inscrito, respecto de su titular.

Una segunda cadena tiene sus eslabones en los principios de legitimación, fe pública e inscripción constitutiva, por un lado, y en el de legalidad y función calificadora, por otro, porque los importantes efectos que desencadenan los principios enunciados en primer lugar, constituyen la *ratio legis* de que por el principio de legalidad se impida la inscripción de títulos nulos o simplemente defectuosos, y de que el Registrador, mediante la función calificadora, deba cerrar al Registro a tales títulos.

B) Documento y Registro

Documento y Registro son conceptos en conexión.

Documento es todo escrito en el que se hace constar un hecho, acto o contrato para perpetuar su memoria o para darlo a conocer.

Registro es una ordenación escrita de documentos con una finalidad determinada.

El Registro es, pues, un documento. Y un conjunto de documentos pueden constituir un Registro.

El adjetivo público aplicable a los documentos y a los Registros tiene dos sentidos: el de que todos puedan conocer el contenido del documento o Registro que sea público, y el de que el documento o el asiento registral deban ser autorizados por Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley (art. 1.216 del Código Civil).

Los Registros Mercantil y de la Propiedad son públicos en los dos sentidos expuestos. Todos pueden conocer sus asientos y el Registrador que los autoriza es un funcionario público.

El documento notarial sólo es público en el sentido de que los documentos que lo integran han sido autorizados por Notario, pero no en el de que todos puedan conocer su contenido, porque el protocolo notarial es secreto.

Otra diferencia entre el documento autorizado por Notario y el asiento registral, se encuentra en que el Notario está en contacto directo con los interesados. Actúa con intermediación. En cambio, el Registrador no está en contacto directo con los interesados y actúa sin intermediación. En base a esta diferencia, se ha dicho que la fe pública del Notario es originaria y la del Registrador derivativa. En contra, se puede objetar que

en el principio de fe pública registral, la fe pública del Registrador es originaria por no fundarse, al menos directamente, en actuaciones notariales. El hecho de que el Notario actúe con intermediación y el Registrador sin ella es incuestionable, pero no lo son tanto las consecuencias que se han querido extraer de este hecho, como la de que en nuestro Derecho no existen inscripciones constitutivas.

Las inscripciones se practicarán, generalmente, tanto en el Registro Mercantil como en el de la Propiedad, en virtud de escritura pública o de documento judicial o administrativo expedido por autoridad o funcionario competente (arts. 3.º de la Ley Hipotecaria y 8.º del Reglamento del Registro Mercantil). En virtud de escritura pública se practicarán, en general, las inscripciones a que hace referencia este estudio (inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos otorgados por los gestores en nombre de la Sociedad en creación y su ratificación y de las aportaciones sociales, cuando tengan por objeto bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos; inscripción en el Registro Mercantil de constitución de la Sociedad Anónima, del órgano administrativo y de los Apoderados de la Sociedad).

C. Registro Mercantil y Registro de la Propiedad

Existe una pluralidad de Registros. Los hay civiles, mercantiles, administrativos, hipotecarios y simplemente estadísticos. Unos ni siquiera publican, otros sólo publican, otros publican y legitiman y, finalmente, otros, además, constituyen. Los Registros Mercantil y de la Propiedad publican, legitiman y en ocasiones constituyen. Aparte de la finalidad específica de cada Registro, es perceptible una finalidad genérica en todos ellos, consistente en deparar seguridad, mediante la constatación de los hechos, actos y contratos.

Entre los Registros Mercantil y de la Propiedad existen analogías y diferencias.

En el Reglamento del Registro Mercantil de 1919 eran mayores las diferencias que las analogías. Hoy, después del Reglamento de 1956, se han invertido los términos y son mayores las analogías.

El profesor GARRIGUES escribía en 1949, con referencia al Reglamento de 1919, entonces vigente, que entre el Registro Mercantil y el de la Propiedad no había razón de analogía, sino que, salvo el dato de ser ambos Registros instrumentos de publicidad, todo son diferencias, que arrancan de la diversidad del objeto de la inscripción.

El preámbulo del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 anticipa al respecto una visión de conjunto de su articulado, al declarar que:

«La progresiva expansión del fenómeno asociativo mercantil impone un robustecimiento de los principios básicos del sistema, que no son sustancialmente distintos de los principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario».

Al establecer un paralelismo entre el Registro Mercantil y el de la Propiedad es conveniente estudiar separadamente, respecto de las inscripciones, en uno y otro Registro: *a)* el objeto; *b)* los efectos, y *c)* la finalidad.

a) Todas las inscripciones tienen su objeto. En la de constitución de Sociedad hay que distinguir el objeto de la inscripción y el objeto de la Sociedad, que debe constar preceptivamente en la inscripción, conforme al artículo 100, número 4, en relación con el 102, letra *b)*, del Reglamento del Registro Mercantil. Ambos conceptos —objeto de la inscripción y objeto de la Sociedad Anónima— coexisten en la misma inscripción, pero ambos conservan su identidad. Constituyen el objeto social las operaciones a las que la Sociedad va a dedicar su actividad, y constituye el objeto de la inscripción la persona jurídica que con ella se crea.

Se ha dicho que en los Registros públicos se inscriben hechos, actos, contratos, documentos, títulos y derechos. Los derechos están contenidos en los actos y contratos. Los títulos, en su acepción causal, se identifican con los actos y contratos, y en su acepción formal con los documentos, y éstos son considerados por algún autor en su dimensión fáctica, que los identifica con los hechos. De todo lo cual es deducible que la alternativa puede quedar reducida, en gran síntesis, a sólo dos elementos susceptibles de constituir el objeto de la inscripción, dotados ambos de sustantividad propia e individualidad distinta: los hechos y los actos y contratos.

Durante mucho tiempo la doctrina ha venido afirmando mayoritariamente que en el Registro Mercantil se inscribían hechos, y en el de la Propiedad, actos y contratos.

A nuestro juicio, este punto de vista no es exacto, y ni siquiera lo era referido al Reglamento de 1919. Si el inscribir, por ejemplo, el nombramiento de los Administradores en el Registro Mercantil, en virtud de acuerdo de la Junta General, se entiende que lo que se inscribe es el hecho de haber sido nombrados y no el acuerdo de la Junta nombrándolos, paralelamente cabría afirmar que al inscribir una herencia lo que se inscribe es el hecho de que los herederos hayan sido instituidos y no el acto jurídico de la institución de herederos, según el testamento o el auto de declaración de herederos. DE LA RICA aduce un ejemplo semejante.

En esta línea, la Dirección General de los Registros tenía declarado, en Resolución de 8 de julio de 1933, que: «La manifestación de que en

el Registro Mercantil sólo se inscriben hechos ha de entenderse poco precisa e inarmónica con la Exposición de Motivos del Código de Comercio, según el cual, el Registro Mercantil se eleva a la categoría de institución netamente jurídica».

El profesor GARRIGUES escribía en 1949, bajo la vigencia del Reglamento del Registro Mercantil de 1919, que en el Registro Mercantil se inscriben personas y hechos, y en el de la Propiedad, actos y contratos.

Y DE LA RICA, en 1955, con referencia al Reglamento de 1956, todavía en proyecto, escribía que el Registro de la Propiedad es un Registro de relaciones jurídicas (títulos en su acepción causal, no en la documental) generadoras de derechos sobre inmuebles y asimilados, que constituyen su soporte objetivo, y que el Registro Mercantil es un Registro de relaciones jurídicas generadoras de derechos obligacionales del comercio, cuyo soporte es el comerciante individual o social.

En las consideraciones precedentes y en las que siguen dejamos aparte el objeto de la inscripción en el Registro de buques y de aeronaves, que caen fuera de nuestro estudio.

La cuestión de cuál sea el objeto de la inscripción en el Registro Mercantil queda hoy resuelta en el artículo 1.º del Reglamento vigente de 1956, a cuyo tenor: «El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de los comerciantes o empresarios individuales, Sociedades mercantiles, buques y aeronaves y la de los actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las leyes». Y como quiera que en el Registro de la Propiedad se inscriben asimismo actos y contratos, conforme preceptúa el artículo 2 de la Ley Hipotecaria —que si bien en algunos de sus números habla de títulos, lo hace en su acepción causal de actos o contratos—, es hoy incuestionable que entre ambos Registros existe una notoria analogía en cuanto al objeto de la inscripción.

No obstante, esa identidad no es absoluta, ya que en el Registro Mercantil se inscriben el comerciante individual y el social, que no tienen acogida en el Registro de la Propiedad.

Por lo demás, no cabe montar ninguna diferencia sobre la base de que en el Registro Mercantil, en algún caso aislado, se sigan inscribiendo hechos —como en el del comerciante individual, que al ser inscrito, lo que se inscribe es el hecho de ejercer el comercio—, y que en el Registro de la Propiedad no tenga acogida la inscripción de hechos, porque también los hechos, en algún caso, son inscribibles en el Registro de la Propiedad, como cuando, conforme al artículo 23 de la Ley Hipotecaria, se hace constar el hecho del cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos. Tampoco constituye una diferencia la circunstancia de que en el Registro de la

Propiedad se inscriban fincas, no inscribibles en el Registro Mercantil, porque las fincas no constituyen el objeto directo de la inscripción, sino el objeto del objeto, ya que lo que se inscribe es el acto o contrato que recae sobre las fincas.

Por otra parte, el objeto de la inscripción es más heterogéneo en el Registro Mercantil que en el de la Propiedad. Esta heterogeneidad ha motivado que el artículo 1 del Reglamento del Registro Mercantil, que acaba de transcribirse, haya recurrido, al tratar de perfilar el objeto de la inscripción, a la fórmula de la enumeración y no a la definición.

La importancia de delimitar el objeto de la inscripción radica principalmente en que el objeto repercute en los efectos, porque la inscripción de hechos produce efectos más restringidos que la de actos y contratos, lo cual, en parte, es debido a que, como ya ponía de manifiesto la Resolución de la Dirección General de los Registros de 8 de julio de 1933, suele ser difícil calificar la veracidad de la declaración de haberse verificado un hecho.

b) Por lo que respecta a los efectos de la inscripción, el Reglamento del Registro Mercantil vigente, al consagrar en su artículo 3 los principios de legitimación y fe pública y al disponer en su cuarta disposición adicional la aplicación del Reglamento Hipotecario, como supletorio del Reglamento del Registro Mercantil, viene a proclamar la casi completa identidad entre los efectos de la inscripción registral mercantil y la inmobiliaria, recogida explícitamente por la Dirección General de los Registros en Resolución de 16 de marzo de 1967. Sin embargo, la identidad no es absoluta, porque perduran diferencias cuantitativas y cualitativas. Cuantitativas porque en el Registro Mercantil no tiene aplicación el principio de tracto sucesivo propio, ya que no es tal la exigencia del artículo 4, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil, como veremos en la referencia 10.5.7.6. Y cualitativas, porque los principios registrales se aplican con distinta intensidad en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad.

Durante mucho tiempo se ha venido sosteniendo que los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad eran diferentes, porque era distinto el objeto de la inscripción en uno y otro Registro, ya que —se decía— en el Registro Mercantil se inscriben hechos, y en el de la Propiedad, actos y contratos. Sobre la base de la diferencia en el objeto, se pasaba a afirmar la diferencia en los efectos. Hoy cabe invertir los términos de la argumentación y deducir la analogía en el objeto, de la analogía en los efectos, afirmando que el objeto de la inscripción es similar —los actos o contratos— porque similares son los efectos.

c) Por la finalidad de la inscripción. Es evidente que en ambos Registros lo que se pretende es conseguir seguridad jurídica. Dentro del tráfico comercial, en el Registro Mercantil. Y dentro del tráfico inmobiliario, en el Registro de la Propiedad.

10.5.7.1. *Principio de rogación*

Tanto la actuación del Registrador de la Propiedad como la del Registrador Mercantil son rogadas. Ni uno ni otro pueden actuar de oficio. El artículo 6 de la Ley Hipotecaria consagra el principio de rogación en el Registro de la Propiedad, y el artículo 28 del Reglamento del Registro Mercantil lo consagra en este Registro. El principio rige en el Registro Mercantil, a pesar del texto aparentemente adverso, en relación con las Sociedades, del artículo 17 del Código de Comercio y concordantes.

En la exposición del tema estudiaremos, en primer lugar, la materia común a ambos Registros y después la específica del Registro Mercantil, con especial atención a aquellos preceptos que parecen inclinarse por la inscripción obligatoria.

A) *Doctrina común al Registro de la Propiedad y al Registro Mercantil*

El vocablo «podrán» contenido en los artículos 6 de la Ley Hipotecaria y 28 del Reglamento del Registro Mercantil, referido, respectivamente, a la petición de inscripción y a la presentación de documentos, consagra el principio de rogación en ambos Registros. El artículo 6 dispone que: «La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) por el que adquiera el derecho; b) por el que lo transmita; c) por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir, y d) por quien tenga la representación de cualesquiera de ellos». Y el artículo 28 del Reglamento del Registro Mercantil preceptúa que «los documentos podrán ser presentados por el interesado o por cualquier mandatario expreso o tácito del mismo». Por lo demás, el artículo 39 del Reglamento Hipotecario, aplicable también al Registro Mercantil en virtud de la cuarta disposición adicional, prescribe que: «Se considerará comprendido en el apartado d) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria a quien presente los documentos correspondientes en el Registro con objeto de solicitar la inscripción». En la práctica, los documentos son presentados, normalmente, por un mandatario del adquirente.

En ambos Registros, como queda dicho, se admite, pues, la rogación

tácita, no siendo necesaria una petición de inscripción expresa, sino que ésta se entiende solicitada por la simple presentación del título en el Registro, en función del contenido de la parte dispositiva de las escrituras. La petición de inscripción perdura hasta que se despache el título, caducando el asiento de presentación —lo cual ocurrirá normalmente a los sesenta días hábiles desde la presentación (arts. 17 de la Ley Hipotecaria y 27 del Reglamento del Registro Mercantil)— o se produzca desistimiento. Si quien desiste es el presentante o el interesado, hay que distinguir según que el desistimiento sea total o parcial. Si es total deberá formularse en documento público o privado con firmas legitimadas notarialmente. Si es parcial, por afectar solamente a una parte del contenido del documento, podrá realizarse verbalmente. Si se trata de documentos judiciales o administrativos, el desistimiento deberá ser decretado o solicitado por la autoridad, funcionario u órgano que hubiere expedido el mandamiento o documento presentado (art. 433 del Reglamento Hipotecario).

Los Registradores no estarán obligados a extender asiento de presentación de los títulos que reciban por correo, excepto cuando se trate de documentos remitidos por autoridades judiciales o administrativas. Sin embargo, podrán presentarlos y despacharlos, devolverlos o conservarlos en su archivo a disposición de quien tenga derecho a ellos. En caso de presentar el documento, el Registrador considerará como presentante al solicitante de la presentación o al remitente del documento, y como hora de entrada en el Registro la de su determinación de despacharlo. En el supuesto de que opte por la no presentación notificará su decisión al remitente (art. 418 del Reglamento Hipotecario).

Los Registradores no extenderán asiento de presentación de los siguientes documentos: 1) los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral; 2) los documentos relativos a fincas radicantes en otros distritos hipotecarios; 3) los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna (art. 420 del Reglamento Hipotecario).

El número 1 que precede impide que pueda ser utilizada la presentación en el Registro para dotar de fehaciencia a los documentos privados, a efectos del artículo 1.227 del Código Civil.

El texto de los artículos 433, 418 y 420 del Reglamento Hipotecario transcritos es el actual, tal como han quedado redactados después del Real Decreto de 12 de noviembre de 1982. Dichos artículos son aplicables también al Registro Mercantil, en méritos de la cuarta disposición adicional del Reglamento de dicho Registro.

La doctrina de la petición de inscripción antes expuesta, no se circunscribe a las inscripciones en sentido estricto, sino en un sentido comprensivo de cualquier asiento registral. Dentro del Derecho registral mercantil se considera, v.gr., petición de inscripción, la petición de anotación preventiva de la demanda de impugnación de los acuerdos sociales, contemplada en el artículo 112 del Reglamento Mercantil (10.5.6.5.3), y la petición de nota marginal, a que se refiere el artículo 383 del Reglamento Hipotecario, cuando una vez practicada la inscripción de la escritura de constitución de Sociedad en el Registro de la Propiedad, vuelva a presentarse el título en el Registro Mercantil, para que, por nota al margen de la respectiva inscripción, se hagan constar las inscripciones efectuadas en aquél. Podrán aducirse otros ejemplos dentro del Registro Inmobiliario y Mercantil. Hemos elegido los dos que preceden por su relación con la materia objeto de nuestro estudio.

B) *Doctrina especial aplicable al Registro Mercantil.*

Su comparación con la que rige en el Registro de la Propiedad

El artículo 17 del Código de Comercio dispone que la inscripción en el Registro Mercantil de las Sociedades será obligatoria.

El artículo 93 del Reglamento del Registro Mercantil preceptúa con carácter general que toda inscripción que tenga carácter obligatorio, conforme al Código de Comercio y leyes especiales o a este Reglamento, deberá ser solicitada por los Administradores de la Sociedad, presentando en el Registro los documentos necesarios dentro de los treinta días siguientes al otorgamiento o su autorización, o, en su caso, dentro del plazo especialmente señalado por la ley. Los Administradores responderán de los daños y perjuicios derivados de la falta de presentación o en los casos de culpa o negligencia.

Los artículos 26, 27 y 13 de la Ley de Sociedades Anónimas contemplan la rogación, con referencia específica a la escritura de constitución de la Sociedad Anónima.

El artículo 26 dispone que la escritura pública de fundación será, en todo caso, presentada para su inscripción en el Registro Mercantil del domicilio de la Sociedad dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento; que los otorgantes tendrán las facultades necesarias para hacer la presentación, tanto en el Registro Mercantil como en el de la Propiedad, y que la presentación deberá efectuarse en el primero de dichos Registros del domicilio de la Sociedad, dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

A lo que añade el artículo 27, que «si hubiese retraso... en la pre-

sentación o morosidad en las gestiones necesarias para inscribir la escritura social que fuesen imputables a los otorgantes, éstos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados».

Los artículos 26 y 27 citados aluden a la presentación en la que, como decíamos, está implícita la solicitud de inscripción. El artículo 13, en cambio, se refiere directamente a la inscripción, al preceptuar que: «Los fundadores están obligados a realizar todo lo necesario para obtener la inscripción de la Sociedad...». Los fundadores están, pues, obligados no sólo a presentar la escritura de constitución, sino también a hacer todo lo necesario para subsanar los defectos que impidan la inscripción en el Registro Mercantil. Cuando el Registrador Mercantil comunique al presentante que existen defectos o devuelva el documento con nota de calificación para que puedan ejercitarse los recursos correspondientes, el presentante deberá ponerlo en conocimiento de todos los fundadores, porque se presume mandatario de todos ellos.

El artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil contiene una lista de los actos y contratos que se inscribirán «obligatoriamente» en la hoja abierta a cada Sociedad, en la que, circunscribiéndonos a aquellos relacionados con este estudio, se comprenden los siguientes:

«1.º La constitución de la Sociedad.»

«5.º El nombramiento y cese de Administradores...»

«6.º Los poderes, así como su modificación, revocación y suspensión», añadiendo que: «No será 'obligatoria' la inscripción de las escrituras de poderes generales para pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción».

«8.º Todos los actos, contratos y acuerdos sociales que modifiquen el contenido de los documentos inscritos e influyan sobre la libre disposición del capital.»

Nada significa, en contra del principio de rogación, que la inscripción se declare obligatoria en los artículos citados. No cabe deducir, en efecto, de tales preceptos que el Registrador deba inscribir de oficio, ni siquiera que los interesados estén obligados a inscribir. El Registrador está libre de tal obligación, porque el legislador al imponerla se refiera a los interesados. Y éstos tampoco están, en puridad, obligados a inscribir, porque el Reglamento emplea la palabra «obligación» en el sentido de carga. La carga, en efecto, se diferencia de la obligación en que supone una especie de deber, impuesto al solo efecto de la consecución de un interés del propio obligado. Este interés se concreta en la consecución de los bene-

ficios que los principios registrales atribuyen a la inscripción: en la presunción de que los terceros conocen los derechos inscritos; en la presunción de existencia y pertenencia de los derechos inscritos, y en la de exactitud, integridad y validez de los asientos registrales; en la posibilidad de modificar la realidad extrarregistral, mediante las inscripciones constitutivas, y de reflejarla en el Registro, mediante las declarativas; en la protección que los Tribunales dispensan a los derechos inscritos, etc.

Y por lo que se refiere a los negocios jurídicos relacionados directamente con este estudio, si los fundadores de la Sociedad Anónima están obligados a inscribirla es para que el proceso constitutivo conduzca a la creación de una Sociedad Anónima (art. 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas) y para que la inscripción produzca efectos publicitarios; la Sociedad Anónima no tiene propiamente obligación de inscribir el nombramiento de los Administradores, Gerentes, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva y Apoderados, pero debe inscribirlos si quiere que dichos órganos sociales y Apoderados, al contratar en nombre de la Sociedad con los terceros o al otorgar la escritura de ratificación, originen relaciones jurídicas que ligen a los terceros con la Sociedad (art. 86, núms. 5 y 6, del Reglamento del Registro Mercantil) y que estas relaciones puedan inscribirse después en el Registro de la Propiedad (art. 4, párr. 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil); la Sociedad debe cuidar de inscribir la modificación, revocación y sustitución de los poderes, si quiere evitar que tales poderes se presuman vigentes e inalterados para los terceros (artículo 86, núm. 6, del Reglamento del Registro Mercantil y principio de publicidad material negativa 10.5.7.3, letra B); deben inscribirse, además, los documentos a los que nos referimos para que sean admitidos en Juzgados, Tribunales, Oficinas y Notarios (art. 95 del Reglamento del Registro Mercantil), y se debe inscribir previamente en el Registro Mercantil la escritura de constitución de la Sociedad, para que sean inscribibles a favor de la misma, en el Registro de la Propiedad, las aportaciones sociales consistentes en inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos (Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 21 de mayo de 1935 y 9 de febrero de 1943).

Dentro del Derecho registral inmobiliario, ningún artículo de nuestra Ley Hipotecaria habla de obligatoriedad de la inscripción. Por consiguiente, ni siquiera al socaire de una interpretación literal puede sostenerse que la inscripción sea obligatoria. Al igual que en el Registro Mercantil, ésta constituye sólo un requisito para que se produzcan determinados efectos jurídicos en beneficio del titular inscrito: los derivados de los principios registrales inmobiliarios, coincidentes en lo sustancial con los

que rigen en el Registro Mercantil, con la adición del principio de tracto sucesivo, inexistente en su sentido propio en el libro de Sociedades. También respecto de la inscripción en el Registro de la Propiedad se consagra la inadmisibilidad de los documentos no inscritos en Juzgados y Oficinas del Estado (art. 313 de la Ley Hipotecaria).

Del hecho de que la inscripción no sea obligatoria en el Registro Mercantil ni en el de la Propiedad, no es deducible, sin embargo, que sea voluntaria, porque existen tres clases de inscripciones: obligatorias, necesarias y voluntarias. Y las inscripciones calificadas por el legislador de obligatorias, son simplemente necesarias para la producción de determinados efectos, en los términos expuestos. Pero no son propiamente voluntarias. Tampoco las inscripciones constitutivas son obligatorias, sino necesarias (inscripciones de constitución de Sociedad Anónima, de los Consejos Delegados y de la Comisión Ejecutiva en el Registro Mercantil, y de la hipoteca y del derecho de opción de compra en el Registro de la Propiedad). No se diferencian de las declarativas en la obligatoriedad, sino en el alcance de aquella necesidad. Las inscripciones constitutivas son, en efecto, necesarias para la existencia del Derecho; las declarativas, para su validez respecto de tercero.

Se ha dicho que la acción coercitiva no debe ir más allá de donde llega el interés público, y que no existe un interés público en la inscripción registral. De lo cual es deducible que el Estado no debe utilizar la coerción para fomentarla. Suscribimos íntegramente la premisa mayor del razonamiento, pero no la menor. Creemos que la inscripción registral sirve un interés público, por la seguridad jurídica que origina, base del crédito territorial y, en definitiva, del desarrollo económico. Ese interés público debe proyectarse en la ley positiva y negativamente. En sentido positivo, estimulando la inscripción con medidas que se cumplan. A este respecto, la inadmisibilidad en las Oficinas públicas de los documentos no inscritos en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil, no pasa de ser una declaración platónica, sin aplicación práctica. Y en sentido negativo, evitando las inscripciones improcedentes. A este respecto, la función calificadora atribuida a los Registradores Mercantiles y de la Propiedad (10.5.7.2) constituye un tamiz que impide la inscripción de derechos dudosos y de documentos que no reúnan en su fondo y en su forma todos los requisitos necesarios para la inscripción.

El presentante de documentos, en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad, en virtud de la representación tácita que se le atribuye, está legitimado para que se le manifiesten las faltas de que adolezcan los documentos que haya presentado; para retirarlos; para presentar documentos subsanatorios; para solicitar que se extienda anotación preven-

tiva de suspensión, por defecto subsanable, con objeto de alargar el plazo del asiento de presentación; para solicitar que se extiendan al pie del documento, en forma clara y concisa, los motivos en que se base la calificación y su alcance. Sin embargo, no está legitimado, por su simple condición de presentante, para recurrir gubernativamente contra la calificación del Registrador Mercantil o del Registrador de la Propiedad. A tal recurso se refieren los artículos 49 del Reglamento del Registro Mercantil y 66 de la Ley Hipotecaria.

A ese respecto, nos parece excesiva la función de arbitraje atribuida al presentante por el artículo 434, párrafo 3.º, del Reglamento Hipotecario, en cuanto a la divisibilidad de la calificación, al facultarle para que consienta, en nombre de los interesados, en que se inscriban los documentos, denegando algún pacto o estipulación, por las razones que se aducen en la referencia 10.5.7.2, letra G.

C) *El principio de rogación como requisito*

En la distinción que suele hacerse entre principios registrales que constituyen requisitos o presupuestos para que la inscripción pueda practicarse y principios registrales que regulan los efectos de la inscripción, el principio de rogación queda enmarcado dentro del primer grupo.

D) *Rogación y legalidad*

Entre los principios de rogación y de legalidad existe una estrecha conexión. Para que pueda practicarse la inscripción, se requiere la concurrencia de dos voluntades: la del interesado y la del Registrador. La primera se manifiesta a través del principio de rogación. La segunda, a través del principio de legalidad. La voluntad del interesado suele atender a una conveniencia económica. La del Registrador atiende a una posibilidad jurídica. En la primera está presente un interés privado. En la segunda, un interés público.

10.5.7.2. *Principio de legalidad*

A) *Principio de legalidad y función calificadora*

El principio de legalidad exige que los títulos cuya inscripción se pretende sean sometidos a examen, con objeto de que sólo tengan acceso al Registro aquellos que reúnan en su fondo y en su forma todos los requisitos necesarios para su validez. Este examen previo constituye el

objeto de la función calificadora de los Registradores Mercantiles y de la Propiedad. Evitar las inscripciones producidas por títulos defectuosos su fin.

La naturaleza jurídica de la función calificadora ha sido muy discutida. Se ha dicho que es una función judicial propiamente dicha y que es una función administrativa. Hoy, descartadas ambas posiciones extremas, totalmente la primera y con matices la segunda, la alternativa queda reducida a dos posiciones intermedias: la de la función judicial del tipo de jurisdicción voluntaria y la de la función administrativa del tipo de protección estatal de los derechos. La doctrina científica se inclina mayoritariamente por el primer punto de vista.

Como veremos después (10.5.7.4, letra B), en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad rige el principio de legitimación. Conforme a este principio, los asientos del Registro se presumen válidos, de lo cual es deducible que debe existir un trámite previo, en el que se emita juicio sobre la validez de los títulos.

En este sentido, el preámbulo del Reglamento del Registro Mercantil formula, con referencia a este Registro, la siguiente declaración: «La necesidad de que los Administradores, Gerentes y Apoderados tengan legitimadas sus facultades dispositivas y contractuales mediante la inscripción..., impone un robustecimiento de los principios básicos del sistema, que no son sustancialmente distintos de los principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario», palabras con las que se fundamenta la extensión al Registro Mercantil de la función calificadora.

B) *Ámbito de la función calificadora en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad*

El ámbito de la calificación se extiende en el Registro Mercantil, según el artículo 5 de su Reglamento, a la «competencia y facultades de quien autorice o suscriba los títulos presentados, la legalidad de las formas extrínsecas, la capacidad y legitimación de los otorgantes y la validez del contenido de los documentos, examinando si se han cumplido los preceptos legales de carácter imperativo».

En el Registro de la Propiedad, la calificación abarca prácticamente los mismos extremos que en el Registro Mercantil, aunque el tenor literal del artículo 18 de la Ley Hipotecaria no coincida exactamente con la letra del artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil.

Dispone el mencionado artículo 18 que: «Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así

como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas».

Por lo demás, la calificación se basará en ambos Registros, en lo que resulte de los títulos presentados y de los asientos del Registro.

Comparando ambos preceptos, se observa que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, a diferencia del artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil, no hace referencia explícita a la competencia ni a la legitimación. La doctrina entiende, no obstante, que la primera está comprendida dentro de las formalidades extrínsecas, y la segunda, dentro de la capacidad.

Otra diferencia se halla en las palabras finales del párrafo 1 del citado artículo 5 del Reglamento, al preceptuar que los Registradores examinarán «si han sido cumplidos los preceptos legales de carácter imperativo», obligación que se omite en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. No es fácil comprender esa expresión ni su inclusión en el contexto del artículo. Caben dos interpretaciones, ninguna convincente, como apunta AVILA: 1.^a La de que, *además* de calificar la competencia y facultades, la legalidad de las formas extrínsecas, la capacidad y legitimación y la validez, el Registrador Mercantil debe calificar si han sido cumplidos los preceptos legales de carácter imperativo, en cuyo caso, con el respaldo de esta expresión, las facultades calificadoras no tendrían límite, en contra del resto del precepto, que es, evidentemente, limitativo. 2.^a La de que *sólo* cabe la calificación suspensiva o denegatoria cuando los preceptos legales en que se apoya la calificación de la competencia, facultades y demás elementos expresados tengan carácter imperativo, interpretación asimismo rechazable, porque puede inducir a creer que hay casos en los que esos preceptos no tienen carácter imperativo. Quizá no deba verse otra cosa en la expresión comentada que una simple recomendación definitivamente formulada encaminada a que no se extreme el rigor en la calificación, exceptuando la escritura de constitución de Sociedad, que, como veremos después, debe ser calificada con toda severidad.

Pero la diferencia más importante en el tenor literal de los dos artículos, que ponemos en paralelo, es la referencia a la legitimación contenida en el Reglamento del Registro Mercantil y omitida en la Ley Hipotecaria, por considerarla comprendida en la capacidad.

C) *Capacidad y legitimación*

Una tendencia doctrinal incluye la legitimación dentro de la capacidad. Esta puede ser —se dice— subjetiva y objetiva. La subjetiva mira a la persona en sí misma considerada. La objetiva, en relación con una posición determinada. La legitimación es la capacidad objetiva.

Otra tendencia atribuye a la legitimación sustantividad propia. La legitimación —se dice— comprende dos elementos: la titularidad y el poder de disposición. En los actos dispositivos se requiere no sólo que el otorgante tenga capacidad para vender, para hacer aportaciones, etc., sino, además, que sea titular del derecho de que dispone y que este derecho le pertenezca libre de limitaciones dispositivas. Y en los actos adquisitivos se requiere no sólo que el otorgante tenga capacidad para adquirir, sino que la pueda ejercitar con referencia a la relación jurídica que se propone otorgar al adquirir por compra, aportación o cualquier otro título.

Según CARNELUTTI (*Teoría general del Derecho*), la legitimación consiste en el deber ser o no ser del agente, respecto del bien sobre el cual se desarrolla el hecho, para que éste produzca determinadas consecuencias de derecho.

Pensamos modestamente que la legitimación no hace referencia al ser, sino al estar. Al estar en determinada posición jurídica. La distinción se encuentra en que la capacidad es un modo o forma de ser, y la legitimación un modo o forma de estar. Se es capaz. Se está legitimado.

El concepto de legitimación viene del Derecho procesal, desde el cual ha sido trasplantado al Derecho sustantivo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1969 declara, con referencia a la legitimación procesal, que ésta es una cualidad jurídica de las personas que se hallan en determinada relación con el objeto del proceso.

El hecho de que el Reglamento del Registro Mercantil y no la Ley Hipotecaria incluya la legitimación entre los elementos sujetos a calificación, podría ser debido a que el primero recogió la distinción entre capacidad y legitimación en tiempos recientes (1956), cuando el concepto de legitimación ya estaba elaborado, mientras que al publicarse la primera Ley Hipotecaria, la construcción jurídica que distinguía ambos conceptos era todavía desconocida, y por esta razón, la ley alude sólo a la capacidad, enfoque que por inercia ha venido perdurando a través de las sucesivas modificaciones de la Ley Hipotecaria. Es de notar, al respecto, que el Reglamento del Registro Mercantil de 1919 tampoco aludía a la legitimación.

Es conveniente distinguir entre capacidad de derecho o personalidad, capacidad de obrar o de ejercicio y legitimación.

Los dos primeros conceptos son de sobra conocidos. Capacidad jurídica o de derecho es la aptitud abstracta para ser titular de derechos y obligaciones, y capacidad de obrar o de ejercicio es la aptitud para ejercitar la capacidad de derecho otorgando actos jurídicos. Ambas capacidades se fundan en razones subjetivas. Contemplan el sujeto o agente aisladamente, con abstracción del mundo que lo circunda.

La legitimación, en cambio, atiende a razones objetivas. Contempla la aptitud del sujeto o agente, con referencia al objeto del acto que se propone realizar.

La capacidad de obrar presupone la capacidad de derecho, porque sólo quien posee una aptitud puede ejercitarla. La legitimación eficaz presupone asimismo la capacidad de obrar, porque sólo el que puede ejercitar derechos, puede ejercitar el derecho que está en conexión con el objeto de determinada relación jurídica.

Toda actuación válida del sujeto exige la concurrencia de las tres aptitudes a que hemos hecho referencia.

La Sociedad Anónima adquiere la capacidad de derecho mediante la inscripción en el Registro Mercantil, ya que desde el momento de la inscripción, según el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, tendrá personalidad jurídica.

Simultáneamente, al ser inscrita adquirirá asimismo la capacidad de obrar. En este sentido, el artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, al permitir que la Sociedad acepte los contratos concluidos en su nombre dentro del plazo de tres meses siguientes a la inscripción, viene a reconocer la validez de la aceptación otorgada inmediatamente después de practicada aquélla y, por consiguiente, la capacidad de obrar de la Sociedad. La capacidad de obrar es, en efecto, la aptitud para ejercitar derechos y asumir obligaciones, y mediante esa aceptación se adquieren derechos y se asumen obligaciones.

Coincide con esa doctrina la que, con carácter más general, se contiene en el artículo 38 del Código Civil, a cuyo tenor: «Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles y criminales conforme a las reglas de su constitución». Expresamente reconoce el precepto la capacidad de las personas jurídicas y de la Sociedad Anónima como tal para los actos adquisitivos y, por consiguiente, para la ratificación de los contratos de esta naturaleza concluidos por los Gestores en nombre de la Sociedad Anónima en su fase de creación, cuyos contratos pueden ser de adquisición, pero difícilmente de disposición de bienes, porque la Sociedad, por carecer de personalidad jurídica antes de la inscripción, no puede ser titular de propiedades de las que hayan podido disponer, en su nombre, los Gestores.

La Sociedad Anónima, por otra parte, sólo estará legitimada para otorgar la ratificación (art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas), si el acto o contrato que se ratifica está comprendido dentro del objeto social. La Sociedad, en efecto, conforme a una interpretación de nuestro Derecho positivo sin concesiones, no puede actuar fuera del objeto social.

El Derecho vivido, sin embargo, ha suavizado este rigor (referencia 10.5.6.2.2, 1.^a).

Al estudiar la capacidad de los órganos sociales, hay que recordar de entrada que los Administradores no son comerciantes. Sólo lo es la Sociedad Anónima. No cabe, por consiguiente, exigir a los primeros la capacidad para ejercer el comercio.

La capacidad de obrar de los Administradores, se rige por el artículo 82 de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con el artículo 13 del Código de Comercio. Según el primero: «No podrán ser Administradores los sometidos a interdicción, los quebrados y concursados no rehabilitados, los menores e incapacitados, los condenados a penas que lleven aneja la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, los que hubieren sido condenados por grave incumplimiento de las leyes o disposiciones sociales y aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio». El precepto comprende incapacidades y prohibiciones. «Tampoco podrán ser Administradores de las Sociedades los funcionarios al servicio de la Administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la Sociedad de que se trate.» Lo cual constituye una prohibición.

Se ha dicho que la Junta general puede habilitar a los menores e incapacitados para ser Administradores, los cuales actuarían por medio de sus representantes legales, y que con mayor razón los Estatutos pueden conferir esa habilitación. Se ha dicho, asimismo, que el Consejo de Administración está facultado para conferirla, de lo cual disintimos, ya que no lo está para nombrar a los Consejeros que lo integran, cuyo nombramiento corresponde a la Junta general.

La Junta general está formada por los accionistas. Pueden serlo los menores e incapacitados, los cuales actuarán por medio de sus representantes legales. Obviamente, los menores emancipados, al emitir su voto favorable a los actos o contratos comprendidos en los artículos 59 y 317 del Código Civil, en Junta general, respecto de los bienes de la Sociedad, no necesitan los consentimientos exigidos en dichos preceptos.

Mayor complejidad reviste la legitimación de los órganos sociales. Si los órganos sociales fueran la Sociedad misma, la legitimación de los órganos sociales sería la legitimación de la Sociedad. La delimitación entre la Sociedad y sus órganos es ciertamente borrosa, pero la construcción organicista no excluye la existencia de un vínculo jurídico entre la Sociedad y sus órganos.

Por lo que respecta al órgano administrativo, la destitución de los Administradores, prevista en el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas; la alusión a la diligencia de un representante legal, contenida en el artículo 79 de la misma ley, y el precedente de los artículos 122 al final

y. 156 del Código de Comercio, reconducen a la figura del mandato, que por analogía, sería asimismo aplicable a la Junta general.

Con esta construcción jurídica queda deslindada la legitimación de la Sociedad y la de sus órganos, pero no desconectada, porque para que los órganos sociales puedan actuar válidamente en el orden externo no basta con que estén legitimados, sino que también debe estarlo la Sociedad.

La legitimación de los órganos sociales se mide por la posición en que se encuentran respecto de la Sociedad y respecto del objeto del contrato.

En la legitimación del órgano administrativo hay que distinguir la que le corresponde conforme al estricto Derecho positivo y conforme al Derecho vivido de Sociedades Anónimas. Según el Derecho positivo, el órgano administrativo, cuando según la Ley o los Estatutos ostente la representación de la Sociedad, estará legitimado para representarla en todas las operaciones de giro o tráfico, conforme al artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas (10.5.6.2.2, núm. 3). Según el Derecho vivido, su legitimación se extiende asimismo a los asuntos que no sean del giro o tráfico, cuando tal representación le sea atribuida por los Estatutos y aun cuando sea atribuida a la Junta general, en el caso típico de legitimación de urgencia (10.5.6.2.2, núm. 3, al final).

En la legitimación de la Junta general debe hacerse la misma distinción. Según el Derecho positivo estrictamente interpretado, parece que la Junta sólo estará legitimada, dentro del giro o tráfico, para ejecutar sus propios acuerdos ostentando la representación de la Sociedad, en los contados casos enumerados en la referencia 10.5.6.2.2, número 4. En el Derecho vivido, las facultades representativas de la Junta revisten una mayor amplitud. Se entiende que está legitimada dentro del giro o tráfico para sustituir y en cierta manera suplantar al órgano administrativo investido de representación, y que lo está fuera del giro o tráfico en cuanto a las facultades que los Estatutos le atribuyan directamente y en cuanto a aquellas no atribuidas a nadie.

La legitimación para ratificar los contratos concluidos por los Gestores, en nombre de la Sociedad Anónima en creación (art. 7, párr. 1.º, de la Ley), viene atribuida al órgano administrativo o a la Junta general, según la Ley o el Derecho vivido, conforme a lo que llevamos expuesto y a la clase del negocio jurídico pendiente de ratificación (10.5.6.2.2, al final, justo antes de la referencia 10.5.6.3).

En cuanto a los Apoderados, tienen capacidad para actuar como mandatarios los mayores de edad. También los menores emancipados, pero la Sociedad sólo tendrá acción contra ellos conforme a lo dispuesto respecto de las obligaciones de los menores (art. 1.716 del Código Civil). No es

exigible la capacidad para ejercer el comercio porque el comerciante es la Sociedad.

La legitimación de los Apoderados requiere, además de la legitimación de la Sociedad y del órgano social que haya otorgado el poder, que el negocio jurídico en el que se concreta la actuación del Apoderado esté comprendido dentro de las facultades conferidas. Registralmente, el poder debe acreditarse mediante copia autorizada, sin que sea suficiente un testimonio (*vid.* 10.5.6.6.1, al final), y menos una copia simple. Tampoco son admisibles las fotocopias debido a la facilidad con que pueden trucarse. Si están testimoniadas, su valor se equipara a los testimonios, y si no lo están, es inferior al de las copias simples.

La palabra legitimación puede tomarse en dos sentidos: como requisito y como presunción. Como requisito para poder actuar con efectos jurídicos, y como presunción de existencia de los derechos y facultades inscritos y de exactitud, integridad y validez de los asientos registrales. En la primera acepción utiliza el vocablo el artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil. En la segunda, el artículo 3, párrafo 1.º, del mismo Reglamento. En la primera acepción estudiamos la legitimación en este capítulo. En la segunda es estudiada en la referencia 10.5.7.4. En la inscripción del nombramiento y facultades de los Administradores, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva y Apoderados confluyen ambas acepciones, porque tal inscripción es un requisito necesario para que puedan contratar en nombre de la Sociedad y origina, por otra parte, la presunción a la que nos vamos refiriendo (10.5.7.4, letra F, b) y c). Si los mencionados órganos o Apoderados contratan en nombre de la Sociedad sin haber sido inscritos en el Registro Mercantil, el contrato es nulo y podrán pedir su nulidad los terceros. Es de notar que la Sociedad no podrá invocar la falta de inscripción cuando incurrió en su omisión (artículo 2, párr. 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil), y que no es justo, aunque sea legal, que la pueda pedir el tercero, quien después de haber dado por buena la legitimación del órgano social o del Apoderado, al prestarse a contratar con ellos, la impugne o simplemente incumpla el contrato.

La legitimación del Apoderado requiere la previa inscripción del órgano administrativo que confiere los poderes, porque para los Administradores en cualquiera de sus modalidades, la inscripción en el Registro Mercantil es un requisito de legitimación no sólo para actuar, sino para otorgar poderes con objeto de que actúe otro. No es necesaria la previa inscripción de la Junta general, que confiere los poderes, para que pueda actuar el Apoderado, porque la Junta no es inscribible en el Registro Mercantil.

En todos los supuestos estudiados es necesaria la previa inscripción

de la Sociedad en el Registro Mercantil, no por constituir esta inscripción un requisito de legitimación, sino como consecuencia de los principios de inscripción constitutiva y de tracto sucesivo impropio. En virtud del primero, la Sociedad no existe hasta que se inscribe (referencia 10.5.7.8). En méritos del segundo, la inscripción de la Sociedad debe encabezar su propia historia registral (referencia 10.5.7.6).

D) En la inscripción de constitución de la Sociedad Anónima, la calificación debe ser amplia y rigurosa .

Debe ser amplia porque debe extenderse a todos los extremos comprendidos en el artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil, transcrito dentro de este mismo capítulo en la letra B. Así lo permite el extenso y variado contenido de la escritura de constitución. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 17 de abril de 1943 declara que: «La escritura que sirve de fundamento a la Sociedad Anónima ha de contener, además del texto de los Estatutos que se aprueben, la constitución formal de la Compañía, y en especial el régimen y pago de las acciones, extremo éste de excepcional importancia, tanto para la negociación de los títulos y determinación de la responsabilidad de los accionistas, como para las relaciones de los acreedores y terceros con la Sociedad una vez constituida».

Y debe ser rigurosa porque, como hace notar la Exposición de Motivos del Reglamento del Registro Mercantil, esta exigencia tiene su fundamento en que la inscripción de constitución de la Sociedad Anónima determina nada menos que la «atribución de la personalidad jurídica» (artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas).

E) Precedencia de la inscripción en el Registro Mercantil, respecto de la del Registro de la Propiedad

La inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución de Sociedad debe preceder a la inscripción de sus bienes en el Registro de la Propiedad. Como declara la Resolución de la Dirección General de 21 de mayo de 1925: «A fin de evitar la situación irregular de haberse inscrito bienes en el Registro de la Propiedad a favor de una persona jurídica inexistente, se dictó la Real Orden de 28 de abril de 1925, en la cual, con carácter general, se dispone que las Sociedades sujetas a inscripción en el Registro Mercantil se inscribirán primero en el mismo», y que «si se aportasen bienes inmuebles o derechos reales se inscribirán después en el Registro de la Propiedad».

Paralelamente, la inscripción del nombramiento y facultades de los Administradores, Gerentes y Apoderados en el Registro Mercantil, debe preceder asimismo a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos o contratos que otorguen, conforme a los artículos 4, párrafo 2.º, y 86, números 5.º y 6.º, del Reglamento del Registro Mercantil (10.5.6.4.1 y 10.5.6.6.1).

F) *Calificación por el Registrador de la Propiedad de los documentos calificados por el Registrador Mercantil*

Esta precedencia de la inscripción en el Registro Mercantil, respecto de las que se practiquen en el Registro de la Propiedad, plantea el problema de determinar la medida en que la calificación e inscripción en el Registro Mercantil limitan o condicionan la calificación en el Registro de la Propiedad.

Dos argumentos se suelen invocar en apoyo de tal limitación o condicionamiento: 1.º Que el Registrador Mercantil y el de la Propiedad están investidos por el Estado de una función idéntica, aunque la ejerciten en área distinta, razón por la cual no sería coherente que el Registrador de la Propiedad calificara en nombre del Estado, extremos que ya han sido calificados, también en nombre del Estado, por el Registrador Mercantil, con la posibilidad de que el primero emitiera un juicio opuesto al segundo. 2.º Que el principio de legitimación registral consagrado en los artículos 3, párrafo 1.º, y 1, párrafo 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil, establece una presunción de validez del contenido de los libros del Registro y pone sus asientos bajo la salvaguardia de los Tribunales (10.5.7.4, letras E y F, a)). De lo cual se infiere que el Registrador de la Propiedad queda vinculado, en su calificación, por esa presunción de validez que le impide emitir juicio sobre los asientos del Registro Mercantil.

Conforme al anterior planteamiento, el Registrador de la Propiedad puede quedar vinculado a la calificación del Registrador Mercantil, por razón del documento y por razón de la inscripción. Lo primero, como consecuencia de la calificación del documento por este funcionario. Lo segundo, por razón de que el asiento practicado en el Registro Mercantil se presume válido y está bajo la protección de los Tribunales.

En dos aspectos interesa la cuestión a nuestro estudio: a) Con referencia al nombramiento y facultades de los Administradores, Gerentes, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva y Apoderados, al inscribir en el Registro de la Propiedad los actos y contratos otorgados por los mismos. b) Con referencia a la escritura de constitución de la Sociedad Anónima,

al inscribir en el Registro de la Propiedad los actos o contratos otorgados por la propia Sociedad durante su vida social y las aportaciones sociales en inmuebles o derechos reales sobre los mismos formalizadas en el momento de la constitución.

a) El Registrador de la Propiedad no puede calificar el nombramiento y facultades de los Administradores, Gerentes, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva y Apoderados inscritos en el Registro Mercantil, al inscribir los actos y contratos otorgados por los mismos, en méritos de las dos razones expuestas: tales nombramientos y facultades ya habrán sido calificados por el Registrador Mercantil que los inscribió, ya que la calificación debe preceder siempre a la inscripción; la inscripción practicada en el Registro Mercantil se presume válida y está bajo la salvaguardia de los Tribunales. Existe, además, un argumento, merecedor de una ponderación previa: el de que produciéndose la petición de inscripción de modo implícito, mediante la presentación de la escritura, su alcance tiene que medirse en función de su parte dispositiva, y en el caso que nos ocupa debe entenderse producido en relación con los actos o contratos otorgados por los Administradores y demás y no respecto de su nombramiento y facultades, porque sólo aquéllos y no éstos estarán presentes en la parte dispositiva. Es más, tales nombramientos y facultades, por ser de carácter personal, no serían inscribibles en el Registro de la Propiedad.

b) En cuanto a la constitución de la Sociedad, la posible vinculación del Registrador de la Propiedad, por la calificación del Registrador Mercantil que la haya inscrito, debe ser estudiada con referencia a dos momentos distintos:

a') Con referencia a los actos y contratos otorgados por la Sociedad con terceras personas, una vez inscrita y en cualquier momento de su vida social, y

b') Con referencia a las aportaciones sociales de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos.

a') El Registrador de la Propiedad no puede calificar la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil al inscribir los actos o contratos otorgados por la misma con terceras personas durante su vida social.

Los argumentos en apoyo del aserto son similares a los aducidos en el apartado letra a) que precede, al estudiar la calificación por el Registrador de la Propiedad del nombramiento y facultades de las personas integrantes del órgano administrativo y de los apoderados: la creación del ente jurídico Sociedad ya fue calificada por el Registrador Mercantil, puesto que la inscribió; la inscripción practicada en el Registro Mercan-

til se presume válida y está bajo el amparo de los Tribunales, y mediante la presentación de la escritura no se solicita la inscripción de la Sociedad en el Registro de la Propiedad, la cual, por otra parte, no sería inscribible, sino la inscripción de los actos o contratos otorgados por la misma.

En el sentido expuesto se pronuncian las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 9 de febrero de 1943, 24 de diciembre de 1948 y 24 de enero de 1949, al declarar que: «Los Registradores de la Propiedad no pueden suscitar cuestiones relativas a la validez y legalidad de la constitución de las Sociedades Anónimas, en cualquier momento de su vida social, porque esta materia es competencia de los Registradores Mercantiles», y que: «Las cuestiones relativas a la validez y legalidad de la constitución de las Sociedades Anónimas son de apreciación exclusiva de los Registradores Mercantiles». Ambos recursos versaban sobre contratos otorgados por la Sociedad, después de inscrita en el Registro Mercantil, en sendos momentos de su vida social.

Las resoluciones anteriores, parcialmente transcritas, aducen en su apoyo los artículos 18, 111 y 122, número 15, en armonía con el artículo 20, número 13, del Reglamento del Registro Mercantil de 1919.

Los artículos 18 y 111 corresponden a los artículos 1, párrafo 3.º, y 86 del Reglamento del Registro Mercantil vigente de 1956. El artículo 1, párrafo 3.º, establece que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales, y el artículo 86 preceptúa, en su párrafo 1.º, que en la hoja abierta a cada Sociedad, se inscribirán obligatoriamente: 1.º La constitución de la Sociedad... Los artículos 122, número 15, y 120, número 13, del anterior Reglamento del Registro Mercantil, no han sido recogidos en el Reglamento vigente, pero su doctrina sigue aplicándose en la práctica, al continuar redactándose el acta de inscripción en los siguientes términos: «Queda en su virtud inscrita la Sociedad (denominación social) para los efectos legales», cuyo tenor literal coincide exactamente con el consagrado en el número 13 del artículo 120 del Reglamento de Registro Mercantil de 1919.

La argumentación básica de los pronunciamientos de referencia podría articularse, en síntesis, mediante las siguientes premisas: 1.ª La Sociedad se inscribe según los términos del acta de inscripción, «para los efectos legales». 2.ª Uno de estos efectos es que la inscripción de constitución de Sociedad —como las demás inscripciones— está bajo la salvaguarda de los Tribunales. 3.ª El Registrador de la Propiedad carece de atribuciones para contradecir lo protegido por los Tribunales.

b') Calificada e inscrita en el Registro Mercantil la escritura de constitución de Sociedad, se plantea la cuestión de si el Registrador de la Propiedad, al inscribir las aportaciones sociales consistentes en bienes inmuebles o derechos reales, puede volver a calificar la escritura.

Pensamos que el problema debe resolverse a la luz de las siguientes premisas: 1.^a Las aportaciones sociales no se inscriben expresamente en el Registro Mercantil, ya que en el acta de inscripción no se hace ninguna referencia explícita a las mismas. Deben entenderse, no obstante, implícitamente inscritas, porque inscribiéndose la Sociedad «a los efectos legales», según reza esa acta, es evidente que se producen efectos en relación con las aportaciones. 2.^a En el Registro Mercantil se inscriben sólo derechos personales, obviamente con los efectos propios de estos derechos. En este sentido, recordemos de paso que la inscripción de las aportaciones no desembolsadas (art. 8 de la Ley de Sociedades Anónimas) sólo confiere a la Sociedad derechos personales: el derecho a reclamar su pago, cuando llegue el día, por los trámites señalados en el artículo 44 de la citada ley, sin más preferencia respecto a otros créditos personales que la establecida en los artículos 1.922 a 1.924 del Código Civil. 3.^a Mediante la escritura de constitución social y de la entrega material o de la tradición *ficta* implícita en la escritura pública, se produce la transmisión a la Sociedad de los bienes inmuebles o derechos reales aportados, sujeta a la *condictio juris* de la inscripción de la Sociedad (*vid.* referencia 10.3.2.2). 4.^a Sin embargo, la inscripción en el Registro Mercantil de las aportaciones del dominio o derechos reales sobre bienes inmuebles, no produce efectos reales respecto de tercero, sino únicamente personales. Los efectos de carácter real respecto de tercero sólo se originan en virtud de la inscripción en el Registro de la Propiedad, y mientras esa inscripción no se practique, la Sociedad se encontrará a la intemperie ante los efectos de los principios registrales inmobiliarios adversos.

De lo que antecede se infiere que si bien las aportaciones de inmuebles y derechos reales sobre los mismos son inscribibles en ambos Registros, la naturaleza y los efectos de la inscripción son distintos en uno y otro, ya que en el Registro Mercantil se inscriben derechos personales con efectos personales, y en el Registro de la Propiedad se inscriben derechos reales con efectos reales. En suma, lo inscrito en un Registro y lo que se pretende inscribir en el otro es diferente y, en consecuencia, debe ser distinto el punto de mira de ambos funcionarios al calificar y la inscripción practicada en el Registro Mercantil no debe vincular al Registrador de la Propiedad. El planteamiento es, pues, distinto del contenido de la letra a') que precede. En éste se trataba de la inscripción en el Registro de la Propiedad de lo no inscrito en el Registro Mercantil. Aquí se trata de inscribir en el primero de esos Registros lo ya inscrito en el segundo, pero con efectos diferentes.

Como argumentos complementarios, cabe aducir los dos siguientes: 1.º El Registrador de la Propiedad, al calificar las aportaciones de inmue-

bles o derechos reales, cuenta con elementos de juicio a los que el Registrador Mercantil, al calificar la constitución de la Sociedad, no tuvo acceso, como son los asientos contenidos en los libros de Inscripciones y en el de Incapacitados, en los que pueden figurar prohibiciones de disponer o incapacidades que afecten al aportante, y en los de Inscripciones, además, los diferentes supuestos —inscripción a favor del aportante, a favor de persona distinta o a favor de nadie— que marcan las alternativas sobre las que discurre el principio de tracto sucesivo. 2.º Procesalmente, los perjuicios de inscribir indebidamente son mayores que los de no inscribir cuando se debiera haber inscrito. En efecto, si el Registrador de la Propiedad rechaza la inscripción de las aportaciones, la Sociedad puede interponer recurso gubernativo contra la calificación, procedimiento cómodo y económico con el que suele terminar la controversia, mientras que si aquél las inscribe indebidamente, el perjudicado no puede utilizar dicho procedimiento —que sólo es pertinente, según la Resolución de la Dirección General de los Registros de 28 de mayo de 1971 y otras, si se rechaza la inscripción, pero no si se practica—, y a falta de consentimiento de la Sociedad tendría que acudir al juicio declarativo (arts. 40, letras *c*) y *d*), segundo párrafo, y 218 de la Ley Hipotecaria y 329 de su Reglamento).

Las Resoluciones de 21 de mayo de 1935 y de 24 de diciembre de 1948 reflejan el criterio de la Dirección General de los Registros en la materia.

En la primera se declara que la necesidad de la previa inscripción en el Registro Mercantil «debe entenderse sin perjuicio de que hecha la calificación y la inscripción por este funcionario, califique de nuevo el documento el Registrador de la Propiedad cuando se solicite la inscripción de las minas a favor de la Sociedad».

Y en la segunda, después de insistir en la doctrina de que los Registradores de la Propiedad carecen de facultades para calificar la validez de la Sociedad Anónima en cualquier momento de su vida social, se declara que con ello no se desconoce la misión que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria les confiere, «ni se restringe el deber de calificar todos los documentos presentados relacionados con la operación solicitada, sin exceptuar la escritura de constitución de la Compañía, cuando se trate de la inscripción de aportaciones de inmuebles que hayan de formar el patrimonio de la Empresa».

Pensamos que la calificación por el Registrador de la Propiedad no debe limitarse a las aportaciones, sino que debe extenderse a todo el contenido de la escritura por su posible repercusión en la validez de las aportaciones. Sólo cabe excluir, a nuestro juicio, las formalidades externas que ya habrán sido calificadas por el Registrador Mercantil.

G) *Divisibilidad o indivisibilidad de la calificación*

Ante el problema de la divisibilidad o indivisibilidad de la calificación registral, caben dos puntos de vista opuestos:

1.º El de la indivisibilidad y consiguiente tratamiento unitario de la calificación, según el cual todo acto o contrato puede ser totalmente eficaz o ineficaz, pero no eficaz en una parte e ineficaz en la otra. En consecuencia, la calificación debe ser también unitaria. Se puede inscribir o rechazar totalmente la inscripción de un acto o contrato, pero no inscribirlo fragmentariamente. Se funda en que los interesados, al otorgar el acto o contrato, tuvieron en cuenta la totalidad de sus cláusulas y en que se ignora si hubieran prestado su consentimiento a un acto o contrato que, por razón de haber sufrido mutilaciones, es distinto. El sistema de calificación *ex toto* se dice es, por consiguiente, el único que garantiza la seguridad jurídica.

2.º El de la divisibilidad o independencia de las distintas partes de los actos y contratos, según el cual un acto o contrato puede ser eficaz en una parte e ineficaz en la otra, y la invalidez de una parte no produce la invalidez del todo. En consecuencia, la calificación de las distintas partes del acto o contrato debe ser independiente y se deben poder inscribir unas cláusulas o estipulaciones y rechazar las otras. Se funda en una razón jurídica y en una razón práctica, ambas estrechamente ligadas: en el principio de conservación del negocio jurídico, y en que sólo así se cumple la finalidad perseguida por las partes, que si contrataron fue para que su contrato produjera efecto.

El problema puede estudiarse en el terreno del Derecho civil y en el del Derecho registral.

Como observa Díez PICAZO, nuestro Derecho civil no da una solución de tipo general. Sólo las ofrece parciales, como las de los artículos 1.116, 1.155, 1.476 y 1.691 de dicho Cuerpo legal.

El artículo 1.116 dispone que: «Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa».

El artículo 1.155 dispone que: «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal».

El artículo 1.476 prescribe que: «Será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte».

Y el artículo 1.691 preceptúa que: «Es nulo el pacto que excluya a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas».

En definitiva, el problema se centra en indagar cuál fue la intención

de los otorgantes y en si éstos hubieran concluido el acto o contrato sin el pacto, cláusula o estipulación viciados de nulidad.

Una solución de tipo general exigiría sentar una presunción *juris tantum* en uno u otro sentido, dejando libre el camino para la prueba en contrario. Sin embargo, esta solución carecería de lógica en su aplicación a los Registros Mercantil y de la Propiedad, porque debido a los límites dentro de los que tendría que desarrollarse la prueba, circunscrita a los documentos presentados, cualquier presunción *juris tantum*, en uno u otro sentido, se convertiría prácticamente en una presunción *juris et de jure*.

El artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil, transcrito en la letra B de este mismo capítulo, parece que se inclina por el sistema de calificación indivisible o *ex toto*. En cambio, el artículo 434, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario consagra, por lo que se refiere al Registro de la Propiedad, el sistema opuesto o de calificación divisible, al preceptuar que: «Cuando el documento comprenda alguna estipulación o pacto que no deba tener acceso al Registro o que legalmente deba tenerse por no puesto, podrá inscribirse el título y denegarse la inscripción de tal estipulación o pacto...».

Fundada en este precepto y en la cuarta disposición adicional del Reglamento del Registro Mercantil, con su llamada al Reglamento Hipotecario, para su aplicación con carácter supletorio, en el ámbito de ese Registro, se está abriendo paso una tendencia favorable al sistema de calificación divisible. En este sentido, la Resolución de la Dirección de los Registros de 16 de marzo de 1967 inicia la aproximación del Derecho registral mercantil hacia el inmobiliario, en un caso de transmisión hereditaria de participaciones sociales de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, en el que las inscritas a favor del causante eran mayores que las adjudicadas, declarando que: «Deben inscribirse, como permiten las disposiciones hipotecarias, los bienes transmitidos cuyo tracto aparece cumplido, suspendiendo o denegando los restantes». Se funda esta resolución en que «dada la similitud entre el Registro Mercantil y el de la Propiedad, reconocida en la cuarta disposición adicional del Reglamento del Registro Mercantil, procede aplicar el argumento analógico».

Pensamos, no obstante, que no se debe exagerar la importancia de esta resolución. Podrá, ciertamente, tener aplicación en algún caso concreto —como, por ejemplo, el de la retribución de los Administradores, regulado por el artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas—, pero nunca con carácter general, y, desde luego, no es aplicable a la inscripción de la escritura de constitución de la Sociedad, con sus Estatutos:

En efecto, en la indagación de la voluntad del adquirente de una participación social, respecto de si prefiere que se inscriba una participación menor o que no se inscriba nada, es evidente que la primera presun-

ción está de sobra fundada. En la constitución de la Sociedad es, en cambio, muy difícil indagar si todos los fundadores hubieran igualmente suscrito los Estatutos sociales sin alguna de sus cláusulas.

En otro sentido, el párrafo 3.º del citado artículo 434 del Reglamento Hipotecario viene a complicar las cosas, al preceptuar que: «En los supuestos del párrafo anterior —el párrafo 2.º antes transcrito—, el Registrador se abstendrá de practicar el asiento solicitado, en tanto que *el presentante* no manifieste su conformidad con que la inscripción sea extendida, denegando la de dicho pacto o estipulación».

Pensamos que la divisibilidad de la calificación entre las distintas estipulaciones contenidas en el documento, sería perfectamente admisible si los propios interesados manifestaran su conformidad con una inscripción fragmentada. Esta manifestación de voluntad podría prestarse ante Notario, o bien ante el Registrador, por comparecencia, en la que, previa identificación de la personalidad mediante el documento de identidad, ratificarán una instancia solicitando la inscripción parcial del documento. Pero no parece aceptable que se atribuya al presentante esa función de arbitraje entre las partes, que rebasa el marco de su actuación normal, máxime cuando se le niegan facultades para otras actuaciones de menor importancia, y en atención, además, a que, en la práctica, a pesar de lo preceptuado en el artículo 39 del Reglamento Hipotecario, en relación con el artículo 6, apartado *d*), de la Ley del mismo nombre, el presentante es designado siempre por el adquirente, y el pacto que con su conformidad se deniega puede estar establecido en interés del transmitente.

Por lo demás, los defectos de los títulos pueden ser subsanables e insubsanables (arts. 44, párrafos 3.º y 4.º; 45 y 46 del Reglamento del Registro Mercantil, y 65 de la Ley Hipotecaria); el plazo normal para practicar las inscripciones es de ocho días en el Registro Mercantil, y de treinta en el Registro de la Propiedad (arts. 35 del Reglamento del Registro Mercantil y 97 del Hipotecario); el plazo máximo es en ambos Registros el de los sesenta días que duran los efectos del asiento de presentación; no podrá practicarse asiento alguno en los libros de inscripciones, ni en Registro Mercantil, ni en el de la Propiedad, sin que se acredite el pago de los impuestos establecidos por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir (arts. 32 del Reglamento del Registro Mercantil y 254 de la Ley Hipotecaria), salvo en el Registro Mercantil, si se tratase del nombramiento y cese de Administradores, poderes y autorizaciones de toda clase, y su revocación... (art. 32, que acabamos de citar). pudiendo extenderse, no obstante, el asiento de presentación antes que se verifique el pago del impuesto, en cuyo caso, según el artículo 33 del Reglamento del Registro Mercantil, se suspenderá la inscripción, y

según el artículo 255 de la Ley Hipotecaria, se suspenderá la calificación y la inscripción, y se devolverá el título, a fin de que se satisfaga dicho impuesto; y, finalmente, contra la calificación del Registrador puede interponerse, en ambos Registros, recurso gubernativo y recurso judicial (arts. 49 del Reglamento del Registro Mercantil y 66 de la Ley Hipotecaria).

H) *El principio de legalidad como requisito*

En la distinción que la doctrina ha elaborado entre principios registrales que constituyen requisitos o presupuestos para que la inscripción pueda practicarse, y principios registrales que regulan los efectos de la inscripción, el principio de legalidad se integra dentro del primer grupo.

I) *Legalidad y rogación*

Entre el principio de rogación y el de legalidad —como decíamos al ocuparnos del primero— existe una íntima conexión. Para practicar una inscripción se requiere la concurrencia de dos voluntades: la del interesado, que la solicita, y la del Registrador, que la extiende. La primera se manifiesta a través del principio de rogación. La segunda, a través del principio de legalidad. La voluntad del interesado presta atención a una conveniencia económica. La del Registrador, a una posibilidad jurídica. En el proceso formativo de la primera está presente un interés privado. En el de la segunda, un interés público.

10.5.7.3. *Principio de publicidad*

A) *Instrumentos de conocimiento y presunciones de conocimiento y desconocimiento*

Conocimiento es la representación en nuestra mente de una cosa material o inmaterial. Cosas inmateriales son los derechos.

El conocimiento y el desconocimiento pertenecen al mundo interior de los individuos y son, por consiguiente, inaprensibles por el Derecho.

Pero como quiera que el conocimiento y el desconocimiento de los derechos produce importantes consecuencias jurídicas, el legislador ha tenido que crear ciertos instrumentos de conocimiento y arbitrar un sistema de presunciones de conocimiento y de desconocimiento.

Instrumentos de conocimiento son los Registros Mercantil y de la Propiedad, a través del principio de publicidad formal. Los derechos se contienen en los actos y contratos, y éstos se inscriben en dichos Registros para darlos a conocer.

Presunciones de conocimiento y de desconocimiento son las dos presunciones integradas dentro del principio de publicidad material que estudiaremos.

B) *Publicidad formal y material*

El principio de publicidad se puede tomar en dos acepciones: formal y material.

En sentido formal, significa que el Registro Mercantil y el de la Propiedad son cognoscibles. Y lo son por medio de las manifestaciones, certificaciones y notas, que prácticamente todos pueden pedir (arts. 30 del Código de Comercio; 2, párrafo 1.º, del Reglamento del Registro Mercantil; 22 y sigs. de la Ley Hipotecaria, aplicables también al Registro Mercantil, según la disposición 4.ª adicional de su Reglamento).

En sentido material, el principio de publicidad se ha venido enunciando de antiguo mediante las dos proposiciones siguientes: 1.ª Lo inscrito en el Registro se presume conocido de todos, y lo no inscrito se presume desconocido por los terceros. 2.ª Lo inscrito produce efecto respecto de tercero y, en consecuencia, le perjudica (porque lo conoce), y lo no inscrito no produce efecto respecto de tercero y, en consecuencia, no le perjudica (porque lo desconoce). La primera proposición contempla la esencia del principio de publicidad. La segunda, sus consecuencias. La presunción de conocimiento y su efecto constituyen el aspecto positivo del principio. La presunción de desconocimiento y su efecto, el aspecto negativo.

C) *Fundamento y eficacia del principio de publicidad material*

Las presunciones de conocimiento y de desconocimiento están respaldadas por dos fundamentos jurídicos: objetivo y subjetivo.

El fundamento objetivo es común a ambas presunciones: la necesidad de dotar de seguridad al tráfico, en la contratación mercantil e inmobiliaria. La documentación notarial es de valor publicitario muy limitado. Sería absurdo, pues, proclamar una presunción de conocimiento de las copias notariales por los terceros, y aún más una presunción de conocimiento del protocolo, que es secreto. Esta consideración fundamenta la

aparición de los Registros Mercantil y de la Propiedad, encaminados a dotar de certeza a las situaciones jurídicas, y de concreción y tutela a los derechos publicados.

En esa necesidad de lograr seguridad jurídica en el tráfico convergen tres intereses: el de las partes, el de los terceros y el interés público. Las partes saben que una vez inscrito en el Registro un acto o contrato, se presume conocido por los terceros y, por consiguiente, les afecta y perjudica. Los terceros saben que pueden alegar ignorancia de los actos y contratos no inscritos, que, por consiguiente, no les afectan ni perjudican. Hay, por último, un interés público en la seguridad del tráfico, ya que constituye un estímulo para la contratación y el desarrollo, y que a través de los Registros Mercantil y de la Propiedad se hace posible.

El fundamento subjetivo es distinto en la presunción de conocimiento y en la de desconocimiento.

La presunción de conocimiento se apoya en la dialéctica conjunta de las dos proposiciones siguientes: 1.ª El contenido de los asientos del Registro es conocible. 2.º Quien pudiendo conocer, en lo que le afecta, el contenido del Registro, lo desconoce, obra con negligencia, y las consecuencias de la presunción de conocimiento constituyen una sanción por esta negligencia. Es el mismo fundamento en que se apoya la presunción de conocimiento de los edictos y disposiciones legislativas, publicados en los periódicos oficiales y en el *Boletín Oficial del Estado*.

A través de la posibilidad de conocimiento, se llega a la presunción de conocimiento. Sería absurda una presunción de conocimiento de lo que no se pudo conocer. El principio de publicidad material positiva se funda, pues, en el de publicidad formal. El momento clave para que se tome en consideración el conocimiento es el del otorgamiento del acto o contrato. El conocimiento posterior es irrelevante.

La presunción de desconocimiento se funda, asimismo, en una sanción basada en la negligencia. Pero no en la negligencia del tercero, el cual no incumple y a quien, por tanto, no se sanciona, sino en la del titular del derecho que, siendo inscribible, no lo inscribe.

Por lo demás, que lo inscrito afecte y perjudique a tercero, y lo no inscrito no le afecte ni perjudique, se funda en que sólo quien conoce puede consentir. Si quien proyecta otorgar un negocio jurídico conoce el estado registral —con sus inscripciones existentes y ausentes—, y a pesar de ello otorga el negocio, consiente aquel estado registral. Si no lo conoce, no puede haberlo consentido.

Las anteriores consideraciones son aplicables a ambos Registros: al Registro Mercantil y al de la Propiedad.

En el doble juego que presentan los efectos del principio de publicidad: negativo, en cuanto lo no inscrito no perjudica a tercero, y positivo,

en cuanto lo inscrito le perjudica, la verdadera eficacia del principio, como observa GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, con referencia al Registro Mercantil; es la negativa, ya que si el acto inscrito tiene eficacia frente a tercero, es simplemente por aplicación de las normas sustantivas que regulan tal eficacia, la cual, inherente al acto en sí, se halla detenida por la falta de inscripción. La verdadera finalidad de la inscripción va dirigida a destruir la presunción de desconocimiento de lo no inscrito y su secuela de indemnidad respecto del posible perjuicio.

En el favor al tercero frente a lo no inscrito hay una posición extrema —recogida respecto de las Sociedades y poderes no inscritos, en los artículos 24 y 29 del Código de Comercio, que se transcribirán después—, consistente en facultarle para utilizar las escrituras no inscritas en lo que le favorezcan.

Al tercero sólo le favorece la falta de inscripción, y sólo le perjudica la inscripción. Si una Sociedad Anónima otorga poderes que inscribe y posteriormente los revoca, sin inscribir la revocación, el Apoderado puede seguir obligando a la Sociedad con los terceros si contrata utilizando el poder revocado, porque al no estar inscrita la revocación, se presume, en beneficio del tercero, que éste la desconoce y que el poder está vigente. La finalidad de la inscripción de revocación del poder es destruir la presunción de que el tercero desconoce la revocación. Se destruye una presunción de desconocimiento, mediante la presunción de conocimiento derivada de la inscripción de la revocación.

D) *Formulación legal*

El principio de publicidad se contiene en los siguientes preceptos:

Por lo que se refiere al principio de publicidad formal, en los artículos citados en el epígrafe B) de este mismo capítulo.

Y por lo que atañe a la publicidad material: dentro del Registro Mercantil, en los artículos 2, párrafo 2.º, del Reglamento de este Registro, que contempla el principio en su esencia, y en los artículos 26 del Código de Comercio y 2, párrafo 3.º, que lo contemplan en sus efectos. Aparte de los artículos 24 y 29 del Código de Comercio, que lo contemplan en sus efectos, pero sólo en su aplicación a las Sociedades y a los poderes.

El artículo 2, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil dispone que: «Se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos y no podrá alegarse ignorancia». (Aspecto positivo.)

El artículo 26 del Código de Comercio preceptúa que: «Los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero des-

de la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros anteriores o posteriores no registrados». (Aspectos positivo y negativo, en una fórmula unitaria.)

El artículo 2, párrafo 3.º, del Reglamento citado prescribe que: «Los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efecto respecto tercero». (Aspecto negativo.)

Y, finalmente, los artículos 24 y 29 del Código de Comercio disponen, respectivamente, que las escrituras de constitución de Sociedad y los poderes no registrados no perjudicarán a tercero, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable. Por lo demás, la expresión de que las Sociedades no inscritas produzcan efecto entre los socios, contenida en el artículo 24, debe entenderse derogada, por lo que respecta a las Sociedades Anónimas, conforme al artículo 6 de la ley que las regula.

Y en cuanto al Registro de la Propiedad, se ha venido considerando que el principio de publicidad se contiene en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, completado por el artículo 13 de la misma ley. Ambos contemplan los efectos del principio y disponen lo siguiente:

El artículo 32 dispone que: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

Y el artículo 13, que: «Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan».

En ambos preceptos legales se contiene el aspecto negativo del principio de publicidad material. Y en el artículo 13, además, el aspecto positivo.

E) *Delimitación entre los principios de publicidad y de fe pública.*

Absorción o independencia entre ambos. Buena fe

La delimitación entre los principios de publicidad negativa y de fe pública debe estudiarse separadamente, en lo que se refiere al Registro de la Propiedad y al Registro Mercantil.

a) En el Registro de la Propiedad la fricción entre los principios de publicidad negativa y de fe pública se produce cuando el tercero ha adquirido su derecho de persona, que si bien en el Registro aparece con facultades para transmitirlo se haya desprendido anteriormente del mismo, sin que la correspondiente relación jurídica se haya inscrito.

En tal caso, la competencia para regir el supuesto puede ser reclamada por ambos principios: por el de publicidad, porque el título mediante el cual el titular inscrito se ha desprendido de su derecho, por no haberse inscrito, no perjudica al tercero que después adquiere e inscribe; y por el de fe pública, porque este tercer adquirente del derecho lo adquirió de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo y la causa de nulidad o resolución —el título no inscrito— no constaba en el Registro.

Si se entiende que el principio de publicidad (art. 32 de la Ley Hipotecaria) ha sido absorbido por el principio de fe pública (art. 34 de la misma Ley), es este último el que debe regir el caso y será necesaria la buena fe para que el adquirente sea protegido, porque el artículo 34, a diferencia del artículo 32 exige este requisito. La buena fe consiste, en este caso, en el desconocimiento de la causa de nulidad o resolución, por medios ajenos al Registro.

Si se entiende, por el contrario, que el artículo 32 conserva su autonomía respecto del artículo 34, habrá que concluir que con estricta sujeción al Derecho positivo no es necesaria la buena fe. Otra es, sin embargo, la solución derivada de consideraciones morales basadas en la Justicia, porque el Registro no es la única fuente de conocimiento, ya que éste puede también obtenerse a través de la realidad jurídica extrarregistral, y fundándose la protección del principio de publicidad negativa en el desconocimiento por el tercero del documento no inscrito, sería inmoral presumir este desconocimiento, aun en el caso de que el tercero lo conociera, alegando que el conocimiento se obtuvo por medios ajenos al Registro.

Mucho se ha escrito sobre la absorción del artículo 32 por el artículo 34, ambos de la Ley Hipotecaria y sobre la autonomía e independencia del primero. La teoría monista defiende la absorción. La dualidad, la autonomía.

La conexión dentro del Derecho Inmobiliario entre los principios de publicidad (art. 32) y de fe pública (art. 34) se realiza a través del artículo 40, letra *a*), de la Ley Hipotecaria, que configura como un caso de inexactitud registral el de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria. La falta de inscripción es contemplada por el principio de publicidad. La inexactitud, por el principio de fe pública, y el artículo 40, letra *a*), de la Ley Hipotecaria, al considerar la falta de inscripción como un supuesto de inexactitud, viene a situar el principio de publicidad dentro del ámbito del principio de fe pública.

Si se sigue la teoría de la absorción del principio de publicidad por el de fe pública, el primero queda reducido a la presunción de conocimiento de lo inscrito y de desconocimiento de lo no inscrito. Nuestro

Derecho Registral Inmobiliario no recoge de modo explícito estas presunciones, pero su vigencia es evidente. En tal caso, al decir de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, el principio de publicidad habrá pasado a ser, más que un principio, un sistema o punto de mira en el que se inspiran los demás principios registrales (conferencia en el Seminario de Derecho Hipotecario de Cataluña). En este orden de ideas la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria, aunque alude al principio de publicidad, lo hace como de algo opuesto a la clandestinidad y más bien en tono retrospectivo. Es obligado reconocer, no obstante, que existe un tipo de inscripciones en las que el principio de fe pública no puede absorber al principio de publicidad. Nos referimos a las inscripciones de inmatriculación, las que por ser inscripciones primeras no pueden ir precedidas de una inscripción anterior legitimante, en base a la cual haya adquirido el tercero protegido por el principio de fe pública, faltando el supuesto básico para que sea aplicable el principio de fe pública, conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Dentro de la teoría monista, respetando la excepción aludida, se impone, pues, el requisito de la buena fe. Dentro de la teoría dualista, en cambio, se puede sostener una u otra postura sin incurrir en incoherencia.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Sentencias de 21 de octubre de 1929, 11 de junio de 1954 y 25 de mayo de 1965, citadas por AMORÓS GUARDIOLA, recaídas en casos de doble venta sin que hubiera inscripción, declaran la necesidad de buena fe, a pesar de que el artículo 1.473, párrafo 2.º, del Código Civil, que regula el supuesto, no la exija.

Posteriormente el mismo Tribunal ha generalizado la aplicación del requisito a otros supuestos, generalización fundada en razones históricas y principalmente en razones finalistas. En definitiva, concluye el autor citado (*Revista de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre 1967), ambos terceros, el del artículo 34 y el del artículo 32, necesitan de la buena fe: el primero, por imperativo legal, y el segundo, por unánime doctrina jurisprudencial. En definitiva, si se considera que el Registro no es la única fuente de conocimiento y que éste puede también obtenerse a través de la realidad jurídica extrarregistral, sería inmoral presumir el desconocimiento del documento no inscrito aun en el caso de que el tercero lo hubiera conocido, alegando que este conocimiento se obtuvo por medios ajenos al Registro.

b) En el Registro Mercantil se plantea el mismo problema, con la peculiaridad de que, al parecer, la doctrina dominante se pronuncia en contra de la absorción.

La cuestión estriba en dilucidar si el principio de fe pública formulado en el artículo 3, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil,

al preceptuar que la declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros *de buena fe* adquiridos conforme al contenido del Registro», es aplicable al principio de publicidad negativa recogido en los artículos 26 del Código de Comercio y 2, párrafo 3.º, del citado Reglamento, a cuyo tenor «los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de la inscripción», y «los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efecto respecto de tercero», o bien si el principio de publicidad conserva su sustantividad propia e individualidad distinta.

La autonomía del principio de publicidad respecto del principio de fe pública está íntimamente ligada a la exigencia de la buena fe en el primero de estos principios, en tal medida que si la autonomía influye en esta exigencia, es asimismo influida por ella. De la absorción es ciertamente deducible la exigencia de la buena fe. Pero también de la no exigencia de buena fe es deducible la no absorción.

Modestamente nos inclinamos por la autonomía del principio de publicidad respecto del principio de fe pública y por la no necesidad de la buena fe en el primero de estos principios: 1.º Porque falta una declaración explícita sobre la exigencia de la buena fe en el principio de publicidad, que no exigen el artículo 26 del Código de Comercio, ni el artículo 2, párrafo 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil, ni tampoco los artículos 24 y 29 del Código de Comercio. 2.º Porque en el Derecho Registral Mercantil falta un precepto semejante al artículo 40, letra a), de la Ley Hipotecaria, antes comentado; y 3.º Por las dilaciones que supondría la prueba de la mala fe, incompatibles con la rapidez y celeridad que impone el tráfico mercantil.

El profesor GARRIGUES, en 1949, parecía inclinarse por la no necesidad de la buena fe al escribir que la no inscripción no perjudica nunca al tercero, aunque conozca por medios ajenos al Registro el derecho y que el principio de publicidad se lleva en nuestro Derecho a sus consecuencias. Hay que considerar, sin embargo, que tal opinión era emitida antes del vigente Reglamento del Registro Mercantil de 1956 y, por consiguiente, en una fecha en que el principio de fe pública, con su exigencia de buena fe en el tercero, no había obtenido todavía carta de naturaleza en nuestro Derecho, por lo cual no podía entrar en colisión con el principio de publicidad que no la exige. Tal opinión no puede, pues, ser utilizada como argumento de autoridad en apoyo de la opinión que preconizamos.

En definitiva, si el acto o contrato no inscrito, conforme al principio de publicidad, no produce efecto respecto de tercero, es innecesario invocar al respecto el principio de fe pública, que con la exigencia de más requisitos introduciría complicaciones en la vida mercantil.

Estas complicaciones suben de punto con el problema que plantea la ignorancia voluntaria en relación con la buena fe. Basada ésta en el desconocimiento por el tercero de una relación jurídica, se plantea el problema del desconocimiento voluntario, con sus dos grados de voluntariedad: el que exige determinada diligencia en la averiguación por parte del tercero y el que se contenta con la ausencia de negligencia. Como ejemplos extremos cabría aducir el de aquel tercero que se niega a recibir la carta o a acudir a la llamada telefónica mediante las que sospecha que se le dará conocimiento del documento no inscrito. Pensamos que tales bizantinismos no deben tener entrada en el Registro Mercantil porque entorpecerían el tráfico comercial, que, por el contrario, se ve favorecido por la no exigencia de la buena fe, como requisito del principio de publicidad material negativa.

Observemos finalmente, al respecto, que fuera de los principios de publicidad y fe pública, y por consiguiente del tema que estudiamos, la buena fe es exigida en la impugnación de los acuerdos sociales regulada en los artículos 67 de la Ley de Sociedades Anónimas y 112 del Reglamento del Registro Mercantil.

G) *Partes y terceros*

Es fácil observar que toda la construcción jurídica que precede se funda en la distinción entre partes y terceros. Esta distinción impone el signo de las presunciones de conocimiento y de desconocimiento, de perjuicio y de protección.

Respecto de un acto o contrato determinado, todos los hombres son partes o terceros, y nadie puede ser, a la vez, parte y tercero. Pero se puede ser parte en un acto o contrato, y tercero en otro.

Partes son las personas que emiten o en cuyo nombre se emite el consentimiento en los actos y contratos, y que, a la vez, asumen sus efectos. No son partes aquellas personas que no emiten el consentimiento o se emite en su nombre, aunque sean afectadas por el acto o contrato. Tampoco son partes aquellas personas que si bien emiten el consentimiento, no quedan afectadas por el acto o contrato, como el padre o tutor en el caso de hijos emancipados (arts. 59 y 317 del Código Civil), aunque, por haber estado presentes, no pueden alegar desconocimiento. Caso parecido es el de quienes hayan intervenido en el acto o contrato como testigos o Apoderados. Estas personas son terceros a efectos del artículo 1.218 del Código Civil, pero no a efectos del artículo 1.219.

Para las partes hay publicidad completa. Las partes están presentes en el otorgamiento del acto o contrato con presencia física o jurídica.

En consecuencia, los conocen. Los instrumentos de conocimiento resultan, pues, inútiles y no caben presunciones de desconocimiento. En este sentido, la Exposición de Motivos del Código de Comercio declara que: «No podrán prevalecerse de la falta de publicidad los socios, pues siendo conocedores de los términos y condiciones del acto constitutivo de la Sociedad, producirá entre ellos todos sus efectos desde el momento de la celebración».

Tercero, respecto de un acto o contrato determinado, es el que no ha sido parte en el mismo ni es heredero de las partes.

Sin embargo, esta versión del tercero, como tercero absoluto, sin otra característica que la de sujeto marginado, carece, en general, de trascendencia en el mundo jurídico. El tercero que interesa al Derecho es el tercero relativo, el tercero que ha entrado en contacto con el objeto de la relación jurídica que liga a las partes entre sí. En el tercero absoluto este contacto es una posibilidad. En el tercero relativo, una efectividad. Las notas peculiares de este tercero relativo son, pues, las dos siguientes: 1.^a De carácter negativo: no haber sido parte en un acto o contrato, ni heredero de las partes. 2.^a De carácter positivo: haber entrado en contacto con el objeto de ese acto o contrato.

El concepto de tercero que acabamos de exponer, es el del tercero civil.

El concepto de tercero registral exige un requisito adicional: que la relación jurídica con la que traba contacto el tercero sea inscribible en el Registro. Si la relación jurídica está inscrita surge la figura del tercero frente a lo inscrito. Si no está inscrita surge la figura del tercero frente a lo no inscrito.

Los requisitos anteriores marcan el contorno de un tercero genérico, aplicable al Registro de la Propiedad y al Registro Mercantil. El concepto específico del tercero se forma por la adición a ese concepto genérico de ciertos requisitos añadidos, referentes a la inscribibilidad de las relaciones jurídicas, distintos en uno y otro Registro.

En el Registro de la Propiedad, la fricción se produce entre dos relaciones jurídicas inscribibles: la del tercero protegido y la del tercero perjudicado. El tercero que la inscribe —o mejor dicho, la inmatricula: la inmatriculación es el único supuesto de publicidad que queda en el Registro de la Propiedad (*vid.* letra E, dentro de este mismo capítulo)— es el tercero protegido. El tercero que no la inscribe es el tercero perjudicado.

En el Registro Mercantil no es necesario que las relaciones jurídicas en liza sean ambas inscribibles, sino que basta con que lo sea una. Si esta relación jurídica se inscribe, su titular queda protegido, y el titular

de la otra queda perjudicado. Si la relación jurídica inscribible no se inscribe, su titular queda perjudicado, y el titular de la otra relación jurídica —la no necesariamente inscribible— queda protegido. Son, respectivamente, el tercero perjudicado y el tercero protegido.

Así, por ejemplo, en la revocación del poder inscrito entran en contacto dos relaciones jurídicas: la que liga a la Sociedad con el Apoderado, y la que la liga con las personas que contratan con el Apoderado. Sólo la primera, la encarnada en la revocación del poder, es inscribible necesariamente. La otra no tiene por qué serlo, lo cual es coherente con el propósito de la ley de inmunizar a un ámbito de terceros que excede de los actos inscribibles.

Paralelamente, en la separación de los Administradores inscritos, sólo la separación es inscribible en el Registro Mercantil. Los contratos otorgados en nombre de la Sociedad por el Administrador separado, no tienen por qué ser inscribibles y frecuentemente no lo son.

Los ejemplos contenidos en la letra H, que sigue, están montados sobre el planteamiento precedente y pueden contribuir a su aclaración.

H) *Ejemplos de aplicación del principio de publicidad a la materia objeto de nuestro estudio*

En la aplicación del principio de publicidad a la materia objeto de nuestro estudio cabe aducir los siguientes ejemplos:

1.º Por lo que respecta al Registro de la Propiedad, es bueno recordar que el principio de publicidad negativa solamente es aplicable a las inmatriculaciones, porque en los demás supuestos se entiende que ha sido absorbido por el principio de fe pública (letra E, dentro de este mismo capítulo).

Si los bienes inmuebles o derechos reales que la Sociedad adquiere por mediación de los Gestores, en la fase de Sociedad en creación (10.1, 10.2 y sigs.), no figuran inscritos a favor de nadie en el Registro de la Propiedad y, previa ratificación (art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas), se inmatriculan a nombre de la Sociedad, perteneciendo en la realidad extrarregistral a persona distinta del transferente, esa persona —tercero no inscrito— sería perjudicada —dejando a salvo la limitación del artículo 207 de la Ley Hipotecaria—, siempre que la Sociedad ignorara, según la opinión más probable, que el transferente no era el dueño (letra F de este mismo capítulo).

La ignorancia a que nos referimos tiene que producirse en el órgano social que otorga la ratificación.

Paralelamente, si los inmuebles o derechos reales que la Sociedad

adquiere de los fundadores por aportación, no constan inscritos en el Registro de la Propiedad y la Sociedad los inmatricula a su nombre ignorando que pertenezcan a persona distinta del aportante, esa persona —tercero no inscrito— sería perjudicada (letra F de este mismo capítulo), con la misma limitación del artículo 207.

Por lo demás, dejando aparte el supuesto de las inmatriculaciones, al que acabamos de hacer referencia, la doctrina de que lo inscrito produzca efecto respecto de tercero, y lo no inscrito no lo produzca, son supuestos que se enmarcan hoy dentro del principio de fe pública y no dentro del principio de publicidad (letra E de este mismo capítulo). Esta es la razón de que no recojamos aquí los casos de que el tercero que vende a la Sociedad por medio del Gestor no sea dueño de los bienes vendidos, aunque los tenga inscritos a su nombre, o de que el aportante no sea dueño de los bienes aportados, aunque figuren inscritos a su nombre, y se declare la ineficacia de dichas inscripciones; ni a los de que unos u otros bienes tengan cargas no inscritas, ni tampoco a los de que sobre los bienes adquiridos se hayan practicado anotaciones preventivas de embargo con anterioridad a la ratificación o aportación. Tales supuestos, en los que la Sociedad será tercer adquirente, se estudiarán, a modo de ejemplos, al ocuparnos del principio de fe pública (10.5.7.5, letra E).

2.º Por lo que atañe al Registro Mercantil, pueden aducirse, entre otros, los siguientes ejemplos:

El del poder revocado, ya citado. Inscrito y revocado un poder con revocación no inscrita, el tercero que contrata con el Apoderado, aunque conozca la revocación por medios ajenos al Registro, contrata válidamente con la Sociedad, según la opinión más probable, porque ese conocimiento no destruye la presunción registral de desconocimiento. Queda fuera de órbita la falta de inscripción del poder, que en los poderes de inscripción obligatoria (art. 86 del Reglamento del Registro Mercantil) provocaría la falta de legitimación.

Otro ejemplo hace referencia a los Administradores, Consejeros Delegados y Comisión Ejecutiva.

Si la separación de los cargos no ha sido inscrita y los citados órganos sociales continúan actuando como tales en nombre de la Sociedad, ésta quedará obligada con los terceros, aunque éstos conozcan la separación por medios ajenos al Registro (referencia F de este mismo capítulo, antes citada), porque en el Registro Mercantil, según la doctrina mayoritaria, no es necesario el requisito de la buena fe en el principio de publicidad negativa, y el conocimiento, por medios ajenos al Registro, de la relación jurídica no inscrita, no destruye la presunción de desconocimiento.

En cambio, en los dos ejemplos precedentes, si la revocación del poder o la separación han sido inscritas, no queda obligada la Sociedad

frente al tercero, porque se presume que éste, al contratar, según el principio de publicidad positiva, conocía la revocación o la separación.

La inscripción invierte, pues, el signo de la presunción, convirtiendo una presunción de desconocimiento en una presunción de conocimiento.

Queda fuera del planteamiento, por situarse dentro de la legitimación para actuar, el supuesto de que el nombramiento de las personas integrantes de los mencionados órganos sociales no haya sido inscrito en el Registro Mercantil. Cabe repetir, en este caso, lo antes expuesto respecto del Apoderado con poder de inscripción obligatoria, no inscrito: la falta de legitimación se superpone al principio de publicidad, porque la inscripción es un requisito de legitimación en los Administradores, Consejeros Delegados y Comisión Ejecutiva, y la carencia de legitimación provoca la nulidad de su actuación, lo cual impide la entrada en escena del principio de publicidad.

(En relación con la injusticia de que el tercero pueda impugnar la actuación de los Administradores, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva y Apoderados, como representantes de la Sociedad, después de haber dado por buena su actuación al contratar con ellos; *vid.* referencia 10.5.7.4, letra F, b), c'), al final.)

Otro ejemplo hará referencia a la impugnación de los acuerdos sociales. Los acuerdos de la Junta general, y según la jurisprudencia, también los del Consejo de Administración (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1956), pueden ser impugnados, por los trámites del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuyo caso se plantea el problema de determinar si la resolución judicial que recaiga perjudicará a los terceros que hubieren contratado con la Sociedad en base al acuerdo objeto de impugnación. Los artículos 67 de la Ley de Sociedades Anónimas y 112 y 113 del Reglamento del Registro Mercantil resuelven el supuesto en el sentido de que la sentencia que estime la acción no afectará a los derechos adquiridos de buena fe por los terceros a consecuencia del acuerdo impugnado (art. 67); pero según se desprende del artículo 112, en relación con el 113 de dicho Reglamento, les afectará si se hubiere tomado anotación preventiva de la demanda de impugnación o de las resoluciones judiciales firmes que ordenen la suspensión de los acuerdos, con los requisitos y garantías del artículo 70, número 4, de la Ley de Sociedades Anónimas. La *ratio legis* del precepto se halla en que la anotación destruye la buena fe de los terceros exigida por el artículo 67. Pero también la destruye el conocimiento de la impugnación por medios ajenos al Registro, con lo cual el artículo 67 introduce en la impugnación de los acuerdos sociales un elemento nuevo, al alterar el mecanismo normal del principio de publicidad negativa, que no impone

con carácter general el requisito de la buena fe, en su aplicación al Registro Mercantil (*vid.* letra F, al final, dentro de este mismo capítulo).

Otro caso de publicidad es el de la inscripción de constitución de Sociedad Anónima en el Registro Mercantil. Esta inscripción constituye y publica. Constituye, porque desde el momento de la inscripción, la Sociedad tendrá personalidad jurídica (art. 6 de la Ley de Sociedades Anónimas). Y publica, porque la inscripción de constitución de Sociedad, al igual que las demás inscripciones, produce efectos publicitarios respecto de tercero. Coexisten, pues, dos efectos: el constitutivo y el publicitario. El primero se produce respecto de las partes y respecto de tercero. El segundo, solamente respecto de tercero. La Sociedad no inscrita no existe para nadie. La inscrita existe para todos y despliega sus efectos publicitarios respecto de los terceros.

El artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas impone a los fundadores la obligación de realizar todo lo necesario para obtener la inscripción de la Sociedad. Parece, a primera vista, que esta obligación responde más a exigencias del principio de inscripción constitutiva, que del principio de publicidad, porque el primero de estos principios dota de existencia a la Sociedad, y el segundo sólo procura su conocimiento, y la existencia es más importante que el conocimiento; pero en el ámbito registral cabría sostener que se igualan los términos, ya que el Registro es, por esencia, instrumento de conocimiento. El artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas viene a corroborar este punto de vista, al imponer la obligación de presentar a inscripción en el Registro Mercantil, el nombramiento de los Administradores, a pesar de que esta inscripción, según la opinión más generalizada (10.5.6.4.1), no produce efectos constitutivos, sino sólo publicitarios.

1) *Publicidad, notificación y notoriedad*

Se ha dicho que el Registro publica, pero no notifica.

Es conveniente distinguir la publicidad de la notificación. La distinción se funda en las siguientes notas características: 1.^a En el Registro toma la iniciativa la persona interesada en conocer su contenido. En la notificación, la persona que promueve el conocimiento es distinta de la persona notificada, que lo adquiere. 2.^a La presunción de conocimiento de los hechos notificados se funda en una evidencia. La presunción de conocimiento de los asientos registrales se funda en una ficción. Ficción, por lo demás, necesaria.

Por lo demás, al lado de las diferencias, existen analogías. Los signos aparentes de las servidumbres, por ejemplo, sólo son notorios para aque-

llas personas que pasan por el lugar donde están tales signos y se fijan en ellos; las disposiciones legislativas, sólo son notorias para quienes leen el *Boletín Oficial del Estado* y se enteran de su contenido. Paralelamente, en las notificaciones, los hechos notificados sólo son notorios para la persona notificada, y los asientos del Registro sólo son notorios para aquellos que acudiendo al Registro, por sí mismos o por otra persona, se enteran de su contenido. No hay, pues, diferencia, al respecto, entre las notificaciones y la publicidad registral, en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad: La notoriedad en ambos Registros se produce sólo para un número limitado de personas, con exclusión de las demás.

J) *Principio notarial de presentación*

Por constituir un instrumento de conocimiento, no debemos omitir una referencia al principio notarial de presentación, en virtud del cual, la persona a quien se presente notarialmente un documento, se presume enterada de su contenido. Esta presunción de conocimiento se funda en que el tercero ha estado en contacto con el documento y se le ha conminado, al menos implícitamente, a que se entere de su contenido, ya que en el fondo, la presentación notarial viene a ser, además de una notificación, un requerimiento. El tercero —tercero notarial— no podrá alegar, pues, ignorancia. El titular de un derecho inscribible y no inscrito puede, pues, utilizar dos instrumentos para cambiar el signo de la presunción de desconocimiento, convirtiéndola en presunción de conocimiento: la inscripción registral y la presentación del documento, en el que el derecho se contiene. En ambos supuestos se origina una presunción de conocimiento, que en la inscripción afecta a todo el mundo, y en la presentación, tan sólo a la persona a quien se hace. La inscripción viene a ser, pues, una presentación *erga omnes*, y la presentación, una publicación circunscrita. La presentación puede afectar a derechos personales y a derechos reales, porque unos y otros pueden integrar el contenido de las escrituras y de otros documentos. La publicidad en el libro de Sociedades del Registro Mercantil sólo puede afectar a derechos personales, porque sólo derechos de esta naturaleza pueden ser objeto de inscripción y, por ende, de publicación. En el Registro de la Propiedad, en cambio, sólo pueden ser publicados los derechos reales sobre bienes inmuebles, porque sólo tales derechos son inscribibles.

El artículo 1.219 del Código Civil, en relación con el artículo 174 del Reglamento Notarial, que serán estudiados al tratar del principio de legitimación (*vid.* 10.5.7.4, letra C), hacen referencia al principio de presentación documental, pero no agotan todos sus supuestos. Uno de ellos

es la presentación hecha al adquirente de algún derecho para destruir su buena fe, con objeto de que no pueda invocar el principio de fe pública (referencia 10.5.7.5, letra C, a), 3.º).

K) *Ejemplos de aplicación del principio de presentación notarial, en la materia objeto de nuestro estudio*

Pueden ser objeto de presentación notarial, entre otras, las siguientes escrituras: 1.ª Escritura en la que se haya formalizado el contrato otorgado por los Gestores, en nombre de la Sociedad Anónima en creación, cuyo contrato fue estudiado en las referencias 10.1, 10.2 y 10.3 a 10.5.5. 2.ª Escritura de constitución de la Sociedad Anónima con sus Estatutos, que puede ser presentada antes o después de su inscripción en el Registro Mercantil. Los efectos de esta escritura antes de la inscripción, se estudian en la referencia 10.3.2.2, y los originados por la inscripción, en la referencia 10.5.7.7, letra I. 3.ª Escrituras de nombramiento y aceptación de los Administradores y escrituras de poder (referencias 10.5.6.4.1 y 10.5.6.6.1).

Las escrituras públicas de referencia están sujetas a determinadas normas de Derecho necesario y aun de Derecho voluntario provenientes de los Estatutos que es obligado respetar. En la escritura número 1 de la anterior relación, las limitaciones están contenidas en el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas. En la escritura número 2 están contenidas en los artículos 13 y 6 de la misma ley, que rigen, respectivamente, los efectos de la escritura antes y después de la inscripción. Y en las escrituras señaladas con el número 3, se contienen en la propia escritura de constitución social, con sus Estatutos, que constituyen la ley de vida de la Sociedad; en el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, que regula la representación de la Sociedad, y en las escrituras de nombramiento y aceptación de los Administradores (art. 108 del Reglamento del Registro Mercantil).

Pero fuera de esos límites entra en juego el principio de autonomía de voluntad, que permite a los otorgantes establecer las estipulaciones, pactos y cláusulas que estimen pertinentes. El área de este espacio libre es de amplitud muy variable, no sólo si comparamos el que deparan las distintas escrituras de referencia, sino incluso una misma escritura según sea el momento de su presentación. Lo cual ocurre respecto de los efectos de la escritura de constitución social, en la que la autonomía de los fundadores es mayor en la estipulación de los requisitos para que la Sociedad quede obligada en su contratación con los terceros después de la inscripción, que en la modificación de las obligaciones y responsabili-

dades de los fundadores frente a la Sociedad y los terceros, impuestas a los propios fundadores por el artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Puede convenir a los titulares de los derechos e incluso de las obligaciones plasmados en las escrituras a que hemos hecho referencia, que éstas sean presentadas notarialmente a determinados terceros para dárseles a conocer, añadiendo así efectos publicitarios a los meramente probatorios del artículo 1.218 del Código Civil. La presentación al tercero de las escrituras públicas de referencia será más útil antes de la inscripción que después, porque una vez inscritas, ya se presume que el tercero las conoce, en virtud del principio de publicidad material positiva. Es de notar que la presunción de conocimiento derivada de la presentación es, en ocasiones, de ámbito más reducido que la producida por la inscripción, porque ésta no sólo publica, sino que legitima, y la presentación de las escrituras de nombramiento y aceptación de los Administradores y de poderes de inscripción obligatoria realizada antes de su inscripción, no origina una presunción de conocimiento de que tales personas estén legitimadas para actuar. Distinto es el caso de que al ser presentadas tales escrituras estén ya inscritas, en el que la presunción de conocimiento de la legitimación se producirá a través de la nota registral de inscripción, aparte, obviamente, de la derivada del asiento.

L) *Eficacia probatoria y eficacia publicitaria*

No debe perderse de vista que una cosa es la eficacia probatoria del documento público y otra su eficacia publicitaria. La primera es una consecuencia de la autorización por Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley. Está consagrada en el artículo 1.218 del Código Civil y despliega su valor probatorio independientemente de su presentación notarial. La segunda requiere, en cambio, que el documento sea presentado notarialmente o inscrito en el Registro, ya que mientras no se cumpla uno u otro de estos trámites, se presume desconocido por los terceros.

10.5.7.4. *Principio de legitimación*

A) *Razón de ser del principio*

Si el contenido de los asientos del Registro Mercantil y de la Propiedad coincidiera siempre con la realidad extrarregistral, el principio de le-

gitimación no tendría razón de ser. Pero como, en ocasiones, las inscripciones se hallan en oposición con aquella realidad, se plantea un problema de prevalencia, que puede resolverse de tres maneras distintas: 1.^a Haciendo prevalecer la realidad extrarregistral. 2.^a Haciendo prevalecer el contenido del Registro. 3.^a Haciendo prevalecer este contenido o aquella realidad, según las circunstancias.

En nuestro Derecho rige este tercer sistema, que puede articularse a través de las dos proposiciones siguientes: 1.^a Inicialmente prevalecen los pronunciamientos del Registro, pero las presunciones derivadas de los mismos cesan en el mismo momento en que se inscriba la declaración judicial de inexactitud o de nulidad. Es el principio de legitimación mínima, sin adiciones de fe pública. 2.^a En definitiva, prevalecen los pronunciamientos del Registro, aun en el caso de que se pruebe su inexactitud o nulidad, pero sólo respecto de las personas que reúnan determinados requisitos. Es el principio de fe pública, que será estudiado en la referencia 10.5.7.5.

B) *Presunciones que encierra*

El principio de legitimación registral consiste en la presunción de existencia y pertenencia de los derechos inscritos y de exactitud, integridad y validez de los asientos en que constan.

Por la presunción de exactitud se presume que el asiento está de acuerdo con la realidad. Por la presunción de integridad, que contiene toda la realidad. Por la presunción de validez, que está de acuerdo con la ley. Y por la presunción de existencia y pertenencia, que los derechos existen y pertenecen a su titular, en los términos del asiento respectivo.

Un sector de la doctrina refunde las presunciones de exactitud, integridad y validez en una sola presunción: la presunción de exactitud. Funda su punto de vista en la consideración de que las presunciones de integridad y validez están comprendidas dentro de la presunción de exactitud, porque la inscripción nula es inexacta, por estar en desacuerdo con la ley, y la inscripción carente de integridad es, asimismo, inexacta, por no contener toda la verdad.

De las tres presunciones enunciadas, la de integridad y su delimitación frente a la de exactitud reviste cierta complejidad.

Un registro se presumirá o no íntegro, según se entienda que recoge o no toda la realidad jurídica extrarregistral, según que rechace o reconozca, respectivamente, la existencia y efectos de lo que está fuera del Registro. En este sentido, la distinción entre exactitud e integridad se funda en una idea de espacio y en una idea de tiempo. De espacio, por-

que la integridad es la exactitud proyectada hacia fuera del Registro. Y de tiempo, porque la exactitud se concreta en el ahora del asiento, y la integridad en el antes y en el después. La presunción de integridad plena hace tabla rasa de todo lo que no está en el Registro, esté antes o después del asiento, esté documentado pública o privadamente o sin documentar. Viene a proclamar, en suma, que lo que no está en el Registro, no está en el mundo.

No obstante, las presunciones de exactitud, integridad y validez no son exclusivas del Registro. También las originan las escrituras públicas.

La de exactitud, con plena amplitud e intensidad. La de integridad, con menor amplitud (letra C de este mismo capítulo). Y la de validez, con menor intensidad (letra E de este mismo capítulo).

C) *Presunciones de exactitud e integridad en la escritura y en la inscripción*

Dentro de la presunción de exactitud en sentido amplio, se comprende la presunción de exactitud *strictu sensu* (presunción de verdad) y la presunción de integridad (presunción de toda la verdad).

La presunción de exactitud del Registro, en sentido estricto, es derivada. Le viene al Registro de la Notaría. El Notario, al actuar con inmediación, está en contacto directo con los interesados y refleja en la escritura lo que ve y lo que oye durante la audiencia notarial. La escritura pública viene a ser, pues, la verdad del espejo, como apunta NÚÑEZ LAGOS, y es, a la vez, la verdad de la cinta magnetofónica. Es, al decir del mismo autor, la identidad entre *actum* y *dictum*. La fe pública notarial garantiza la autenticidad, y con ella, la verdad de la escritura, que sólo puede ser destruida mediante prueba de falsedad. Y al ser inscrita la escritura, no se destruye, como es lógico, esa presunción de exactitud, sino que se proyecta en el asiento.

La presunción de exactitud recibe su consagración del artículo 1.218 del Código Civil, a cuyo tenor: «Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste». En relación con el artículo 1.216 del mismo Cuerpo legal, conforme al cual: «Son documentos públicos los autorizados por un Notario...». Aunque no lo diga explícitamente el precepto, los documentos públicos también hacen prueba a favor del tercero. El artículo 1.218 se pronuncia sobre la fuerza probatoria del documento público, que para su plena eficacia frente al tercero debe serle presentado o inscrito, para dársele a conocer, con el fin de que no pueda alegar ignorancia, ya que los documentos públicos no se presumen conocidos. (Es de notar que

aun en el caso de que no sea presentado ni inscrito, el documento público conserva íntegra su fuerza probatoria.) La fe notarial cubre el hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste. No obstante, el hecho que motiva el otorgamiento no es propiamente tal, sino el hecho que se quiere autenticar o negocio jurídico contenido en el documento (compraventa, aportación, etc.). La fe notarial no cubre, sin embargo, la veracidad de las llamadas declaraciones de verdad formalizadas por los otorgantes, sino únicamente que tales declaraciones de verdad fueron formuladas.

En cambio, la presunción de integridad, en su dimensión registral, es originaria del Registro. Nace con el asiento, no con el documento. El negocio jurídico recibe de la autorización notarial exactitud, pero sólo una integridad parcial, porque al Notario se le escapa todo lo que cae fuera de la audiencia notarial. La integridad de la escritura desborda, sin embargo, el presente. No se circunscribe al acto del otorgamiento, en cuyo caso se confundiría con la exactitud, sino que se proyecta al futuro en los términos que se dirá, pero no al pasado.

La integridad de la escritura está en conexión con el principio de presentación notarial, según el cual la persona a quien se presente notarialmente un documento, se presume enterada de su contenido (*vid.* referencia 10.5.7.3, letra J). Este principio tiene su reflejo en el artículo 174, párrafo 1.º, del Reglamento Notarial, a cuyo tenor: «La relación de los títulos de adquisición del que transmita, modifique, grave o libere un inmueble o derecho real, se hará de acuerdo con lo que resulte de los títulos presentados...».

La integridad documental de la escritura pública tiene su fundamento en los artículos 1.219 del Código Civil y 174, párrafo 2.º, del Reglamento Notarial. Según el artículo 1.219 del Código Civil: «Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra tercero cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el Registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero». Y según el artículo 174, párrafo 2.º, del Reglamento Notarial: «En los títulos o documentos presentados o exhibidos al Notario con aquel objeto (el objeto a que se refiere el párr. 1.º), y al margen de la descripción de la finca o fincas o derechos objeto del contrato, se pondrá nota expresiva de la transmisión o acto realizado, con la fecha y firma del Notario autorizante. Cuando fueren varios los bienes o derechos, se pondrá una sola nota al pie del documento».

A tenor del principio de presentación notarial, si el título de adquisición del que transmite, modifica, grava o libera un inmueble o derecho real —llamado por unos, título ostensible, y por otros, título apa-

rente— es presentado notarialmente al otro contratante —tercero respecto del título ostensible—, éste adquiere conocimiento de su contenido. Sin embargo, este conocimiento añade poco a su seguridad jurídica. Sólo le garantiza que en una fecha anterior —la del título ostensible— la persona que transmite, modifica, grava o libera era dueño según dicho título. Pero no que siga siéndolo en el momento de la presentación, ya que el tercero —tercero notarial— ignora si en el tiempo transcurrido entre el otorgamiento del título ostensible y su posterior presentación, al otorgarse la nueva escritura, se han otorgado escrituras modificativas o desvirtuantes del título ostensible. El artículo 1.219 del Código Civil resuelve el planteamiento a través de una regla general y de dos excepciones, al sentar la doctrina de que para el tercero se presume que no existen escrituras modificativas de la escritura ostensible, con excepción de las reseñadas en las notas del propio título ostensible y de las que figuren inscritas en el Registro. Tales notas se habrán extendido en el título ostensible, por el Notario que haya autorizado las posibles escrituras modificativas, sobre la base de aquel título.

Pensamos, sin embargo, que aun en el caso de que la escritura modificativa no se haya reflejado por nota en el título ostensible, ni se haya inscrito, no procederá la presunción de integridad de este título y, por consiguiente, deberá respetarse la escritura modificativa, cuando se pruebe que el tercero notarial conocía la existencia de ésta.

En el planteamiento del artículo 1.219 entran en juego dos escrituras: la ostensible y la modificativa, cuyas posiciones jurídicas son intercambiables a través del tiempo. La escritura ostensible puede ser, en efecto, modificativa de otra escritura anterior, y la escritura modificativa puede ser utilizada como escritura ostensible, respecto de otra escritura posterior.

La doctrina que precede se funda en los principios de presentación notarial (10.5.7.3, letra J) y de publicidad registral (10.5.7.3, letras C y D principalmente), en relación con la teoría del conocimiento. Si la escritura modificativa figura reseñada en la escritura ostensible, se presume que el tercero a quien haya sido presentada conoce su existencia, ya que la presunción de conocimiento derivada de la presentación alcanza a todo el contenido del título presentado y, por consiguiente, también a las notas. Si la escritura modificativa está inscrita en el Registro, se presume, asimismo, que el tercero la conoce, a través de la inscripción, en virtud del principio de publicidad material positiva. Si la escritura modificativa no consta reseñada en el título ostensible ni inscrita en el Registro, se presume que el tercero desconoce su existencia. Y de aquel conocimiento y de este desconocimiento, se deriva que el tercero,

sea o no perjudicado por la escritura modificativa, dando por supuesto, en el último caso, su buena fe o desconocimiento real de dicha escritura.

El artículo 1.219 del Código Civil consagra la integridad de la escritura pública ostensible, respecto de las escrituras modificativas, que por serlo tienen que ser posteriores, pero no respecto de las escrituras anteriores a la escritura ostensible. Afirma, en suma, la integridad de la escritura ostensible cara al futuro, pero no respecto del pasado.

Quedan fuera del artículo 1.219 los efectos de las escrituras públicas y documentos privados entre los mismos interesados, que se producirán plenamente, ya que entre ellos rige la totalidad de los negocios jurídicos, y los efectos respecto de tercero de los documentos privados: si el documento objeto de presentación fuera privado (las *contre lettres*), no originaría presunción alguna de exactitud ni de integridad; si fuera anterior al título ostensible, no prevalecería contra éste frente a tercero, debido a la facilidad con que los documentos privados pueden fabricarse y fecharse, y si fuera posterior, tampoco produciría efecto frente a tercero, porque si las escrituras públicas modificativas no los producen en los dos casos examinados (art. 1.219), con mayor razón no deben producirlos los documentos privados, tal como explícitamente se preceptúa en el artículo 1.230 del Código Civil.

El ámbito de la integridad notarial es, pues, más restringido que el de la integridad registral. Esta, en efecto, comprende el antes y el después del asiento y prevalece sobre todos los documentos no registrados, anteriores y posteriores al asiento legitimante, presentados notarialmente y no presentados.

El titular documental de un derecho puede haber descuidado su inscripción, por negligencia o por cualquier otra causa, adelantándosele en la inscripción otro titular del mismo derecho en documento posterior, en cuyo caso, por presumirse íntegra la inscripción del documento posterior, se presumiría inexistente el anterior. Por otra parte, la titularidad documental de un derecho puede estar sujeta a ciertas limitaciones, cargas o condiciones, o subordinada a ciertos consentimientos que no resulten del Registro ni vengan impuestos por la ley, en cuyo caso inscrito el derecho afectado a nombre de su titular, tales condiciones, limitaciones, cargas o consentimientos no inscritos se presumirán inexistentes, en méritos de la misma presunción de integridad. Es de notar que los supuestos que preceden tienen mayor incidencia en el Registro de la Propiedad que en el Mercantil.

Las presunciones de exactitud e integridad de las escrituras públicas se benefician de una presunción de permanencia, que asegura su perduración: en la presunción de exactitud, mientras no se declare judicialmente la nulidad, en el caso, por demás, insólito de falsedad, y en la de

integridad, mientras no exista una resolución judicial o un asiento registral que la contradiga.

La doctrina que antecede rige la integridad documental en la esfera inmobiliaria a través de los artículos 174 del Reglamento Notarial y 1.219 del Código Civil. Y parece que asimismo debe regirla en la esfera mercantil, a través de este último precepto en solitario, porque la generalidad de los términos del artículo 1.219 no excluye ningún campo de aplicación, y porque si bien el Reglamento Notarial (art. 174) no obliga a que los Notarios pongan las notas fuera del caso de que la escritura verse sobre inmuebles o derechos reales —de lo cual es deducible que en la esfera mercantil las escrituras no tienen por qué llevar notas—, no es menos cierto que las notas constituyen, atendiendo a sus efectos, una simple excepción a la regla general, y que la menor frecuencia en la aplicación de las excepciones no afecta a la vigencia de la regla general.

El planteamiento del artículo 1.219 del Código Civil es de general aplicación. En cambio, el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, en su inciso final, al declarar la nulidad de los pactos sociales que se mantengan reservados, contempla la integridad documental, circunscrita a un supuesto especial —el de la constitución de la Sociedad—, que será estudiado en el epígrafe D que sigue.

D) *Ejemplos de aplicación de la integridad documental a la materia objeto de este estudio*

Podemos aducir, entre otros, los siguientes ejemplos:

El contrato otorgado por los Gestores en nombre de la Sociedad Anónima en creación, puede haberse formalizado en escritura pública y contener, como es obvio, los pactos y estipulaciones que los otorgantes hayan estimado pertinentes, dentro del área de su autonomía de voluntad. Estas estipulaciones o pactos pueden haber sido modificados posteriormente, también por escritura pública, entre los mismos otorgantes, antes de la inscripción de la Sociedad y con el consentimiento de ésta después de inscrita. Los supuestos de hecho que preceden forman, en su conjunto, el esquema contemplado en el artículo 1.219 del Código Civil. Si la escritura entre los Gestores y los terceros que contratan con ellos, se presenta notarialmente, como título ostensible, a otra persona, se origina, a favor de la misma, una presunción de integridad que abarca el tiempo transcurrido entre la fecha de la escritura y la de su presentación en la Notaría, cuya presunción considera inexistente la escritura modificativa, con las dos excepciones previstas en el expresado artículo.

La escritura de constitución de Sociedad Anónima y sus Estatutos,

con sus aportaciones y derechos personales, puede haber sido modificada posteriormente por los propios fundadores antes de la inscripción de la Sociedad o por ésta después de inscrita, en cuyos casos, si se presenta la escritura como título ostensible a un tercero, se origina a su favor una presunción de integridad de la escritura presentada, que prevalece sobre la escritura modificativa, con idénticas salvedades.

Otros supuestos de aplicación del artículo 1.219 pueden producirse en relación con el precontrato de Sociedad —precontrato cuya finalidad principal es asegurar la efectividad de las aportaciones—, siempre que conste en escritura pública, y con las escrituras públicas que acrediten el nombramiento de los Administradores y las facultades conferidas a los Apoderados, cuyas escrituras pueden haber sido modificadas posteriormente, las cuales no afectarán a los terceros a quienes hayan sido presentadas las escrituras iniciales como títulos ostensibles, fuera de las modificaciones reseñadas en las notas o inscritas en el Registro.

Los supuestos anteriores son semejantes a los examinados en la referencia letra K del epígrafe 10.5.7.3, con la diferencia de que aquí la finalidad de la presentación consiste en originar una presunción de integridad, y en la referencia citada, en producirla de conocimiento.

Otro caso de integridad documental es el contenido en el artículo 6, inciso final, de la Ley de Sociedades Anónimas, al declarar la nulidad de los pactos reservados. Los pactos y cláusulas no incluidos en el contrato social, no producirán, obviamente, efectos probatorios (art. 1.218 del Código Civil). Tampoco los producirán publicitarios, aunque el contrato social se presente a los terceros (10.5.7.3, letra J) o se inscriba, porque ni en la presentación ni en la inscripción se reflejarán los pactos que no consten en la escritura de constitución. En cambio, dotarán a la escritura sin los pactos de una presunción de integridad, que no se limitará a los terceros, sino que se extenderá a los socios, porque el tenor literal del precepto no recoge esa limitación y porque en la fundación simultánea, la Sociedad Anónima debe fundarse en un solo acto, en el que deben prestarse todos los consentimientos, conforme al artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas. Los pactos mantenidos reservados en la constitución pueden, ciertamente, ser incluidos en una modificación posterior de los Estatutos, con los requisitos del artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuyo caso la validez arrancará del acto modificativo y no del constitutivo.

E) *Presunción de validez de la escritura y del Registro*

La presunción de validez contemplada en la dimensión que le confiere la inscripción registral es originaria del Registro. Las escrituras públicas salen de la Notaría investidas de cierta presunción de validez, dimanante de la calificación notarial, conforme al artículo 145 de su Reglamento. No obstante, esta presunción es sólo de hecho, como comprendida en el artículo 1.253 del Código Civil y fundada en el enlace preciso y directo, según las reglas de criterio humano, entre el hecho demostrado —la autorización por Notario, profesional de reconocida competencia— y aquel que se trata de deducir, cual es la validez de la escritura. Esta presunción de hecho, al inscribirse la escritura, sufre una mutación, convirtiéndose, en méritos del principio de legitimación registral, en una presunción de derecho, de las previstas en el artículo 1.250 del mismo Cuerpo legal.

F) *Consideración especial del principio de legitimación registral*

a) *Formulación legal y estudio de sus efectos*

Destaquemos de entrada, que los efectos del principio de legitimación están dotados de mayor amplitud que los del principio de fe pública, porque se producen para las partes y para los terceros, y que tienen menor permanencia porque su protección es meramente provisional y cesa para las partes cuando se declare judicialmente la nulidad o inexactitud del asiento, y para tercero, cuando se inscriba esta declaración. En cambio, los efectos del principio de fe pública son permanentes, pero se producen sólo respecto de tercero (10.5.7.5, letra D).

El principio de legitimación registral se contiene en los artículos 38, 97 y 1, en su última parte, de la Ley Hipotecaria, y en los artículos 3, párrafo 1.º, y 1, párrafo 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil.

El artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en sus dos primeros párrafos, dice lo siguiente: «A todos los efectos legales, se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo. De igual modo, se presumirá que quien tenga inscrito el dominio o derechos reales tiene la posesión de los mismos», y «Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de

nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta ley cuando haya de perjudicar a tercero».

El artículo 97 de la misma Ley Hipotecaria dispone que: «Cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera».

El párrafo primero del artículo 38 y el artículo 97 se refieren a la parte sustantiva del principio de legitimación. El párrafo 2.º del artículo 38, a la parte procesal, al desarrollar el artículo 1 de la misma ley, en cuyo párrafo 3.º se dispone que: «Los asientos del Registro..., en cuanto se refieren a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declara su inexactitud en los términos establecidos en esta ley».

El artículo 3, párrafo 1.º, del Reglamento del Registro Mercantil preceptúa que: «El contenido de los libros del Registro se presume exacto y válido».

El artículo 1, párrafo 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil dispone que: «Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán todos sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad».

El artículo 3, párrafo 1.º, contiene la parte sustantiva; el artículo 1, párrafo 3.º, la parte procesal.

Las diferencias entre el tenor literal del artículo 38, en su párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria, y el artículo 3, párrafo 1.º, del Reglamento del Registro Mercantil, son notorias.

La diferencia más ostensible consiste en que, en el primero, la presunción comprende la existencia y la pertenencia, y en el segundo, la exactitud y la validez. No obstante, pensamos que en ambos Registros, la presunción abarca la existencia, pertenencia, exactitud, con su componente de integridad, y validez, porque sólo lo que existe puede ser exacto y válido, y sólo de un asiento exacto y válido cabe deducir la existencia y pertenencia del derecho en los términos del mismo asiento. En este sentido, por lo que se refiere a esta última proposición, son ilustrativas las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria vigente, al declarar que «el Registro de la Propiedad se presume exacto e íntegro, mientras judicialmente no se demuestre lo contrario».

Es más, la presunción de legitimación registral mercantil no sólo protege la existencia y pertenencia de los derechos, sino de aquellas facultades que por ser representativas, no puede afirmarse en puridad que constituyan derechos, como las de los Administradores y Apoderados, y no son derechos porque si el derecho subjetivo es un interés tutelado jurídicamente, el interés al que sirven unos y otros es el de la Sociedad, en la que reside, por consiguiente, el derecho.

Otra diferencia consiste en que el ámbito de protección es más extenso en el Registro Mercantil que en el de la Propiedad. En efecto, según el tenor literal de los preceptos citados, el artículo 38 de la Ley Hipotecaria protege los derechos, y el artículo 3, párrafo 1.º, del Reglamento del Registro Mercantil protege el contenido de los libros, en los que se insertan los derechos, de lo cual cabría deducir que las circunstancias de hecho son protegidas en el Registro Mercantil, ya que constituyen parte de sus libros, y que no lo son en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, tal aseveración tendría que resistir dos puntualizaciones: 1.ª Después de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1953 (*vid.* 10.5.7.5, letra C, b)), no puede afirmarse sin más, que la protección legitimante no alcance en el Registro de la Propiedad a las circunstancias de hecho o descriptivas. 2.ª En el libro de Sociedades del Registro Mercantil, falta el sustrato físico en el que podrían asentarse ciertas circunstancias de hecho.

Las dos diferencias expuestas afectan a la parte sustantiva del principio de legitimación. Las dos que se exponen a continuación afectan a la parte procesal.

Una de ellas consiste en que el artículo 1, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria dispone que los asientos del Registro de la Propiedad producirán todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y el artículo 1, párrafo 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil preceptúa que los asientos del Registro producirán todos sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad. El principio de legitimación produce efecto entre las partes y respecto de tercero, y parece, conforme a una interpretación lógica, que tales efectos deben cesar: entre las partes, en el momento de la resolución judicial, y respecto de tercero, en el momento en que esta resolución sea inscrita.

Otra diferencia, también en el ámbito procesal, consiste en que no pueda ejercitarse en el Registro de la Propiedad ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos, sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, conforme al artículo 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, y en que el Reglamento del Registro Mercantil guarde silencio sobre el particular. Parece, no obstante, que hay base para aplicar en el Registro Mercantil la misma doctrina que en el Registro de la Propiedad.

En ambos Registros, el principio de legitimación es aplicable a las partes y a los terceros. Actúa en beneficio de las partes, mediante las presunciones a favor del titular inscrito estudiadas en las referencias B, C y D de este capítulo. Y en beneficio de los terceros, porque también

actúa en contra del titular inscrito, como, por ejemplo, en el principio de fe pública.

Las aplicaciones prácticas del principio de legitimación registral son principalmente de tipo procesal. Cabe distinguir en ellas los efectos ofensivos y defensivos.

Los efectos ofensivos se manifiestan en la inversión de la carga de la prueba y son resumidos, en gran síntesis y con referencia al Registro de la Propiedad, por CHICO Y ORTIZ, FERNÁNDEZ CABALEIRO y AGERO FERNÁNDEZ (*Manual del Registro de la Propiedad*) en la siguiente forma:

«La legitimación favorece al titular registral:

1.º Si es demandante:

No le corresponde la carga de la prueba, siendo el demandado el que habrá de probar que el derecho no pertenece a aquél o no tiene la extensión y límites que la inscripción le atribuye (arts. 313 de la Ley Hipotecaria y 1.250-1.251 del Código Civil).

Le corresponde la posibilidad de ejercitar el derecho en el orden judicial y administrativo (art. 313 de la Ley Hipotecaria) en los siguientes términos.

El ejercicio de las acciones reivindicatoria, negatoria o confesoria, sin necesidad de exhibir más títulos ni prueba de la certificación registral (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1953, 1 de marzo de 1954 y 25 de enero de 1958).

Ejercitar las acciones reales derivadas de los derechos inscritos (artículos 41 y 129 y sigs. de la Ley Hipotecaria).

Ejercitar la acción de desahucio contra el que se encuentre en posesión de la finca, en concepto de precarista (art. 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1955).

Legitimación para la protección interdictal.»

Como se infiere del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y es lógico, las acciones reales derivadas de los derechos reales inscritos, sólo son protegidas por el principio de legitimación cuando se ejerciten mediante un proceso de ejecución, no de cognición.

En ese caso están las acciones reivindicatoria, la confesoria y la negatoria de derechos reales que impliquen posesión. No están, según ROCA SASTRE, la confesoria y la negatoria de derechos que no llevan consigo posesión, debido a dificultades de efectividad procesal. Tampoco la declarativa de dominio que no implica sentencia de condena, ya que no se dirige a la efectividad o ejecución de un derecho, sino a la mera declaración de su existencia, ni la acción publiciana, que si bien, como observa el mismo autor, es una variante de la acción reivindicatoria, no se funda

en un derecho de propiedad, sino en un dominio fingido o supuesto apoyado en una apariencia de adquisición en virtud de justo título y buena fe, razón por la cual no encaja en el artículo 41 de la ley, que contempla el supuesto de un proceso de ejecución fundado en la presunción de propiedad provocada por el principio de legitimación registral.

«2.º Si el titular registral es demandado queda relevado de probar su derecho.»

Los efectos defensivos se concretan en que no puede ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la acción correspondiente (artículo 38, 2.º, de la Ley Hipotecaria).

Lo que antecede marca una diferencia fundamental con el mundo documental, en el que no cabe imponer la destrucción del documento conflictivo para el ejercicio de las acciones contradictorias. Lo cual no sería factible, puesto que la existencia y contenido de los documentos sólo con conocidos por los otorgantes y sus allegados.

La necesidad de previa o simultánea demanda de nulidad o cancelación para el ejercicio de las acciones contradictorias, rige para las acciones reivindicatoria, la declarativa de dominio y las acciones confesoria y negatoria de derechos reales.

La acción contradictoria del dominio está en conexión con la de rectificación del Registro, que tiene su regulación en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, cuyos cuatro supuestos, incluso el señalado con la letra a), han quedado enmarcados, en el Registro de la Propiedad, dentro de los principios de legitimación y fe pública y fuera del principio de publicidad (10.5.7.3, letra E).

Otro efecto defensivo es el previsto en el artículo 38, 3.º, de la Ley Hipotecaria, que contempla la posición del titular inscrito como tercero, al disponer que: «En caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas, en el instante en que conste en autos, por certificado del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción, en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro».

En el Registro Mercantil, los efectos ofensivos del principio de legitimación se concretan, como en el Registro de la Propiedad, en la inversión de la carga de la prueba. El demandante queda relevado de probar los hechos constitutivos de la demanda, y el demandado, de probar los

extintivos e impeditivos, mediante la aportación de una certificación registral del asiento correspondiente.

Los requisitos para el ejercicio de las acciones contradictorias de los asientos del Registro Mercantil están huérfanos de regulación. El planteamiento ya ha sido estudiado dentro de este mismo capítulo y letra, y resuelto, por analogía con el Registro de la Propiedad, en el sentido de ser necesaria la previa o simultánea demanda de nulidad o cancelación de la inscripción.

Si la inscripción sanara los títulos de sus vicios sería, en general, inatacable, ya que los defectos de los títulos constituyen el origen más frecuente de la nulidad de la inscripción. La admisibilidad de las acciones contradictorias de las inscripciones supone, pues, la carencia de efectos sanatorios de la inscripción consagrada en el Registro de la Propiedad y en el Registro Mercantil, en los artículos 33 de la Ley Hipotecaria y 3, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil.

b) *Aplicación del principio de legitimación registral a la materia objeto de nuestro estudio. Procesos jurídicos que preceden a la presunción legitimante*

En la aplicación del principio de legitimación registral a la materia objeto de nuestro estudio, nos ocuparemos de los siguientes supuestos:

a') Transmisión a la Sociedad del dominio de los inmuebles y derechos reales adquiridos por mediación de los Gestores en la fase de Sociedad en creación y de los aportados por los fundadores en la constitución de la Sociedad.

b') Derechos personales originados en méritos de la inscripción de constitución de la Sociedad en el Registro Mercantil.

c') Facultades derivadas de la inscripción en el mismo Registro, del nombramiento y facultades de los Administradores y Apoderados.

Es usual que en el estudio de las instituciones jurídicas se haga referencia a sus antecedentes históricos, con la finalidad de comprobar la medida en que tales antecedentes han influido en la normativa vigente. Paralelamente, puede revestir cierto interés añadir al estudio de los supuestos antes mencionados una breve referencia a su pequeña historia, circunscrita a los procesos jurídicos que preceden a la presunción legitimante, no para descubrir influencias que por tratarse de conceptos distintos no tienen por qué producirse, sino para comprobar las connotaciones existentes y de situar el espacio jurídico que ocupa la presunción en el contexto de las materias afines.

a') El dominio de los inmuebles o derechos reales que el tercero transmite a la Sociedad, por mediación de los Gestores, en el supuesto del artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, puede constar inscrito en el Registro de la Propiedad a favor del propio transmitente o de otra persona. El dominio de los inmuebles o derechos reales que los fundadores aportan a la Sociedad puede igualmente figurar inscrito en dicho Registro a nombre de los aportantes o de persona distinta. En todo caso, la presunción legitimante origina a favor del titular inscrito una presunción de existencia y pertenencia de los derechos inscritos, y de exactitud, integridad y validez de los asientos que los contienen —conforme a lo expuesto en este mismo capítulo, letras B y F—, de las que se derivan los medios ofensivos y defensivos que en dicha referencia letra F se estudian.

Practicada la inscripción a nombre de la Sociedad de aquellos inmuebles o derechos reales, las presunciones y medios de referencia, inherentes a la inscripción en sí, cambian de titular y pasan a proteger los derechos de la Sociedad.

El proceso que precede a la presunción legitimante pasa por las siguientes fases: perfección del contrato, tradición e inscripción. Las dos primeras fases se producirán simultáneamente en el caso de que la ratificación se otorgue mediante escritura pública. Por la perfección se originan derechos personales; por la tradición, tales derechos se convierten en derechos reales, y por la inscripción, producen efecto respecto de tercero. Cada etapa requiere una manifestación de voluntad específica de los interesados, y en cada una, los efectos se producen por acumulación sobre los de la etapa precedente —siquiera en la tradición se produzca una mutación— y a favor de las mismas personas. Ese proceso va seguido de la presunción legitimante, que coincide con el proceso, a partir de la tradición, en su carácter real, en producir los efectos de modo acumulativo sobre los de la inscripción, y en la circunstancia de producirse a favor de la misma persona —el titular inscrito— y en beneficio del mismo derecho —el derecho inscrito—. Y se diferencia de las anteriores etapas en que para beneficiarse de la presunción no se exige una manifestación de voluntad específica del titular inscrito distinta de la petición de inscripción —implícita en la presentación de la escritura (10.5.7.1, al principio)—, porque se produce por ministerio de la ley, cuya voluntad suple la del beneficiario.

b') La inscripción de la Sociedad Anónima en el Registro Mercantil origina las mismas presunciones: de existencia y pertenencia de los derechos —que aquí son personales—, y de exactitud, integridad y validez de los asientos, y proporciona los mismos medios ofensivos y defensivos, conforme a lo expuesto en la letra F de este mismo capítulo. En

esta inscripción de constitución de Sociedad es importante considerar que la presunción legitimante alcanza a todas y cada una de las circunstancias que, conforme a los artículos 100, 102, 103 y 104 del Reglamento del Registro Mercantil deben constar en la inscripción, y que, en gran síntesis, son las siguientes: las relativas a la identidad de los otorgantes, aportaciones, pactos lícitos y condiciones especiales y las tomadas de los Estatutos, como son las siguientes: *a)* denominación, *b)* objeto, *c)* duración, *d)* fecha del comienzo de las operaciones, *e)* domicilio social, *f)* capital social, *g)* parte del capital social no desembolsado, *h)* órganos encargados de la administración y de la representación e *i)* Juntas generales. La presunción legitimante afecta, pues, junto a otras características de menos entidad, a los tres trazos maestros que configuran el contorno de la Sociedad: al objeto social, fuera del cual la Sociedad, conforme a una interpretación estricta de la ley, no puede actuar (10.6.2.2., proposición 1.^a); a la expresión de quién o quiénes ostentan la representación de la Sociedad, cuyas facultades, dentro del giro o tráfico de la Sociedad, también con arreglo a una interpretación estricta de la ley, no pueden ser mermadas (10.6.2.2, proposición 3.^a), rigor que, en ambos casos, el Derecho vivido se ha encargado de atenuar, y a la cifra del capital social, que señala el límite de la responsabilidad de la Sociedad frente a tercero. La presunción legitimante significa, en relación con tales circunstancias, una vez reflejadas en la inscripción, que son verdaderas por coincidir con lo realmente pactado; que son íntegras porque fuera del Registro no puede haber ningún pacto que se les oponga, cuya integridad, sin salir del ámbito documental, tiene un fundamento adicional en el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, que declara, en su último inciso, la nulidad de los pactos que se mantengan reservados (*vid.*, dentro de este mismo capítulo, la letra D, al final), y que son válidas por estar de acuerdo con la ley.

Son perceptibles, por otra parte, importantes analogías y diferencias entre los caracteres de la presunción legitimante y los del proceso que la precede. Integran este proceso dos hitos relevantes: la escritura de constitución social y su inscripción en el Registro Mercantil. Los derechos que dimanen de la escritura y de la inscripción son, en ambos casos, personales y no reales, lo cual descarta la tradición; el proceso no es traslativo en ninguno de sus trámites, sino meramente creativo, y los efectos no se producen por acumulación sobre los de la etapa anterior, sino sobre derechos distintos y a favor de distintas personas. Lo cual es así porque mediante la escritura, según el artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas, se crean una serie de obligaciones y responsabilidades de los fundadores, frente a la Sociedad y frente a tercero, con sus derechos correlativos, y por medio de la inscripción de la escritura se crea otra

serie de derechos —derechos nuevos— entre los socios y la Sociedad y entre ésta al actuar y los terceros, como consecuencia de la personalidad jurídica de la Sociedad (art. 6 de la Ley de Sociedades Anónimas), que nada tienen que ver con los derechos creados en la escritura. No hay mutación de unos mismos derechos, sino derechos distintos. Finalmente, tanto la escritura como la inscripción, exigen sendas manifestaciones de voluntad de los interesados, explícita en la primera e implícita en la segunda —por presumirse en el hecho de la presentación registral de la escritura—. Al proceso anterior le sigue la presunción legitimante, que coincide con las dos etapas del mismo, en la nota de producirse en relación a derechos personales, pero se diferencia en no necesitar una manifestación de voluntad específica de los interesados (distinta de la petición de inscripción), encaminada a obtener los beneficios de la presunción y en producirse por acumulación sobre la inscripción, como un efecto más, al lado de la adquisición de la personalidad jurídica.

c') La inscripción en el Registro Mercantil de los Administradores, en cualquiera de sus modalidades, y de los Apoderados origina las mismas presunciones de existencia y pertenencia, y de exactitud, integridad y validez.

Existiendo Consejo de Administración, el proceso que desemboca en la presunción legitimante pasa por las siguientes fases: pacto estatutario de que haya Consejo; atribución al Consejo de la representación de la Sociedad, por ministerio de la ley (art. 76 de la Ley de Sociedades Anónimas); nombramiento de los Administradores que deban integrar el Consejo por la Junta general (art. 71 de la Ley de Sociedades Anónimas), e inscripción del Consejo y de sus miembros en el Registro Mercantil.

Si no se ha pactado en los Estatutos que exista Consejo de Administración, el proceso pasa por los siguientes trámites o etapas: pacto estatutario de que haya un Administrador único o varios Administradores solidarios; atribución de la representación de la Sociedad al Administrador o Administradores en los propios Estatutos; nombramiento por la Junta general de las personas que deban ser Administradores, e inscripción del órgano administrativo y de los Administradores que lo integran en el Registro Mercantil.

Tanto si hay Consejo de Administración como Administradores aislados, los trámites de ambos procesos se producen mediante sendas manifestaciones de voluntad, excepto la atribución de la representación social al Consejo, que se realiza por ministerio de la ley; cada trámite se produce por acumulación sobre el anterior, y en todos ellos se manejan facultades, más que derechos personales, porque siendo el derecho subjetivo un interés tutelado jurídicamente y obrando los Administradores en interés de la Sociedad, es en ésta donde se encuentra el derecho.

La inscripción de los Administradores (10.5.6.4.1), último trámite de los procesos reseñados, desencadena la presunción legitimante, acumulativamente sobre la inscripción, por ministerio de la ley y en relación con facultades personales. Pero como quiera que la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil ya habrá originado anteriormente otra presunción legitimante respecto de todas y cada una de las circunstancias de la inscripción, nos encontraremos en presencia de dos presunciones legitimantes concurrentes: la derivada de la inscripción de la Sociedad, en la que deberán constar necesariamente las circunstancias del órgano administrativo (arts. 100, núm. 4, y 102, letra *h*), del Reglamento del Registro Mercantil), y la producida por la inscripción de los Administradores, con la importante diferencia de que la presunción originada por la inscripción de la Sociedad sólo protege necesariamente las circunstancias del órgano, pero no las de los Administradores, que no tienen por qué haber sido nombrados por la Junta antes de la inscripción de la Sociedad y que incluso con una interpretación estricta de la ley no cabe que lo hayan sido (10.5.6.4, al principio), mientras que la presunción originada por la inscripción de los Administradores protege las circunstancias del órgano y la identidad de los Administradores.

La presunción legitimante derivada de la inscripción en el Registro Mercantil de los Consejeros Delegados y de la Comisión Ejecutiva va precedida del mismo proceso que conduce a la inscripción del Consejo de Administración, con la adición al final de dos trámites: la designación por el Consejo de los Consejeros Delegados o de la Comisión Ejecutiva (artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas y referencia 10.5.6.7) y la inscripción en el Registro Mercantil (10.5.6.7.1). Ambos trámites requieren sendas manifestaciones de voluntad, se producen por acumulación y manejan facultades personales.

La Junta general no es inscribible en el Registro Mercantil. No puede existir, pues, una presunción legitimante derivada de esta inscripción. Sin embargo, la Junta no queda huérfana de protección, la cual le llega a través de la inscripción de constitución de Sociedad, en la que constarán —porque deben constar en los Estatutos— los plazos y forma de convocar y constituir las Juntas de socios, tanto ordinarias como extraordinarias, la forma de deliberar y tomar acuerdos y la de designar Presidente y Secretario (arts. 11 de la Ley de Sociedades Anónimas, en su número 3, letras *i*) y *j*), y 102, letra *i*), del Reglamento del Registro Mercantil).

Si el órgano que confiere poderes es el órgano administrativo, el proceso anterior a la presunción consta de los trámites ya reseñados a propósito de los Administradores, en sus diferentes modalidades, con la adición de otros dos: el otorgamiento de los poderes en escritura pública

y su inscripción en el Registro Mercantil, cuya inscripción es necesaria en los poderes de inscripción obligatoria (art. 86, núm. 6, del Reglamento del Registro Mercantil).

La inscripción de los poderes otorgados por los Administradores requiere la previa inscripción de éstos, porque en otro caso, siendo la inscripción un requisito de legitimación, los Administradores podrían contratar sin estar legitimados valiéndose de un Apoderado (10.5.6.4.1 y 10.5.7.2, letra C, al final).

Si el órgano que confiere poderes es la Junta general, el proceso anterior a la presunción legitimante requiere: la convocatoria y celebración de la Junta con el acuerdo de conferir poderes (10.5.6.5.1 y sigs.); escritura pública de apoderamiento e inscripción en el Registro, en los de inscripción obligatoria.

Los trámites añadidos, en los poderes otorgados por el órgano administrativo y los propios de la Junta que los otorga, se producen acumulativamente, mediante declaraciones de voluntad, y obviamente tienen por objeto derechos, o mejor dicho, facultades personales y no reales.

Quedan fuera del supuesto las delegaciones que, además de los poderes, la Junta puede otorgar. La delegación se diferencia del poder en que se otorga a favor del órgano administrativo y en que no requiere escritura pública, sino solamente acuerdo de la Junta.

En todo caso, la inscripción de los Administradores en cualquiera de sus modalidades y la de los poderes, requiere la previa inscripción de la Sociedad.

En la inscripción de los Administradores y de los Apoderados se produce la confluencia de las dos acepciones que presenta el sustantivo legitimación: como presunción y como requisito, reflejados, respectivamente, en los artículos 3, párrafo 1.º, y 5 del Reglamento del Registro Mercantil.

En este mismo capítulo, y principalmente en su letra F, nos hemos referido a la legitimación como presunción. En el capítulo 10.5.7.2, letra C, estudiábamos la legitimación como requisito que habilita a la Sociedad y a sus órganos para actuar.

La ley quiere que sólo pueda otorgar actos y contratos en nombre de la Sociedad quien pueda esgrimir a su favor la presunción legitimante, que únicamente mediante la inscripción se adquiere. Este postulado preside la actuación del órgano administrativo y de los Apoderados en tal medida, que si no están inscritos sanciona con la nulidad a los actos y contratos que otorguen. Si quien contrata en nombre de la Sociedad es el órgano administrativo, es necesaria, como decíamos, la previa inscripción de la Sociedad y de dicho órgano y personas que lo integran (artículo 4, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil). Si quien con-

trata en nombre de la Sociedad es un Apoderado con poderes otorgados por el órgano administrativo, son necesarias, además de dichas inscripciones, la inscripción del poder, si es de inscripción obligatoria. Si quien contrata en nombre de la Sociedad es un Apoderado con poderes de la Junta, sólo se necesita la inscripción de la Sociedad y la inscripción del poder de inscripción obligatoria, ya que, como decíamos, la Junta no tiene acceso al Registro Mercantil. Si quien contrata en nombre de la Sociedad es el órgano administrativo, en quien la Junta haya delegado, se requiere la inscripción de la Sociedad y del órgano administrativo delegado.

Pero en todos los supuestos a que nos hemos referido, si se exige la previa inscripción de los Administradores o Apoderados para que unos u otros puedan actuar en nombre de la Sociedad, es en base de la presunción que proporciona el principio de legitimación registral, porque sin aquella inscripción falta toda seguridad respecto de la existencia, pertenencia, extensión y validez de las facultades que se ejercitan, seguridad que sólo la presunción legitimante puede deparar.

La previa inscripción de la Sociedad no responde, en cambio, a imperativos del principio de legitimación, sino de los principios de tracto sucesivo impropio (10.5.7.6) y de inscripción constitutiva (10.5.7.8). En méritos del primero, el historial de la Sociedad debe abrirse con la inscripción de constitución social y, en consecuencia, sin ella no se pueden inscribir los Administradores ni los Apoderados. En virtud del segundo, la Sociedad no inscrita es inexistente (art. 6 de la Ley de Sociedades Anónimas) y, como es obvio, no puede tener Administradores ni Apoderados.

10.5.7.5. *Principio de fe pública*

A) *Formulación legal*

El principio de fe pública se contiene: con referencia al Registro de la Propiedad, en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, completado por los artículos 31, 37 y 40, último párrafo, de la misma Ley, y por lo que atañe al Registro Mercantil, en el artículo 3, párrafo 2.º, del Reglamento de dicho Registro. En los citados artículos se preceptúa lo siguiente:

«El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas

que no consten en el mismo Registro.» «La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.» «Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente.» (Art. 34 de la Ley Hipotecaria.)

«La nulidad de las inscripciones de que trata el artículo precedente (se refiere a la nulidad formal, por omisión o expresión con inexactitud sustancial de alguna de las circunstancias comprendidas en el art. 9 de la Ley Hipotecaria) no perjudicará el derecho anteriormente adquirido por un tercero protegido con arreglo al artículo 34.» (Art. 31 de la Ley Hipotecaria.)

«Las acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta ley.» «Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior: 1.º Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro...» (Artículo 37 de la Ley Hipotecaria.)

«En ningún caso, la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero, a título oneroso de buena fe, durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.» (Art. 40, último párrafo, de la Ley Hipotecaria.)

«La declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme al contenido del Registro.» (Artículo 3, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil.)

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria contempla el supuesto de nulidad o resolución por causa proveniente del título. El artículo 31, la nulidad o inexactitud por causa proveniente del Registro.

En el Reglamento del Registro Mercantil falta un precepto similar al artículo 31 de la Ley Hipotecaria, que, por otra parte, tampoco es necesario, porque dada la amplitud con que se expresa el artículo 3, párrafo 2.º, de ese Reglamento, encuentran cobijo dentro de él los dos tipos de nulidad o inexactitud: la debida al título y la debida a la inscripción.

El principio de fe pública protege al tercero que adquiere sobre la base de una inexactitud registral. El Registro es inexacto cuando falta a la verdad y cuando no contiene toda la verdad. En el primer caso, su contenido no es verdadero. En el segundo, no es íntegro. La fe pública plena exige ambas dimensiones. No es bastante, en efecto, poner al tercer adquirente a cubierto de la nulidad o inexactitud del asiento sobre cuya base adquirió su derecho, sino también de las posibles limitaciones, cargas o gravámenes no inscritos.

Sin embargo, el tenor literal del artículo 34 de la Ley Hipotecaria sólo protege al tercer adquirente contra la inexactitud en sentido estricto,

consistente en la nulidad o falta de verdad, pero no contra la integridad o falta de toda la verdad, como en los casos de rescisión, revocación y supuestos análogos originados por razón de causas no inscritas. La Exposición de Motivos y los artículos 37, 13 y 40, letras *a)* y *b)*, de la Ley Hipotecaria se han encargado de extender la protección a todo el ámbito de la integridad: la Exposición de Motivos, al pronunciarse por una fe pública integral; el artículo 37, al extender la doctrina de la integridad a las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias; el artículo 13, al exigir, para que las cargas o limitaciones del dominio o de los derechos reales surtan efecto contra tercero, que consten en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan, de lo cual se infiere que si no constan en ningún folio no perjudicarán a tercero, y el artículo 40, en sus letras *a)* y *b)*, al configurar como casos de inexactitud la falta de integridad, consistente en no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria.

En el Derecho registral mercantil falta, en cambio, un precepto que, a semejanza del artículo 40, letras *a)* y *b)*, considere como supuestos de inexactitud sujetos a rectificación los de falta de integridad recogidos en dichos preceptos legales. Probablemente ha influido esa omisión en que sea dominante en la doctrina el punto de vista que sigue considerando la falta de integridad como patrimonio del principio de publicidad material negativa, y no del principio de fe pública (*vid.* la referencia 10.5.7.3, letra E).

B) *Fundamento jurídico*

El principio de fe pública registral se funda en los de legitimación y de publicidad material positiva.

Se funda, en efecto, en la confianza que presumiblemente ha suscitado en el tercer adquirente el conocimiento de la apariencia jurídica de un asiento registral o de su ausencia. Hay que distinguir la apariencia de su conocimiento. La apariencia jurídica de un asiento que se presume verdadero, íntegro y válido, y de unos derechos que se presumen existentes y pertenecientes a su titular en los términos del asiento, se funda en el principio de legitimación. La presunción de conocimiento de ese asiento y de esos derechos se funda en el principio de publicidad material positiva (10.5.7.4, letras B y F, y 10.5.7.3, letras C y D).

En la misma filosofía que fundamente la protección dispensada por el principio de presentación notarial en relación con un título ostensible (10.5.7.3, letra J, y 10.5.7.4, letra C). En ambos casos, se protege a quien adquiere confiado en una apariencia. La del título ostensible presentado

al tercero notarial en la Notaría, y la del asiento legitimante existente en el Registro. Y si las presunciones documentales de exactitud e integridad parcial no actúan respecto de tercero cuando —como en el caso del artículo 172 del Reglamento Notarial— no se le exhibe el título ostensible, tampoco actúa el principio de fe pública cuando —como en las inmatriculaciones— falta el asiento anterior legitimante.

Es de notar que la protección de las apariencias jurídicas no se circunscribe a los dos casos citados, sino que, sin salir de la materia relacionada con este estudio, se extiende a espacios más amplios, como, por ejemplo, a los contratos celebrados por los factores puestos al frente de un establecimiento o Empresa fabril o comercial (art. 286 del Código de Comercio), y a los otorgados por los Administradores de una Sociedad Anónima dentro del giro o tráfico de la Empresa (art. 76, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas).

C) *Requisitos*

Con los requisitos exigidos en los preceptos legales mencionados al principio de este capítulo (10.5.7.5, letra A) pueden formarse dos grupos, incluyendo en el primero aquellos requisitos que son comunes al Registro Mercantil y al de la Propiedad, y en el segundo, los especiales de este último Registro.

a) En el primer grupo se comprenden los requisitos siguientes:

- 1.º Que un tercero adquiera determinados derechos, publicados como existentes y pertenecientes a su titular, y el asiento en que constan, publicado como exacto, íntegro y válido.
- 2.º Que el contenido de los libros del Registro esté en desacuerdo con la realidad jurídica extrarregistral.
- 3.º Que el tercer adquirente lo sea de buena fe.

b) En el segundo grupo se incluyen, además de los requisitos mencionados, los dos siguientes:

- 1.º Que el tercer adquirente haya adquirido a título oneroso.
- 2.º Que haya inscrito su adquisición.

Examinemos a continuación los requisitos mencionados:

a) *Requisitos comunes al Registro Mercantil y al de la Propiedad*

1.º *Un asiento base o legitimante.*—El fundamento jurídico del principio de fe pública se halla, como decíamos antes, en la existencia de una apariencia registral. En base a esta apariencia se montó la confianza del tercer adquirente, única *ratio legis* de la protección dispensada por la ley. Los artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 3, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil son terminantes al respecto, exigiendo,

respectivamente, que «el tercero adquiera el derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo», y que el derecho se haya adquirido «conforme al contenido del Registro». En este sentido, y por lo que respecta al Registro de la Propiedad, el Tribunal Supremo tiene declarado de antiguo que no se puede favorecer a quien no invoca algún título anterior inscrito en relación con el que se discuta y que la existencia del tercer adquirente supone siempre una segunda transmisión (Sentencias de 27 de octubre de 1900 y de 26 de junio de 1901), doctrina de general aplicación la del primer pronunciamiento y derivada de los particulares supuestos de hecho que concurrieron en el segundo, ya que sólo una transmisión es necesaria: la realizada a favor del tercer adquirente. El asiento legitimante no tiene por qué haberse originado por una transmisión, porque puede derivarse de títulos declarativos o de reconocimiento, modificación o extinción.

Es de notar, sin embargo, que el asiento legitimante sólo proporciona al tercer adquirente confianza en su exactitud, pero no en su integridad, ya que su referencia a las cargas y gravámenes es meramente indicativa. La confianza en la integridad, se la depara al tercer adquirente el historial de la finca en su conjunto, en el que constan las cargas y gravámenes del derecho transmitido.

Con mayor razón, en el Derecho de Sociedades no tiene por qué ser de transmisión el asiento legitimante, ya que, dentro de su área, los negocios jurídicos de transmisión están en minoría.

La exigencia de un asiento previo para la actuación del principio de fe pública excluye su aplicación a las inscripciones primeras, mediante las que se abre el historial de la finca en el Registro de la Propiedad, y de la Sociedad en el Registro Mercantil. En tales supuestos falta el asiento anterior legitimante, sobre cuya apariencia adquiere el tercero, y la posibilidad de asientos anteriores, de cuya ausencia se derive la falta de integridad. Lo cual, como es obvio, no obsta para que las inscripciones primeras puedan actuar como inscripciones legitimantes respecto de las adquisiciones posteriores. La protección del tercer adquirente en las inscripciones primeras o de inmatriculación, se realiza a través del principio de publicidad, que a consecuencia de no ser aplicable el de fe pública, no ha podido ser absorbido por éste (10.5.7.3, letra E, hacia el principio).

2.º *La disconformidad entre el contenido de los libros del Registro y la realidad jurídica extrarregistral.*—Son los casos de falta de exactitud o de integridad.

Por lo que hace referencia al Registro de la Propiedad, el artículo 40 de la Ley Hipotecaria enumera cuatro casos de rectificación del «asiento

inexacto», entendiendo el vocablo en su sentido lato, comprensivo de la falta de exactitud *strictu sensu* y de la falta de integridad. Tales casos, en gran síntesis, son los siguientes: *a)* Cuando no haya tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria. *b)* Cuando se haya extinguido algún derecho inscrito o anotado sin haberse practicado la correspondiente cancelación. *c)* Cuando la inexactitud tuviere lugar por nulidad o error de algún asiento. *d)* Cuando procediere de falta, nulidad o defecto del título o de cualquier otra causa no especificada anteriormente. La inexactitud registral, en suma, puede tener su origen en circunstancias que afecten al título (casos *a)*, *b)* y *d)*) o a la inscripción (caso *c)*). La inexactitud procedente del título puede consistir, a su vez, en que éste no haya sido presentado en el Registro para su inscripción (casos *a)* y *b)*) o en que sea falso, nulo o adolezca de algún defecto (caso *d)*). En ningún caso, la rectificación del asiento perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso y de buena fe, sobre la base del asiento inexacto y antes de la rectificación (el mismo art. 40 en su último párrafo).

Dentro de la letra *d)* se comprenden los casos en que la titularidad del transferente resulte inexistente, nula, anulada, resuelta, rescindida, revocada y, en general, ineficaz.

Después de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1953, no cabe excluir tajantemente a las circunstancias de hecho de la protección del principio, porque, como declara la sentencia, «lo que diga el asiento, tanto referente a situación jurídica como a situación de la finca, se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificado o declarada su inexactitud».

En el Registro Mercantil es perceptible cierto paralelismo con el Registro de la Propiedad, en cuanto a los supuestos de inexactitud. Pero existen diferencias ostensibles: *a')* En el Registro de la Propiedad, la inexactitud se produce en relación a transmisiones del dominio o de derechos reales sobre inmuebles. En el Registro Mercantil, por lo que respecta al libro de Sociedades, no se inscriben transmisiones de bienes y menos de inmuebles o derechos reales. *b')* En el Registro de la Propiedad, los cuatro casos de inexactitud recogidos en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria se enmarcan dentro del principio de fe pública, mientras que en el Registro Mercantil, los que tienen su origen en la falta de una inscripción o cancelación parece que deben incluirse dentro del principio de publicidad (*vid.* referencia 10.5.7.3, letra E). Lo cual es así, entre otras razones, por faltar en el Derecho registral mercantil un precepto semejante al artículo 40 de la Ley Hipotecaria que configure tales supuestos como casos de inexactitud. Tampoco hace falta, por otra parte, la protección del principio de fe pública, porque en tales casos, el prin-

cipio de publicidad negativa, conforme al cual los actos o contratos no inscritos no perjudicarán a tercero, ya cubre el objetivo del principio de fe pública con menos requisitos.

Excluidos del principio de fe pública en el Registro Mercantil los supuestos de falta de inscripción, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ los limita a los tres siguientes: a') Casos en que la situación inscrita lleva en sí un germen de destrucción que no consta en el Registro: se trata de actos anulables, rescindibles, sujetos a condición resolutoria o plazo extintivo. b') Casos en que la inscripción se practica sin que en la realidad se haya producido la modificación jurídica que habría de justificar la inscripción: se trata de actos nulos o inexistentes o de actos absolutamente ineficaces (v.gr., falta de legitimación para actuar). c') Casos en que la inscripción no es adecuada al acto inscribible, bien porque la misma inscripción sea nula, bien porque su contenido no refleje el de dicho acto.

El principio de fe pública en el Registro Mercantil tampoco se circunscribe al supuesto de nulidad, sino que se extiende a todos los supuestos de ineficacia por causas no inscritas. Ampara los casos en que la titularidad de los derechos o facultades personales inscritas sea inexistente, nula, anulada, resuelta, rescindida o revocada (*vid.* letra c), dentro de la letra E de este mismo capítulo 10.5.7.5).

3.º *La buena fe del tercer adquirente.*—Es conveniente distinguir de entrada entre el conocimiento del asiento y el conocimiento de su inexactitud. El principio de fe pública contempla ambos conocimientos. La presencia del primero constituye el fundamento del principio. La ausencia del segundo, uno de sus requisitos. Lo que en este epígrafe interesa es el desconocimiento por el tercero de la inexactitud registral, ya que su conocimiento supone mala fe.

Obviamente, el conocimiento o desconocimiento de la inexactitud registral que cuenta es el que se tiene en el momento de la adquisición, no el posterior.

A través de este requisito, se sigue manifestando el paralelismo entre los principios de presentación documental y de fe pública registral. El primero, en el supuesto del artículo 1.219 del Código Civil, exige para que el tercero notarial no sea perjudicado por las escrituras modificativas no reseñadas en el título ostensible, que desconozca su existencia (*vid.* 10.5.7.4, letra C, hacia la mitad), lo cual, en definitiva, es un caso de desconocimiento de la inexactitud del propio título ostensible, porque es inexacto, por falta de integridad, el título ostensible que no las reseña a todas. El segundo exige que el tercer adquirente desconozca la inexactitud del asiento base o legitimante o la falta de integridad de los folios referentes a la finca o Sociedad, por no reflejar todas las limitaciones,

cargas o gravámenes existentes en la realidad extrarregistral. La diferencia entre ambos supuestos estriba en que el desconocimiento exigido se refiere, en el principio de presentación, sólo a las escrituras posteriores a la escritura ostensible, porque las anteriores perjudican siempre al tercero notarial, las conozca o no, y en el principio de fe pública, se refiere a los documentos públicos no inscritos anteriores y posteriores al asiento base o legitimante, porque todos ellos perjudican al tercer adquirente si los conoce.

b) *Requisitos especiales del principio de fe pública en el Registro de la Propiedad*

Son los dos siguientes: 1.º Que el tercero adquiera a título oneroso. 2.º Que inscriba su adquisición.

1.º El artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo 1.º, exige que la adquisición sea a título oneroso, y en su párrafo 3.º excluye a los adquirentes a título gratuito.

Existe una fricción entre la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico. El principio de fe pública lesiona, ciertamente, la seguridad jurídica de aquellos titulares no inscritos a quienes despoja de su derecho, pero lo hace con la finalidad de fomentar el tráfico, que sólo dotándolo de seguridad se estimula. Pero no debe llevar su acción protectora más allá de donde lo reclama aquella finalidad. No hay razón, en efecto, para sacrificar la seguridad jurídica a la seguridad del tráfico en aquellas transmisiones que no necesitan de estímulos, como las realizadas a título gratuito. En las transmisiones *mortis causa*, el hecho determinante —la muerte— no depende normalmente de la voluntad y, además, al igual que en las donaciones, al no existir contraprestación, el tráfico queda reducido a la mitad. Aparte de que el conjunto formado por el asiento legitimante y la declaración de su ineficacia no arroja un saldo de pérdidas, sino sólo de ausencia de ganancias. De aquí que se excluyan de la acción protectora del principio de fe pública las adquisiciones por herencia, legado y donación.

En el Registro Mercantil, en cambio, la onerosidad de la adquisición no constituye un requisito del principio de fe pública, ya que no es exigida en el artículo 3 del Reglamento del Registro Mercantil ni en ningún otro precepto. Sería, no obstante, absurdo que se pudiera producir el perjuicio que el principio conlleva, en beneficio de los adquirentes a título gratuito. Más razonable parece entender que la protección a tales adquirentes es sólo provisional y que tiene su contrapeso en la acción de

enriquecimiento sin causa, puesta por la ley a disposición del perjudicado para restablecer el equilibrio.

2.º El artículo 34 de la Ley Hipotecaria impone otro requisito: que el tercer adquirente inscriba su adquisición. «Una vez que haya inscrito su derecho», reza el tenor literal del precepto. Es un requisito de cumplimiento tardío, posterior a los demás requisitos, y su finalidad no es otra que la de fomentar la inscripción. El sistema sólo protege a quien se acoge a él, no a quien lo rechaza.

En el Registro Mercantil, en cambio, no es exigida la inscripción a favor del tercer adquirente. En este sentido, el artículo 3 del Reglamento del Registro Mercantil omite ese requisito. La razón se encuentra en que el legislador pretende extender la protección del principio a derechos no susceptibles de inscripción. Exigir la inscripción en el Registro Mercantil provocaría una merma considerable en el ámbito de aplicación del principio, sin que ninguna razón lo demande.

Cabe, por lo demás, que el asiento base o legitimante se encuentre en el Registro Mercantil, y la inscripción a favor del tercer adquirente en el Registro de la Propiedad. En tal caso, el principio se aplicaría a caballo entre ambos Registros. Un ejemplo de este planteamiento puede ser el de adquisición de inmuebles o derechos reales de la Sociedad por un tercero o de un tercero por la Sociedad, realizada sobre la base de la inscripción en el Registro Mercantil de los Administradores, Gerentes, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva o Apoderados que actúen en nombre de la Sociedad, como órganos sociales o en uso de poderes, en cuyos supuestos la inscripción legitimante se encontrará en el Registro Mercantil, y la inscripción a favor del tercer adquirente, exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se encontrará en el Registro de la Propiedad.

De lo que llevamos expuesto se infiere que el Registro Mercantil es menos exigente que el de la Propiedad, en cuanto a los requisitos del principio de fe pública, y, sin embargo, es forzoso reconocer que en el libro de Sociedades del Registro Mercantil, debido a su menor oponibilidad, el principio tiene menos aplicación.

D) *Efectos*

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria dispone que el tercer adquirente «será mantenido en su adquisición». El artículo 3, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil, preceptúa que «no se perjudicarán los derechos adquiridos por el tercero». La diferencia está inspirada en la distinta naturaleza de los derechos en juego: derechos reales en el Registro de la Propiedad y personales en el Registro Mercantil.

Entre los principios de legitimación y de fe pública son perceptibles las siguientes diferencias, ya destacadas al estudiar el primero de dichos principios (10.5.7.4, letras F, a), al principio), consistentes básicamente en que los efectos del principio de legitimación son más amplios que los del principio de fe pública, pero, en cambio, los de este último principio son más consistentes. Y esto es así porque el principio de legitimación se aplica a las partes y a los terceros, y el de fe pública sólo se aplica a los terceros, y porque los efectos del principio de legitimación son sólo provisionales, y los del principio de fe pública son definitivos. Los primeros actúan sólo *primaeface*, porque la presunción que les apoya es *juris tantum*, y cesa en el mismo momento en que se declare su inexactitud, aunque respecto de tercero no cese hasta que se inscriba esta declaración (10.5.7.4, letras F, a), hacia el principio). Los efectos del principio de fe pública, en cambio, perduran aun después de probarse la carencia de exactitud o validez de los asientos sobre cuya base contrató el tercero, porque la presunción *juris tantum* sentada por el principio de legitimación de que el contenido del Registro es exacto, íntegro y válido, y de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular, se convierte, en beneficio del tercer adquirente, en una presunción *juris et de jure*.

Entre los principios de fe pública y de publicidad negativa son asimismo perceptibles determinadas diferencias. El principio de fe pública rige los supuestos de falta de exactitud *strictu sensu* y de falta de integridad. El principio de publicidad negativa, sólo el de falta de integridad. En la delimitación entre ambos principios, pensamos que deben adjudicarse todos los supuestos de inexactitud en sentido estricto al principio de fe pública, tanto en el Registro de la Propiedad como en el Mercantil. En los casos de falta de integridad es necesario, en cambio, distinguir entre uno y otro Registro. En la referencia 10.5.7.3, letra E, a la que nos remitimos, atribuyamos: en el Registro de la Propiedad, al principio de publicidad, la falta de integridad en las inmatriculaciones, y al principio de fe pública, la falta de integridad en los demás casos, y en el Registro Mercantil, al principio de publicidad, todos los supuestos de falta de integridad. El tema no constituye una mera elucubración doctrinal, ya que su importancia práctica es evidente, porque el principio de fe pública exige imprescindiblemente la buena fe del tercer adquirente, mientras que la necesidad de este requisito es harto dudosa en el principio de publicidad. En la referencia, letra F, 10.5.7.3 nos inclinábamos por la necesidad de la buena fe en el principio de publicidad negativa en el Registro de la Propiedad (en las inmatriculaciones) y por no ser necesaria dentro del Registro Mercantil.

Otras diferencias entre ambos principios se centran en el concepto del tercero. El concepto de tercero en relación con el principio de publicidad,

se elabora en el Registro de la Propiedad sobre la base de que existan dos relaciones jurídicas, ambas inscribibles, de las cuales se inscriba una —o hablando con más precisión, se inmatricule—, y en el Registro Mercantil se construye sobre la base de que exista una relación jurídica inscribible, dependiendo los efectos del principio de publicidad de que se inscriba o no se inscriba (10.5.7.3, letra G).

En el principio de fe pública, en cambio, el concepto de tercero se monta sobre la base de una sola relación jurídica inscribible e inscrita, y de que esta inscripción resulte inexacta (inexactitud en sentido estricto) o de que existan en la realidad extrarregistral determinadas cargas, gravámenes, condiciones o limitaciones inscribibles y no inscritas (inexactitud por falta de integridad). Aparte, también cuentan los demás requisitos: que el tercero haya adquirido sobre la base de la inscripción legitimante declarada después inexacta o de la inexistencia de las cargas, gravámenes, condiciones o limitaciones no inscritas; que haya adquirido de buena fe y en el Registro de la Propiedad, además, a título oneroso, y que haya inscrito su adquisición.

Por lo demás, las otras dos notas características del concepto de tercero, a efectos del principio de publicidad —no ser parte ni heredero de las partes y entrar en contacto con una relación jurídica inscribible (10.5.7.3, letra G)—, son aplicables al tercer adquirente del principio de fe pública.

E) *Aplicación del principio de fe pública a los distintos supuestos de nuestro estudio*

Hasta aquí, la consideración del principio de fe pública registral ha versado sobre generalidades. Vamos a estudiar ahora la aplicación del principio a los distintos supuestos que son materia de nuestro estudio, considerándolos preferentemente en su aspecto práctico, mediante la exposición de algunos ejemplos.

Nos ocuparemos de los siguientes supuestos: *a)* Adquisiciones de inmuebles o derechos reales realizadas por la Sociedad, por mediación de los Gestores, en la fase de Sociedad Anónima en creación. *b)* Aportaciones sociales de inmuebles o derechos reales verificadas por los fundadores en el acto de constitución de la Sociedad. *c)* Efectos de la nulidad o inexactitud de la constitución de la Sociedad Anónima respecto de los terceros que hayan contratado con ella. *d)* Efectos de la nulidad o inexactitud del nombramiento y facultades inscritos de los Administradores, Gerentes, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva y Apoderados, respecto de los terceros que contrataron sobre la apariencia de estas inscripciones.

a) El principio de fe pública, en el Registro de la Propiedad, significa que si la persona que contrató con el Gestor, en la fase de Sociedad Anónima en creación, tiene inscrito a su nombre la finca o el derecho real que transmite a título oneroso a la Sociedad (como en el caso de venta), y ésta, a su vez, inscribe la compra, esta inscripción es inatacable, aunque el vendedor no sea en realidad el dueño, siempre que la Sociedad desconozca este extremo (art. 1.473, párr. 2.º, del Código Civil).

En el mismo orden de cosas, el principio de fe pública significa también que si la finca o derecho real transmitidos a la Sociedad en creación, por medio del Gestor, tiene cargas no inscritas, la Sociedad que inscriba la adquisición onerosa ignorando que existan, adquiera sin cargas. En ambos casos ese desconocimiento o ignorancia, constitutivo de la buena fe, tiene que producirse en el órgano social que concurre en representación de la Sociedad.

Cabe asimismo contemplar el caso inverso, prestando atención a que si antes de la inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato de compra otorgado por el Gestor en nombre de la Sociedad, surge la figura de un tercero que inscribe la misma finca o derecho real habiéndolos adquirido a título oneroso y con buena fe de la persona que vendió a la Sociedad o de otro titular registral, la adquisición a favor de dicho tercero será inatacable, con el consiguiente perjuicio para la Sociedad o para el Gestor.

Paralelamente, si antes de la inscripción de la finca o derecho real a nombre de la Sociedad, el titular de los mismos constituye un derecho real a favor de una tercera persona, a título oneroso, sobre la misma finca o derecho real vendidos a la Sociedad, y el adquirente de dicho derecho real, procediendo de buena fe, lo inscribe en el Registro de la Propiedad antes que la Sociedad inscriba su compra, la adquisición de aquel tercer adquirente será inatacable, y la Sociedad adquirirá la finca o derecho real comprados con la carga.

Los dos últimos ejemplos están montados sobre supuestos de mala fe en la persona que contrató con el Gestor, quien después de haber vendido a la Sociedad una finca o derecho real, los vende por segunda vez a otra persona o constituye sobre los mismos un derecho real. No obstante, aun sin mala fe de la persona que siendo titular registral contrató con el Gestor, puede ocurrir que éste o la Sociedad sean perjudicados por aplicación del principio de fe pública. Nos referimos al supuesto de que antes de la ratificación del contrato por la Sociedad, sea anotado a favor de algún acreedor el embargo de los bienes vendidos por deudas de su titular, en cuyo caso la Sociedad adquiriría los bienes comprados con la carga del embargo (art. 44 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 42, núms. 2 y 3, de la misma Ley y con el art. 1.923, núm. 4, del

Código Civil). En tal supuesto, la anotación de embargo actúa a la manera de una hipoteca, pero con la importante diferencia de que el rango se mide en ésta por la fecha de las inscripciones en colisión, y en el embargo, se mide, de una parte, por la fecha de la anotación, y de otra, por la fecha de los actos o contratos posteriores (v. gr., la ratificación), prescindiendo de la fecha de su inscripción en el caso de que se hubieran inscrito.

De lo que antecede se infiere que el principio de fe pública entraña un riesgo para la Sociedad y para el Gestor, riesgo acrecentado por el dilatado tiempo que puede transcurrir entre la estipulación del contrato otorgado por el Gestor actuando en nombre de la Sociedad en creación y el tercero, y su ratificación e inscripción.

Un medio para marginar este peligro podría consistir, a pesar de sus inconvenientes, en la estipulación por el Gestor, en su propio nombre, de un contrato de opción de compra con el titular registral, que podría ser con arrendamiento y debería ser, para su eficacia al respecto, con pacto de poder ceder la opción, cesión que realizaría después el Gestor a favor de la Sociedad.

En el artículo 14 del Reglamento Hipotecario se contienen los requisitos necesarios para la inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato de opción de compra.

La opción de compra no produce, ciertamente, el cierre del Registro, pero sirve de fundamento a una acción revocatoria contra los adquirentes posteriores. El dueño puede, pues, vender o transmitir por cualquier título la finca o derecho real sujetos a opción de compra, pero la transmisión queda sujeta a revocación.

b) Cabe que las aportaciones sociales de los fundadores se pongan en relación con el principio de fe pública, y cabe, asimismo, aducir al respecto ejemplos semejantes a los anteriores. En el supuesto que estudiamos, la Sociedad corre un riesgo parecido, ya que se expone a que el socio fundador, aportante a la Sociedad en el acto fundacional de bienes inmuebles o derechos reales, inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad, los transmita o grave, a título oneroso, a favor de un tercero de buena fe, que los inscriba a su nombre antes que la Sociedad. Pero el riesgo que en este caso corre la Sociedad es de menor duración, ya que sólo comprende el tiempo que transcurra entre la escritura de constitución y su inscripción en el Registro de la Propiedad, previa inscripción en el Registro Mercantil, y aún parece que con la inscripción en este último Registro se cierra el período de riesgo, porque la constancia y descripción de las aportaciones en la inscripción de constitución de la Sociedad, practicada en el Registro Mercantil, al presumirse conocida de todos, por el principio de publicidad material positiva (art. 2, párr. 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil), se presume conocida de quien

sea tercer adquirente en el Registro de la Propiedad, y al destruir su buena fe, le priva de la protección del principio de fe pública. Mientras que en las adquisiciones onerosas realizadas por la Sociedad, por mediación del Gestor, el período de riesgo alcanza a todo el tiempo que transcurra desde la estipulación del contrato entre el Gestor y el tercero, hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad, acompañado de la escritura de ratificación, que sólo puede otorgarse después que la Sociedad sea inscrita en el Registro Mercantil (art. 7, párr. 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas).

Si el contrato estipulado con los terceros por los Gestores de la Sociedad Anónima en creación o las aportaciones sociales de los fundadores tienen por objeto bienes muebles, no entrará en juego, como es obvio, el principio de fe pública registral inmobiliaria. Las cuestiones que se planteen se regirán por las disposiciones del título V, libro II, del Código Civil, y principalmente por los artículos 448 y 464.

c) La introducción del principio de fe pública en nuestro Derecho registral ofrece una salida al problema de la nulidad en la constitución de la Sociedad Anónima.

La Sociedad Anónima se constituye para realizar operaciones dentro de su objeto social. Sin operaciones sociales no hay beneficios y la Sociedad Anónima se constituye para obtenerlos, ya que persigue un fin de lucro. Las operaciones sociales se contienen en los contratos que la Sociedad celebra con terceras personas, las cuales contratan confiadas en la validez de la constitución de la Sociedad, ya que una Sociedad nula no podía haberse inscrito. La nulidad de la constitución de la Sociedad Anónima produce sus efectos *ex tunc* y, por consiguiente, de producirse este supuesto, los terceros no podrían proceder contra los bienes sociales. El planteamiento se produce, pues, cuando concurren las siguientes circunstancias: 1.ª Una Sociedad Anónima inscrita en el Registro Mercantil. 2.ª Un vicio de nulidad en su constitución. 3.ª Uno o varios contratos, estipulados por la Sociedad, con terceros de buena fe.

Los mecanismos de protección que ofrece el Derecho sustantivo son insuficientes. Sólo el principio de fe pública asegura la indemnidad de los terceros. Y respecto de la Sociedad Anónima, son terceros, conforme al artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil, las personas que, siendo ajenas a la constitución de la Sociedad, contratan con ella, interpretación recogida por la jurisprudencia.

La nulidad de la Sociedad Anónima inscrita sólo puede producirse a consecuencia de la carencia, en nuestro Derecho, de efectos sanatorios de la inscripción, carencia consagrada en el artículo 3, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil, al disponer que: «La inscripción no convalida los actos o contratos nulos según la ley». Si la inscripción sa-

nara los vicios de los títulos, sería inatacable por nulidad o ineficacia de éstos, y sólo podría ser impugnada por vicios de la propia inscripción o por causas inscritas.

La nulidad de la Sociedad Anónima es, por lo demás, un supuesto insólito, pero, obviamente, no es un imposible metafísico. La Sociedad Anónima necesita, en efecto, para su constitución de dos requisitos: la escritura pública y la inscripción. La escritura no es autorizada sin previa calificación por el Notario (art. 145 del Reglamento Notarial), y la inscripción no se practica sino después de la calificación por el Registrador Mercantil (art. 5 del Reglamento del Registro Mercantil). Existe, por consiguiente, un doble filtro que asegura la validez de la inscripción.

El problema no queda circunscrito, por otra parte, al supuesto de nulidad, sino que se extiende a los demás supuestos de ineficacia.

Nulidad e ineficacia pueden representarse gráficamente por dos círculos concéntricos, en los que la ineficacia es el de mayor radio.

Ineficacia es, según PUIG PEÑA, la carencia de efectos de un negocio jurídico.

La ineficacia puede provenir de disconformidad con la ley o de la voluntad expresa o tácita de las partes.

A su vez, la ineficacia producida por disconformidad con la ley puede provenir:

- 1.º De la falta de algún elemento esencial (inexistencia).
- 2.º De la celebración del contrato violando una prohibición o mandato legal (nulidad de pleno derecho).
- 3.º De la existencia de un vicio o defecto del contrato (nulidad relativa o anulabilidad).
- 4.º De la lesión o perjuicio a los contratantes o a un tercero (rescisión).

Y la ineficacia producida por la voluntad puede provenir:

- 1.º De la voluntad expresa (condición resolutoria).
- 2.º De la voluntad tácita (por inexecución de una de las partes).

A la inexistencia se refiere el artículo 1.261 del Código Civil (falta de consentimiento, objeto o causa lícita).

A la nulidad de pleno derecho, los artículos 4 y 1.255 del Código Civil (contratos o pactos contrarios a la ley, a la moral o al orden público).

A la anulabilidad, el artículo 1.300 (error, dolo, intimidación y violencia).

A la rescisión, los artículos 1.290 y 1.291 (lesión en la que se incluye el fraude de acreedores y los contratos referentes a cosas litigiosas).

A la resolución por voluntad expresa, el artículo 1.113 (condición resolutoria pactada).

Y a la resolución por voluntad tácita, el artículo 1.124 del Código Civil (incumplimiento por alguna de las partes).

Sin embargo, no todos los supuestos de ineficacia, lo son de ineficacia total, ya que algunos pueden afectar sólo a las adhesiones singulares.

Los primeros fundamentan directamente y por sí mismos la aplicación del principio de fe pública. Los segundos sólo indirectamente, cuando por quedar reducidas a menos de tres el número de adhesiones singulares eficaces, se infrinja el artículo 10 (párr. 1.º) de la Ley de Sociedades Anónimas, a cuyo tenor el número de fundadores no podrá ser inferior a tres.

El precepto merece una consideración especial. El artículo 116 del Código de Comercio exigía sólo que en el contrato de Compañía concurrieran «dos o más personas», requisito que fue modificado, en el sentido expuesto, por la Ley de Sociedades Anónimas. Es de notar, por otra parte, que el artículo 10 de esta ley sólo se refiere al momento de la constitución y no a ningún momento posterior en la vida de la Sociedad. Habla, en efecto, de fundadores y no de socios, con lo cual da a entender que el expresado número de fundadores sólo se exige en el acto fundacional, y que la Sociedad subsiste aun en el caso de concentración posterior de todas las acciones en una sola mano. La Sociedad experimenta, ciertamente, en este supuesto, una transformación radical, ya que se extingue su carácter de ente colectivo, pero la ley no lo configura en el artículo 150, ni siquiera como causa de disolución.

De lo que llevamos expuesto, se infiere que los supuestos de ineficacia total, por vía directa del contrato de constitución de Sociedad Anónima, son los siguientes:

1.º Cuando falta el consentimiento (v. gr., incapacidad) en todos los fundadores.

2.º Cuando falta el objeto cierto del contrato, dotado de los requisitos previstos en los artículos 1.271 a 1.273 del Código Civil.

3.º Cuando el contrato infringe alguna disposición o mandato legal (artículo 4 del Código Civil). Lo cual ocurre si se omite alguno de los requisitos o circunstancias esenciales exigidas en el artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas, v.gr., el objeto de la Sociedad, la expresión de quién o quiénes ostentan su representación, la cifra del capital social, etcétera. Lo propio ocurre con los pactos ilícitos (art. 1.255 del Código Civil), por ejemplo, si se pacta un objeto social ilícito, como el contrabando; o que los Administradores sean mancomunados sin constituir Consejo de Administración (art. 73 de la Ley de Sociedades Anónimas,

referencia 10.5.6.2.3, letra B, al principio); o se imponen limitaciones a las facultades representativas del órgano investido de representación dentro del giro o tráfico de la Sociedad (art. 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, referencia 10.5.6.2.2, núms. 3 y 4). Otro supuesto de violación de un precepto legal es el de que no concurren más que uno o dos fundadores, con infracción del artículo 10 de la ley, al que acabamos de referirnos.

4.º Cuando la nulidad o ineficacia del asiento legitimante o, en general, de los libros del Registro proviene de la actuación del Registrador.

Y la ineficacia total del contrato por vía indirecta, se produce cuando cierto número de adhesiones singulares sean jurídicamente inexistentes por falta de consentimiento (v.gr., incapacidad) o de causa lícita; o estén viciadas de error, dolo, violencia o intimidación; o hayan sido rescindidas o resueltas en virtud de condición resolutoria pactada o derivada del incumplimiento; en tal medida que el número de adhesiones singulares eficaces no llegare a tres.

La falta de causa lícita y la resolución por incumplimiento necesitan de alguna puntualización.

Se ha dicho que la causa del contrato de Sociedad no radica para cada fundador en las prestaciones de los demás fundadores, sino en el lucro que espera obtener dentro de la Sociedad (art. 116 del Código de Comercio). Sería, por lo demás, insólito el caso de un fundador que no persiguiera un fin de lucro al constituir una Sociedad Anónima.

La condición resolutoria tácita del artículo 1.124 del Código Civil puede afectar a las adhesiones singulares de los fundadores al constituirse la Sociedad, cuando alguno o algunos de los fundadores incumplan las obligaciones asumidas, en cuyo supuesto, los perjudicados podrán optar entre exigir el cumplimiento o la resolución de las adhesiones singulares incumplidas. Si optan por la resolución, pero subsisten tres o más adhesiones no resueltas ni afectas a otras causas de ineficacia, quedará constituida la Sociedad entre los fundadores cuyas adhesiones sean eficaces. Y si las adhesiones singulares no resueltas ni afectas a otras causas de ineficacia fueren menos de tres, se producirá la ineficacia total del contrato de Sociedad. (Aunque caiga fuera del tema que estudiamos, recordemos que si el perjudicado opta por exigir el cumplimiento y no por la resolución, hay que partir de la base de que el incumplimiento por algún fundador no dispensa de cumplir a los demás. En este sentido, si algún fundador no formalizara las aportaciones prometidas, o parte de las mismas, en la forma estipulada, los demás no pueden escudarse en este incumplimiento para dejar de formalizar debidamente las suyas.)

La doctrina de que habiendo adhesiones ineficaces, cuando las adhe-

siones eficaces lleguen a tres, la Sociedad continúe viviendo en lo externo y sólo se produzca la destrucción de las adhesiones ineficaces en lo interno, tiene su fundamento en que las adhesiones eficaces continúan ligadas entre sí por la comunidad de fin, cuyo vínculo actúa independientemente de aquel que les liga con las adhesiones ineficaces.

Pues bien, sólo en el supuesto de que se produzca la ineficacia total del contrato de Sociedad —ya sea por vía directa, ya indirectamente, a través de la ineficacia de las adhesiones singulares— entrará en acción el principio de fe pública, porque sólo la ineficacia total produce efectos en el orden externo y, por consiguiente, sólo ella puede originar un perjuicio a los terceros adquirentes que fundamente la protección del principio de fe pública (art. 3, párr. 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil).

Ese tratamiento especial de la ineficacia, en el contrato de constitución de la Sociedad Anónima, tiene sus raíces en su carácter plurilateral y no simplemente bilateral, impuesto por el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas, porque debiendo ser tres, como mínimo, el número de fundadores, entre todos ellos se producen haces de relaciones jurídicas. Y esta plurilateralidad impide la actuación normal del Derecho sustantivo, que no contempla este supuesto, sino el de la bilateralidad.

La doctrina tradicional sólo contemplaba un tipo de contratos: los llamados por ASCARELLI contratos de cambio. No debe perderse de vista, sin embargo, que junto a los contratos de cambio, se encuentran los de organización, medio idóneo para la colaboración en un fin común, y que se diferencian de los contratos de cambio por las siguientes notas características: 1.ª Posibilidad de que participen en ellos más de dos partes, adquiriendo todas ellas derechos y asumiendo obligaciones. 2.ª Subsistencia del contrato independientemente del cambio de los sujetos, siendo susceptibles, en consecuencia, de subrogación subjetiva, en el sentido de que nuevos participantes puedan venir a integrarse en la relación contractual. 3.ª Las prestaciones de cada socio se realizan no sólo para satisfacer el interés de los demás, sino también del propio aportante. 4.ª Los contratos de cambio suelen tener un contenido típico, mientras que en los de organización cualquier contenido es bueno, en tanto sea idóneo para alcanzar el fin común. La doctrina extranjera aún añade otra diferencia: la de que en los contratos de cambio las prestaciones suelen tener cierta equivalencia, mientras que en los de organización pueden ser completamente diversas.

La pluraliteralidad y no simple bilateralidad de los contratos de organización, entre los que se encuentra el de Sociedad, constituye el fundamento de que la ineficacia de algunas adhesiones singulares, aunque no de todas, no produzca necesariamente la ineficacia total del contrato

de Sociedad. Los demás caracteres o diferencias, sólo tangencialmente inciden en nuestro estudio.

d) La inscripción del nombramiento y facultades de los Administradores, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva, Gerentes y Apoderados puede ser nula o inexacta, o, en general, estar afecta a vicio de ineficacia. Y si tal inscripción ha actuado como inscripción legítimamente, estaremos en presencia del esquema característico del principio de fe pública.

Dos son las acepciones que presenta el concepto de legitimación: como requisito y como presunción. Como requisito, para que los Administradores, en cualquiera de sus variantes, los Gerentes y los Apoderados puedan actuar. Y como presunción, de exactitud, integridad y validez de los asientos en que se contienen los nombramientos, y de existencia y pertenencia de las facultades representativas conferidas (10.5.7.4, letra F, b) y c'). El principio de fe pública necesita de la legitimación en ambas acepciones. Sin la legitimación como requisito, los Administradores y demás no podrían contratar con los terceros (art. 5 del Reglamento del Registro Mercantil) y no se podría originar la figura del tercer adquirente. Sin la presunción legitimante de exactitud, integridad, validez, existencia y pertenencia (art. 3, párr. 2.º, del mismo Reglamento) no se originaría la confianza del tercero en los pronunciamientos registrales, fundamento jurídico del principio de fe pública.

La órbita en que se desenvuelve el principio de fe pública, por lo que atañe a los Administradores y Apoderados, es distinta en los derechos reales y en los personales. En el ámbito de los derechos reales, el principio necesita de la colaboración del Registro Mercantil y del Registro de la Propiedad. En el primero, se encontrará la inscripción legitimante. En el segundo, la inscripción a favor del tercer adquirente. Se trata de una fe pública que se realiza a caballo entre ambos Registros. En el ámbito de los derechos personales, el principio de fe pública se desenvuelve, en cambio, íntegramente dentro del Registro Mercantil, al no ser necesaria la inscripción a favor del tercer adquirente, que en el Registro de la Propiedad, por no ser inscribibles los derechos personales, no es siquiera posible. Los requisitos de la fe pública registral quedan, pues, en tal caso, enmarcados totalmente dentro del Registro Mercantil en el que se encontrará la inscripción legitimante (supuesto de inexactitud en sentido estricto) o las limitaciones o condiciones inscribibles y no inscritas (supuesto de falta de integridad). (En la referencia letra C, b). 2.º, de este mismo capítulo se trata ampliamente de la materia.)

El Régimen de participación

SUMARIO: I. *Concepto, caracteres y naturaleza jurídica.*—II. *Administración, goce y disposición de los bienes.*—III. *Remisión a las normas del de separación de bienes.*—IV. *Régimen de los bienes comunes.*—V. *Extinción.*—VI. *Causa específica de extinción.*—VII. *Determinación de las ganancias.*—VIII. *Patrimonio inicial.*—IX. *Patrimonio final.*—X. *Créditos entre cónyuges.*—XI. *El haber partible y el derecho de participación.*—XII. *Modos de hacer efectivo el derecho de participación.*—XIII. *Inexistencia o insuficiencia de bienes en el patrimonio deudor.*—XIV. *Conclusiones.*

I. CONCEPTO, CARACTERES Y NATURALEZA JURIDICA

Artículo 1.411: En el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente.

A) CONCEPTO

De la combinación armónica de los artículos 1.411, 1.412, 1.427 y 1.428 se deduce dicho concepto, que puede exponerse así:

Es el de participación un régimen económico matrimonial de origen voluntario que, durante su vigencia, atribuye a los cónyuges la administración, disfrute y libre disposición de los bienes de que sean titulares, y al extinguirse, derecho a participar en las ganancias obtenidas por cada uno de ellos por dos vías: la una, indirecta, por compensación en cuanto a la cantidad concurrente, y la otra, directa, por nacimiento de un derecho de crédito, a pagar en dinero y de forma inmediata, a favor del cónyuge que haya visto menos incrementado su patrimonio, y consistente, normalmente, en la mitad de la diferencia entre las ganancias propias y las del otro cónyuge.

B) CARACTERES Y NATURALEZA JURÍDICA

Del concepto que acabamos de exponer se deducen aquéllos, de los que, a su vez, se desprenden las analogías y diferencias que presenta con los otros dos regímenes que regula el Código y que configuran su propia naturaleza jurídica.

Por lo pronto, el régimen de participación sólo puede nacer del pacto en capitulaciones matrimoniales, salvo la limitada y parcial aplicación de sus normas, puramente liquidatoria, derivada del derecho de opción que concede el artículo 1.395 al cónyuge inocente para el supuesto de extinción del de gananciales por nulidad del matrimonio mediante mala fe del otro cónyuge, precepto que más adelante examinamos en el apartado V (1).

Por otro lado, durante su vigencia, se desenvuelve y comporta como el de separación al atribuir a cada cónyuge el artículo 1.412 (paralelo al 1.437) la administración, goce y libre disposición de sus bienes.

Las diferencias que separan a uno y otro se ponen plenamente de manifiesto al extinguirse, pues el cónyuge menos favorecido, generalmente el que presta su trabajo para la casa, que, por ello mismo, ahorra gastos al hogar familiar y tiene disminuidas normalmente sus posibilidades de incrementar su propio patrimonio, ve corregida la injusticia que ello supone a través de la participación en las ganancias obtenidas por el otro.

Pero aunque ello no fuera así, es lo cierto que parece mucho más justo ver que los sacrificios, el esfuerzo y la convivencia comunes repercuten también en ambos patrimonios cuando por una u otra causa cesan. Nada de lo cual se da en el régimen de separación de bienes, a pesar de la previsión ingenua y bien intencionada del artículo 1.438, que ordena computar, como contribución a las cargas del matrimonio, el trabajo para la casa, lo que, al extinguirse, dará derecho a obtener una compensación fijada por acuerdo de los cónyuges y, en su defecto, por el Juez. La enorme complejidad de los elementos y circunstancias que han de ser tenidos en cuenta para fijar la cuantía de la compensación nos tememos que la conviertan en puramente simbólica o, al menos, insuficiente.

Y aunque tal no sucediera, es indudable que el régimen de participación lleva en sí mismo una mayor dosis de equidad y se evitaría, pactándolo, que en la vida práctica tuviera que acudir al régimen de sepa-

(1) Con la reforma del artículo 95 del Código Civil, en base a una interpretación lógica, sistemática y teleológica, especialmente en relación con el 1.395, creemos que puede sostenerse: a) que en el régimen de participación puede optarse hacia la liquidación conforme al de gananciales, y b) que, en otro caso, hay pérdida de ganancias para el culpable.

ración, pocas veces realmente querido y sólo por las razones que están en la mente de todos, no siempre legítimas, concertado.

Con lo cual, además, se facilita el tráfico de bienes, soslayando las dificultades y obstáculos que presenta el de gananciales, que, por cierto, aparece más alejado del de participación de lo que un examen apresurado o superficial podría sugerir.

En nada se parece a éste durante su vigencia: el régimen de gananciales provoca la coexistencia de bienes privativos y comunes, no existiendo bienes gananciales, por el contrario, en el de participación.

Sólo al extinguirse se presentan algunas anomalías, circunscritas a sus resultados económicos, pues en este momento no surge en este último ninguna comunidad de bienes, sino un crédito a favor del cónyuge titular del patrimonio que haya experimentado menos o ninguna ganancia, sin perjuicio de que excepcionalmente, al amparo del artículo 1.432, puedan darse adjudicaciones de bienes concretos, según veremos en el apartado XII.

Constituye, por tanto, el régimen de participación una combinación equilibrada de los otros dos.

II. ADMINISTRACION, GOCE Y DISPOSICION DE LOS BIENES

Artículo 1.412: A cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición, tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título.

Como vemos, este precepto atribuye a cada cónyuge la administración, el disfrute y la libre disposición de todos sus bienes, entendiendo por tales los que le pertenecían al contraer matrimonio y los adquiridos después por cualquier título.

Antes anticipábamos que es un precepto paralelo al artículo 1.437, que dispone, casi literalmente, lo mismo para el régimen de separación de bienes; pero hemos de advertir que es más impreciso aquél que éste, porque debió remitirse al momento inicial del régimen, no al de la celebración del matrimonio. Efectivamente, el régimen de participación puede iniciarse en un momento posterior, como ya sabemos, y es, por tanto, a este momento al que hay que remitirse: si antes regía, por ejemplo, el de gananciales, la ley no puede desconocer su anterior existencia; y así, con más propiedad, debió producirse el artículo comentado refiriéndose a la época del nacimiento del régimen y su entrada en vigor,

sea en el momento de aquella celebración o en otro ulterior, y en ambos, mediante el otorgamiento de capitulaciones. En el ejemplo utilizado, disuelta la sociedad de gananciales, es indudable que el patrimonio inicial de cada cónyuge está constituido por los bienes que ya tuvieron carácter privativo y por los que se le adjudiquen por consecuencia de la liquidación de aquélla.

Así lo reconocen, con mejor redacción, los artículos 1.418, número 1.º, y 1.421, párrafo 1.º

Pero los términos aparentemente absolutos que emplea el artículo 1.412 son después dulcificados por otros, según pasamos a ver.

A) ADMINISTRACIÓN

Corresponde ésta al titular de los bienes, es decir, a cada cónyuge la de aquellos que le pertenezcan con carácter exclusivo, y a ambos los que sean de los dos en régimen de comunidad ordinaria, o sea, en *pro indiviso* ordinario, que es la expresión que emplea el artículo 1.414.

Sin embargo, el artículo 1.416, ante la irregular administración que de sus bienes haga un cónyuge, confiere al otro la facultad de pedir la terminación del régimen cuando comprometa gravemente sus intereses. Con ello entraría en juego el artículo 1.435, número 3.º, surgiendo entre los cónyuges el de separación de bienes, salvo que convengan otro distinto. Por su parte, la correspondiente sentencia firme producirá correlativamente la extinción y consiguiente liquidación del régimen de participación.

B) DISFRUTE

Por aplicación del artículo 1.438, cuyos justos términos después analizaremos, el hecho de que cada cónyuge perciba e invierta los frutos de sus propios bienes, no le releva de la obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio en la proporción pactada, y, en su defecto, en la que se deduzca de sus respectivos recursos económicos.

C) DISPOSICIÓN

Corresponde libremente al titular; pero en cuanto a sus efectos, al cesar el régimen, conviene distinguir, como lo hacen los artículos 1.423, 1.424 y 1.433, los dos siguientes grupos:

1.º Actos a título gratuito:

- Si fueron consentidos por el otro cónyuge, son firmes y definitivos, y quedan excluidos del patrimonio final, pero no del inicial, en su caso, como después veremos, los bienes a que aquellos actos se refieran.
- Si no lo fueron, dichos bienes se computan en el patrimonio final del donante, y, además, pueden ser impugnados por su cónyuge cuando no haya bienes suficientes para hacer efectivo su derecho de participación, con la sola exclusión de las liberalidades de uso.

2.º Actos a título oneroso:

- También se computan aquellos bienes en el patrimonio final del enajenante cuando se realizan tales actos en fraude de los derechos del otro, quien dispone de la misma acción para el propio supuesto de insuficiencia:
- No se da entrada a aquel consentimiento porque el acto a título oneroso, no fraudulento, no provoca disminución patrimonial, por consecuencia de la subrogación real, que la evita.

Todo lo que antecede, claro es, sin perjuicio de lo que disponen los artículos 1.320 y 1.322, respecto a la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, de autorización judicial, para los actos dispositivos de derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque sean privativos, y respecto a las consecuencias derivadas de su falta u omisión.

III. REMISION A LAS NORMAS DEL DE SEPARACION DE BIENES

Artículo 1.413: en todo lo no previsto en este capítulo se aplicarán, durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes.

Esa remisión nos obliga a realizar la determinación de los preceptos que han de considerarse incluidos en ella.

Por su propia índole y contenido, no es aplicable el artículo 1.435 que enumera los supuestos en que se da entre los cónyuges separación de bienes, lo que hace inútil cualquier otro comentario.

Sin necesidad de esta remisión y por aplicación directa de la Ley Hi-

potecaria y la de Registro Civil se conseguiría el mismo resultado que persigue el artículo 1.436, que ordena anotar la demanda de separación e inscribir la sentencia firme que la declare en el Registro de la Propiedad si recayere sobre bienes inmuebles, anotándose, además, dicha sentencia en el Registro Civil; por lo que hay que entenderlo perfectamente aplicable, al igual que a cualquier otro régimen.

No lo es, en cambio, el 1.437, porque tiene su paralelo en el 1.412, ya examinado.

El artículo 1.438 impone a los cónyuges contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales en la forma y cuantía convenidas, y, en su defecto, en proporción a sus respectivos recursos económicos, lo que, sin duda, ha de extenderse también al régimen de participación, máxime teniendo en cuenta que las disposiciones generales nada prevén al respecto (arts. 1.315 y siguientes).

Pero el resto del artículo 1.438 exige cierta aclaración al contemplarlo desde la perspectiva del régimen que nos ocupa, en cuanto ordena computar el trabajo para la casa como contribución a aquellas cargas, otorgando, al que lo realiza, derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, al extinguirse el régimen.

Dichos cómputo y compensación tienen plena justificación en el régimen de separación de bienes, como vehículo corrector de un resultado que ya resaltábamos: la economía en las cargas matrimoniales derivada de la prestación del trabajo en la propia casa y la disminución para el que lo realiza de sus posibilidades de incrementar su patrimonio. Precisamente creemos que el legislador ha dado entrada a esa compensación en el régimen de separación deslumbrado, tal vez, por la justicia estricta que impera en el que estudiamos, en el que, por lo mismo, van embebidas muchas compensaciones.

Pero en el de participación parece que no debe tener entrada ni lo uno ni lo otro, puesto que el artículo 1.438 está hablando de extinción del de separación y, en cambio, el artículo 1.413 está contemplando precisamente la vigencia del de participación. Este argumento ha de desecharse considerando que esa contribución, mediante el trabajo para la casa, se va produciendo día a día durante su vigencia y la compensación no puede fijarse sino cuando cesa, ya que el tiempo es determinante, aunque no el único, de la misma. Puede argumentarse también que si hay ganancias suficientes en el patrimonio deudor y alguna (poca o mucha) en el acreedor, en realidad deviene una operación innecesaria, porque, efectivamente, no hay inconveniente en que al otorgarse las capitulaciones se contemple el trabajo para la casa como contribución a las cargas matrimoniales; tampoco lo hay para que, en otro caso, el Juez así lo decore fijando la compensación adecuada, pero constituiría, como decimos,

una operación innecesaria porque al haber de computarse su resultado en el patrimonio final del favorecido y, paralelamente, deducirse del mismo patrimonio perteneciente al otro cónyuge, aumenta y disminuye, respectivamente, las ganancias de cada uno, con lo que se compensan, mediante el mecanismo de participación recíproca que hemos llamado indirecta.

Solo tendría sentido si se estimase que la compensación opera al margen de aquel mecanismo, es decir, que si bien se deduce del patrimonio final del obligado no se incorpora al del perceptor ni repercute tampoco en la fijación del patrimonio inicial de cada uno, excluyéndose tal operación de la liquidación, lo cual sería totalmente injusto y pugnaría con la esencia misma del sistema de participación en ganancias (2).

Pero ¿y si tales ganancias no existen? Entonces sí cobra sentido la aplicación del artículo 1.438 en orden al cómputo y compensación aludidos.

Veamos un ejemplo: si cada cónyuge tiene un patrimonio inicial cifrado en 10 y, al extinguirse el régimen de participación, cada uno de ellos titula un patrimonio de 9, indudablemente el cónyuge que ha trabajado en y para la casa, las llamadas labores del hogar, resulta perjudicado si no obtiene la adecuada compensación.

Sólo, pues, si hay incrementos suficientes en el patrimonio deudor y alguno en el acreedor carece de razón de ser duplicar esa operación, aunque, de todos modos, es imprescindible fijar la cuantía de la compensación para calificar aquella suficiencia, salvo que sea patente.

De todo ello se deduce:

- Que los cónyuges han de contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales.
- Que su cuantía o proporción puede establecerse en las Capitulaciones.
- Que, a falta de pacto, viene determinada por sus respectivos recursos económicos.
- Y que el trabajo para la casa se computa a aquellos efectos y da derecho a obtener compensación en la forma indicada.

De todos modos, claro está, en las Capitulaciones matrimoniales podrán establecerse normas al respecto, que harán innecesario para ese caso el artículo 1.438, por cuanto respeta lo que se acuerde, que hay que entender que se extiende a lo que se pacte en dichos Capítulos.

(2) No creemos pueda ponerse en duda la procedencia de esa deducción. El que no repercuta tampoco en la fijación del patrimonio inicial de cada uno obedece a dos razones: que la compensación se obtiene en función de la permanencia del matrimonio, «ganándose» día a día, y que, en definitiva, constituiría una operación inútil.

Pasando ahora al artículo 1.439 lo consideramos aplicable porque, como ya dijimos, el régimen de participación durante su vigencia funciona como el de separación.

Ahora bien, si en las Capitulaciones se entrega la gestión y administración de determinados bienes o intereses por un cónyuge a otro, pactando que con sus frutos, y sólo con ellos, el que los perciba hará frente a las cargas matrimoniales por cuenta del otro, a éste no se le puede exigir otra, pero él, a su vez, sí puede pedir rendición de cuentas en el supuesto excepcional que contempla dicho artículo 1.439, sin perjuicio, además, de lo que dispone el 1.416 y de las demás acciones que puedan corresponderle como consecuencia del incumplimiento de lo pactado (art. 1.319).

En todos los demás casos será de plena aplicación.

Igualmente es aplicable al régimen de participación el 1.440, por virtud del cual cada cónyuge responde de sus propias obligaciones; y, en cuanto a las contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria, responden, en primer lugar los bienes del cónyuge que las contrae, y, subsidiariamente, los del otro.

En los dos supuestos regulados por estos dos últimos preceptos, queda a salvo lo que disponen el 1.438 ya aludido y el último párrafo del artículo 1.319.

El artículo 1.441 complementa la norma contenida en el 1.414:

- Según este último, innecesario por ser de sentido común, los bienes o derechos adquiridos conjuntamente por ambos cónyuges en el régimen de participación, pertenecen a ambos en pro indiviso ordinario.
- Según el primero de ellos, cuando no sea posible acreditar la pertenencia de aquéllos a uno u otro de los cónyuges, corresponderán a ambos por mitad.
- Y, por tanto, por aplicación del 1.414, en este último supuesto, también les pertenecerán en pro indiviso ordinario.

Cualquiera que sea la postura que se adopte acerca de la aplicabilidad, o no, del artículo 1.393 al régimen de participación, cosa que después veremos, no creemos que puedan plantearse dudas acerca de la del artículo 1.442, incluido su último párrafo, aunque sólo en cuanto al supuesto de separación de hecho, ya que la judicial provoca la extinción de pleno derecho de este régimen: artículos 1.415 y 1.392-3.º.

Por último, sólo por vía indirecta o refleja puede repercutir en el régimen de participación el contenido de los artículos 1.443 y 1.444, lo que no requiere más explicaciones.

Aparte estas normas del régimen de separación, se contiene otra re-

misión en el que estudiamos, que es la del artículo 1.415, que después analizaremos. Pero, además, deben tenerse presentes las del capítulo I, que contiene las disposiciones generales, comunes a todos los regímenes económicomatrimoniales, si bien, si se examinan detenidamente, veremos que hay alguno no adaptable, o que sólo lo es con ciertas matizaciones: artículos 1.316, 1.319-2.º, 1.322 y 1.324. Así, conforme a este último, la confesión, aunque obligue al que la hace, no es una manera de acreditar la propiedad o titularidad de un bien o derecho, que, por aplicación de los artículos 1.414 y 1.441, pertenecerá, frente a herederos forzosos y acreedores, pro indiviso y por mitad a ambos cónyuges; entendiendo que no son necesarias más explicaciones respecto de los otros preceptos citados.

IV. REGIMEN DE LOS BIENES COMUNES

Artículo 1.414: si los casados en régimen de participación adquirieran conjuntamente algún bien o derecho, les pertenece en pro indiviso ordinario.

Dispone el artículo 1.414, como acabamos de ver, que si los cónyuges adquieren bienes conjuntamente, éstos les pertenecerán en pro indiviso ordinario, norma que, como dijimos, es innecesaria porque en este régimen no puede haber otros bienes comunes que los que se integren en una comunidad ordinaria, si con ello lo que se quiere decir es que queda excluida la posibilidad de existencia de bienes gananciales. Pero no se le puede dar más alcance porque, indudablemente, entre los cónyuges puede haber bienes comunes no sometidos a las normas de dicha comunidad ordinaria; por ejemplo, en una comunidad de propietarios de fincas constituidas en régimen de propiedad horizontal. Así, si compran conjuntamente un piso, éste les pertenecerá en régimen ordinario de comunidad; pero, si cada cónyuge adquiere uno, existirá entre ellos, como entre todos los comuneros, la comunidad de tipo germánico que toda propiedad horizontal conlleva respecto de los elementos comunes. Lo propio ocurrirá si compran un solar conjuntamente, edifican y extinguen aquella comunidad mediante la adjudicación entre ellos de los pisos resultantes.

Por otro lado, si al adquirir conjuntamente no se especifica la cuota de cada cónyuge, les pertenecerá por mitad, tal como ordena el artículo 393-2.º del Código.

Y, por último, si la titularidad de los bienes o derechos no se puede acreditar, corresponderá a ambos por mitad según dispone el artículo 1.441, ya examinado, por remisión del 1.413.

V. EXTINCION

Artículo 1.415: el régimen de participación se extingue en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales, aplicándose lo dispuesto en los artículos 1.394 y 1.395.

El artículo 1.415 lo declara extinguido en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales y ordena la observancia de lo que disponen los artículos 1.394 y el 1.395.

En consecuencia, de acuerdo con el 1.392, el régimen de participación, concluirá de pleno derecho:

- Cuando se disuelva el matrimonio.
- Cuando sea declarado nulo.
- Cuando se decrete la separación judicial de los cónyuges.
- Y cuando éstos pacten un régimen distinto.

Ahora bien, el artículo 1.393 y, por remisión, el artículo 1.373, ya no son tan claramente aplicables.

El primero de ellos declara concluida la sociedad de gananciales en los siguientes supuestos, por decisión judicial y a petición de uno de los cónyuges: 1.º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado ausente o en quiebra o concurso de acreedores o condenado por abandono de familia. Basta para que el Juez la acuerde la presentación de la correspondiente resolución judicial; 2.º venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad; 3.º Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar; 4.º incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimiento de sus actividades económicas.

Además, tiene un último párrafo que dice que, en cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo dispuesto especialmente en el Código, con lo que se está aludiendo y remitiendo al artículo 1.373, que, a su vez, otorga al otro cónyuge derecho a exigir que en la traba se sustituyan los bienes gananciales por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, lo que llevará consigo la disolución de ésta; aplicándose (art. 1.374) el régimen de separación de bienes.

A la vista de estos preceptos puede plantearse el problema de si son o no aplicables al régimen de participación, como causas extintivas del mismo.

A favor operan las razones siguientes:

- Los términos absolutos que emplea el artículo 1.415.
- Consideraciones evidentes de justicia en algunas de aquellas causas.
- El hecho de que el artículo 1.394, expresamente invocado, comienza diciendo: «los efectos de la disolución prevista en el artículo anterior...».
- Que en el artículo 1.393 lo que hace es sistematizar las restantes causas de disolución reconocidas en otros lugares del Código.

En contra pesan estas otras:

- Que el régimen de participación se produce durante su vigencia como el de separación, de tal modo que sus efectos naturales los despliega al extinguirse, por lo que, no existiendo bienes gananciales, no pueden surgir, en los casos contemplados por el artículo 1.393, los graves inconvenientes ni los peligros próximos que para el otro cónyuge suponen en el régimen de gananciales.
- Que el nuevo artículo 82 del Código recoge algunas de las causas contenidas en el 1.393, lo que, a la vista del 1.392, número 3.º, hace inútil la remisión.
- Que otras aparecen en otros lugares del Código: por ejemplo, el artículo 189.
- Que, en los supuestos de concurso y quiebra, por un lado los acreedores están a salvo (art. 1.442); por otro, encajan perfectamente en el artículo 1.416, que después examinaremos; además, en el orden práctico, debe tenerse presente que si el cónyuge presuntamente perjudicado pide la separación de bienes es cuando ciertamente se verá afectado, pues sus propias y solas ganancias, constituirán, en su caso, el único haber partible.
- Que la del número 2.º del repetido artículo 1.393 está ya prevista en el mismo artículo 1.416 antes citado.
- Que el número 4.º del artículo 1.393 tampoco puede ser tenido en cuenta porque a los cónyuges no se les impone el deber de información, que sólo rige en el de gananciales.
- Que el supuesto de embargo regulado por el artículo 1.373, por remisión del 1.393, último párrafo, no puede tampoco estimarse como causa de disolución del régimen de participación, sencillamente porque en él no existen bienes comunes, en el sentido de gananciales, en tanto que el patrimonio del

deudor es el único que responde, quedando a salvo el de su cónyuge, dándose, pues, una incompatibilidad de fondo.

La conclusión, por tanto, que extraemos de todo ello es que en el régimen de participación no rige el artículo 1.393, o, al menos, lo sería con tantas reservas y condicionantes, que, en realidad, lo harían inútil; con lo cual, además, quedaría justificada la remisión expresa al artículo 1.394, pues de entenderse aplicable el artículo 1.393, dados los términos del 1.394, éste, lógicamente, por «parecer» una norma complementaria de su precedente, no necesitaba ser invocado.

Por todo ello, la remisión al artículo 1.394 hay que entenderla en el sentido de que los efectos de la disolución prevista en el artículo 1.415 se producirán, en su caso, desde la fecha en que se acuerde y que, iniciada la tramitación del pleito, si se siguiere, sobre la concurrencia de la causa, se practicará el inventario y el Juez adoptará las medidas necesarias para la administración de los bienes incluidos en él, requiriéndose su licencia para los actos que excedan de la administración ordinaria.

La remisión expresa al artículo 1.395, a pesar de la aparente sencillez de éste y de encontrarla justificada, exige alguna aclaración, porque creemos que va a dar lugar a pocas dudas y discusiones (3).

Dispone este precepto que se puede optar por la liquidación del régimen de gananciales según sus propias normas o bien por las relativas al régimen de participación, dándose los requisitos siguientes:

- Que el régimen se extinga por nulidad del matrimonio.
- Que uno de los cónyuges hubiese sido declarado de mala fe.
- Y que lo solicite, optando, el otro.

Queda, por tanto, aquélla excluida:

- Si la disolución proviene de otra causa.
- Si ambos cónyuges han procedido de mala fe.
- Si los dos han procedido de buena fe.

Las consecuencias que se generan son las siguientes:

- El inocente puede optar por la liquidación del régimen según las normas del de gananciales o por las del de participación.
- Y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.

La razón del precepto se basa en que se quiere:

(3) Reiteramos las consideraciones ofrecidas en la primera de estas notas.

- Beneficiar al cónyuge de buena fe.
- Penalizar al de mala fe.

Pues bien, nótese, en primer lugar, cómo el artículo 1.395 habla sólo de ganancias, pero no de gananciales.

Esto supone para el cónyuge inocente:

- Que conserva su derecho a participar en las ganancias del otro, si opta por el de participación.
- Y que igualmente conserva el de percibir su mitad de gananciales, si la opción es la contraria.

Y respecto del culpable, paralelamente:

- Que pierde el de participación en ganancias.
- Que conserva su derecho a la mitad de gananciales.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de esa pérdida? Creemos que no puede ser otro que el de presumir la inexistencia de incremento, aunque lo hubiere, en el patrimonio del inocente, de tal manera que la formalización del inventario respecto de éste no es, en principio, necesaria. Es decir, es como si entrara en juego el artículo 1.428, suponiendo la existencia de resultado positivo sólo en el patrimonio del de mala fe, en su caso.

Pero, aunque se entienda que no es así y que las ganancias del cónyuge de buena fe han de computarse en la operación final deduciéndose de las del otro, pero sin que éste participe en las de aquél en el supuesto de que éstas sean las de mayor entidad cuantitativa, no se comprende, de todas maneras, que el inocente opte por la aplicación de las normas del de gananciales, si entre ellos rige el de participación, porque, al no haber pérdida de gananciales para el culpable, con tal opción únicamente podría salir perjudicado, salvo en algún caso excepcional, que es el que justifica su aplicabilidad. Por ejemplo: si el inocente carece de bienes que hubieran de conceptuarse gananciales o los tiene en muy escasa cuantía y el culpable ha enajenado todo o gran parte de su patrimonio inicial, conservando tan sólo, o casi exclusivamente, bienes que tendrían aquel carácter ganancial por virtud de la opción de su cónyuge.

Al margen de ello, y como apuntábamos antes, de las dos posibles interpretaciones acerca del alcance de la pérdida de ganancias, nos inclinamos por entender que esta pérdida supone la entrada en juego del artículo 1.428, es decir, considerar que sólo hay ganancias, si efectivamente las hay, en el patrimonio del cónyuge de mala fe, de modo que, si no las hubiere y sí, en cambio, en el de buena fe, aquél no tiene ninguna participación en las de éste, quien las conserva íntegras; lo cual constituye un

argumento más para sostener la postura que adoptamos, porque ¿cuál sería la razón para mantener que, si el de mala fe tiene ganancias, superadas por las del de buena fe, aquél ha de participar en éstas siquiera sea por la vía que hemos llamado indirecta? ¿No es más razonable, lógico y justo que sea el inocente el que participe por vía directa, y sin consideración a sus propias ganancias, en las del culpable?

Veamos un ejemplo que será lo suficientemente gráfico y que exponemos, para simplificar, partiendo de la base de que los patrimonios iniciales de ambos cónyuges se conservan íntegros (sin que haya que actualizar sus valores por no darse las premisas que lo harían necesario) y que, por otra parte, ganancias y gananciales económicamente son una misma cosa, es decir, que el valor de éstos y la cuantía de aquéllas coinciden.

1.^a Interpretación: las ganancias del inocente se computan para determinar el haber partible.

Supongamos que el cónyuge de buena fe ha obtenido un incremento de 300.000 y el de mala fe de 2.700.000.

- Si opta por el régimen de gananciales, éstos ascenderán a 3.000.000, luego a cada cónyuge le corresponderían 1.500.000, que se harían efectivas mediante la adjudicación de bienes concretos, dinero o no.
- Si opta por el de participación, el resultado sería el mismo: 1.500.000 para cada cónyuge, que se harían efectivas para el inocente, en cuanto a sus 300.000, por vía de retención, y, en cuanto a las 1.200.000 (haber partible), por su abono en dinero (art. 1.431), lo que constituiría la única diferencia.

Esta interpretación es absurda porque ni habrá beneficio para el uno ni perjuicio para el otro.

Supongamos ahora que los incrementos han sido inversos: 2.700.000 y 300.000, respectivamente.

- Si la opción es hacia el de gananciales, se derivarían las mismas consecuencias del supuesto correlativo anterior.
- Si la opción es a favor del de participación, es cuando únicamente se produce aquel beneficio y consiguientemente perjuicio correlativo: el cónyuge de buena fe conservaría íntegras sus 2.700.000 y el de mala fe las suyas de 300.000, sin percibir éste las 1.200.000 que, en otro caso, le hubieran correspondido.

Pero con esta solución ¿qué castigo recibirá el culpable?: ¿acaso no participar en unas ganancias que de todas maneras no le corresponden por ser nulo el matrimonio y precisamente por su culpa...?

No es posible que esta interpretación se corresponda con los deseos del legislador.

2.^a Interpretación: las ganancias del inocente no se computan para determinar el haber partible:

- Prescindimos del supuesto de opción a favor del régimen de gananciales porque las soluciones serían idénticas a las de los de la 1.^a interpretación, que damos aquí por reproducidas.
- Si el inocente opta por la aplicación de las normas del régimen de participación y nos hallamos en el primer caso (él 300.000, el culpable 2.700.000), el haber partible serían 2.700.000, de las que le corresponderían la cantidad de 1.350.000 pagaderas en dinero y conservando íntegras sus 300.000.
- Si en el segundo caso e igual opción (el inocente 2.700.000, 300.000 el otro), el haber partible sería 300.000, es decir, 150.000 para cada uno, conservando el primero íntegras sus 2.700.000.

Ya adelantábamos que consideramos que esta segunda interpretación es la correcta: lo demuestran así no sólo las razones ya expuestas, sino también la propia redacción del artículo 1.395: «y el contrayente de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte»; pues ¿cuáles son esas ganancias?: bien claro nos lo dice el artículo 1.417: la diferencia entre los patrimonios inicial y final. Otra cosa es el haber partible, que es al que se refieren los artículos 1.427 y 1.428, que, por cierto, no hablan de ganancias, sino de incremento patrimonial.

Las razones expuestas se avalan aún más si existen deudas que, por razón de la opción, hayan de pesar sobre los bienes gananciales, de tal modo que el inocente aún saldría más perjudicado si su régimen era el de participación y optaba por la liquidación conforme a las normas del de gananciales.

Y si era éste y opta por el de participación, esta opción, de todas maneras, no puede perjudicar a los acreedores de la sociedad, aunque no haga salvedad alguna al respecto el artículo 1.395.

Obsérvese, por último, cómo el artículo 1.411 atribuye a cada cónyuge derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro durante todo el tiempo de vigencia del régimen. De no ser ésta la interpretación realmente querida, seguramente hubiera sido otra su redacción: atribuiría

ese derecho solo al cónyuge que hubiera visto menos incrementado su patrimonio, como hace el artículo 1.427; y es que, en efecto, la participación es recíproca y se lleva a cabo por las dos vías o caminos que ya hemos resaltado en repetidas ocasiones: la indirecta o compensatoria y la directa o activa. De modo que, a nuestro juicio, el Código distingue perfectamente ganancias por un lado y haber partible por otro: a las primeras se refieren los artículos 1.411 y 1.417; y al segundo los artículos 1.427 a 1.433, ambos inclusivos.

En resumen:

1.º La opción es siempre posible, sea el régimen original el de participación o el de gananciales.

2.º Si se ejercita en favor de este último no hay pérdida de gananciales.

3.º Si en favor del primero de ellos, hay pérdida de ganancias para el culpable en las dos vías, conforme a la segunda de las interpretaciones expuestas (3 bis).

VI. CAUSA ESPECIFICA DE EXTINCION

Artículo 1.416: podrá pedir un cónyuge la terminación del régimen de participación cuando la irregular administración del otro comprometa gravemente sus intereses.

Como ya vimos este precepto está excluyendo la aplicabilidad del artículo 1.393, siendo así porque sobraría aquél a la vista del número 2.º de éste; es más, aun la propia remisión expresa al 1.394 también estaría de más si el legislador hubiera contemplado la aplicabilidad del repetido artículo 1.393 porque la del 1.394 surgiría por sí misma, en cuanto es un simple desarrollo del que le antecede, y cuya remisión está motivada, sin duda, por la causa que prevé este artículo 1.416, único caso, por tanto, en que entra en juego el artículo 1.394, además de los ya indicados del artículo 1.415.

De todos modos el artículo 1.415 debió producirse con mayor precisión, pues aún su misma colocación, anterior al precepto que ahora comentamos, sugiere la pregunta de si los artículos 1.394 y 1.395 son aplicables o no a la causa especial de disolución que aquél proclama. Evidentemente, no puede tomarse en consideración el derecho de opción que consagra el 1.395, que solo se aplica, como acabamos de ver, en los casos de declaración de nulidad del matrimonio. Pero ¿y en cuanto al 1.394?:

nosotros nos inclinamos por la tesis afirmativa, porque las medidas y la licencia que ordena están más justificadas, si cabe, que en cualquier otra causa de disolución. Al fin y al cabo, la causa de disolución contenida en el artículo 1.416 corre paralelamente con la del número 2.º del artículo 1.393.

Por lo demás, nos remitimos a cuanto ya dejamos dicho anteriormente.

VII. DETERMINACION DE LAS GANANCIAS

Artículo 1.417: producida la extinción se determinarán las ganancias por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge.

Dice el artículo 1.417 que las ganancias de cada cónyuge se determinarán por la diferencia entre su patrimonio inicial y final, precepto innecesario porque su contenido se deduce sin margen de duda del de los artículos siguientes.

En este momento, extinguido ya el régimen, es cuando presenta alguna analogía con el de gananciales, según exponíamos al principio. Pero esta analogía es en muchos aspectos más aparente que real.

En la sociedad de gananciales los avatares que sufran los bienes que integran el patrimonio privativo de los cónyuges, equivalente al inicial del régimen de participación, no repercuten para nada en la liquidación del régimen (4).

En cambio, en el de participación, los que sufran los bienes que componen el patrimonio inicial, equivalente, a su vez, al privativo de cada cónyuge en el de gananciales, repercute en el resultado final por cuanto dichos bienes se traducen en unas cifras en dinero, actualizadas e inmovibles, que, al deducirse del patrimonio final, aumentan las ganancias, si se conservan los mismos bienes o su equivalente y han aumentado su valor por cualquier causa, y las reducen en otro caso.

Pero las ganancias así determinadas no constituyen el haber partible, sino que éste viene fijado por la diferencia entre las del uno y las del otro, porque en cuanto a la cantidad concurrente la participación recíproca se produce por vía de compensación, a salvo lo dispuesto por el artículo 1.395.

(4) Nos referimos, naturalmente, a los bienes en sí mismos, no a sus frutos ni a la repercusión que en éstos puedan tener tales avatares.

VIII. PATRIMONIO INICIAL

Artículo 1.418: se estimará constituido el patrimonio inicial de cada cónyuge:

1.º *Por los bienes y derechos que le pertenecieran al empezar el régimen.*

2.º *Por los adquiridos después a título de herencia, donación o legado.*

Artículo 1.419: se deducirán las obligaciones del cónyuge al empezar el régimen y, en su caso, las sucesorias o las cargas inherentes a la donación o legado, en cuanto no excedan de los bienes heredados o donados.

Artículo 1.420: si el pasivo fuese superior al activo no habrá patrimonio inicial.

Artículo 1.421: los bienes constitutivos del patrimonio inicial se estimarán según el estado y valor que tuvieran al empezar el régimen o, en su caso, al tiempo en que fueron adquiridos.

El importe de la estimación deberá actualizarse el día en que el régimen haya cesado.

Decíamos antes que el patrimonio inicial está constituido por una cifra, en dinero, inamovible. Con ello queremos decir que en él no se producen más alteraciones que las derivadas: por una parte, de su incremento como consecuencia de las herencias, legados y donaciones que después reciba su titular, porque las cargas impuestas por el testador o donante no disminuyen aquella cifra, desde el momento en que no pueden deducirse sino en cuanto no excedan de los bienes en cuestión; y de otra, de su actualización conforme al artículo 1.421. Por ello el artículo 1.418 no es muy preciso, porque debió remitirse al valor de los bienes o derechos y no a éstos mismos.

Para determinar el patrimonio inicial, hay que fijar el activo, valorarlo y deducir el pasivo.

A) ACTIVO

Está constituido por:

1.º Los bienes y derechos, o mejor, su valor, que le pertenecieran al comenzar el régimen.

2.º Los adquiridos después a título de herencia, legado o donación, o mejor también, su valor.

Aunque en teoría no sería necesario describir los del primer grupo al otorgarse las Capitulaciones matrimoniales, bastando expresar su valor, conforme a lo que llevamos dicho, sin embargo, esa descripción deviene imprescindible para evitar la entrada en juego de la atribución que hace el artículo 1.441 y también para evitar fraudes o supervaloraciones.

Respecto de los adquiridos después, el título adquisitivo nos revelará la procedencia de su inclusión en el patrimonio inicial.

Sin duda es aplicable, con las convenientes adaptaciones, el artículo 1.324, pero no siempre podrá acudir a él debido a las previsiones contrarias que establece.

Por todo ello, se hace muy conveniente en este régimen esmerarse en tener una adecuada documentación.

B) PASIVO

Correlativamente está integrado, a su vez, por:

- 1.º Las deudas y obligaciones pendientes al empezar el régimen, que, por las mismas razones anteriores, han de recogerse adecuadamente en los susodichos Capítulos.
- 2.º Las sucesorias y las cargas impuestas al donatario o legatario.

En el caso 1.º el único límite existente se deriva del importe pendiente de las obligaciones al empezar el régimen, pues sólo se deducen en cuanto aún no estén satisfechas en el momento de la entrada en vigor del régimen, como es natural.

En el 2.º, el límite se encuentra en el propio valor de los bienes heredados, legados o donados, pues el precepto en cuestión, con defectuosa expresión, sólo las considera deducibles en cuanto «no excedan de los bienes heredados o donados», pues debió referirse, como hemos hecho nosotros, al «valor» e incluir los «legados», para mantener la correlación.

C) FIJACIÓN DEL PATRIMONIO INICIAL

Como dice el artículo 1.420, si el pasivo es superior al activo no hay patrimonio inicial.

Implícitamente declara que, en otro caso, la diferencia entre uno y otro es la que lo constituye.

Y aquí se produce una importante diferencia con el patrimonio final, pues así como en éste sólo se toman en consideración los bienes y derechos

realmente existentes al extinguirse el régimen, incrementados, en su caso, con los que expresan los artículos 1.423 y 1.424, en el patrimonio inicial, por el contrario, han de computarse todos los que cada cónyuge tuviera al empezar así como los adquiridos después por herencia, legado o donación, existan o no, se conserven o no, al concluir el régimen, de tal manera que sólo se repartirán, en su día, las ganancias o aumentos realmente experimentados por cada patrimonio.

Por supuesto que tampoco hay patrimonio inicial cuando activo y pasivo son iguales (5).

En ambos casos (pasivo y activo iguales o aquél superior a éste) la norma es de estricta justicia (patrimonio inicial igual a cero) porque las deudas en cuestión o se pagan durante la vigencia del régimen o se han de deducir, en cuanto a la parte no satisfecha, del patrimonio final conforme al artículo 1.422, de tal modo que siempre quedan enjugadas en las operaciones correspondientes, salvo, como veremos después, las que excedan del valor de los bienes heredados, donados o legados con posterioridad al comienzo del régimen, que, en cuanto al exceso, no se computan ni en el inicial ni en el final.

D) VALORACIÓN DE SUS ELEMENTOS

Las deudas y cargas han de computarse por su importe, es decir, principal e intereses devengados, en su caso, uno y otros pendientes, es decir, en la parte aún no satisfecha al comenzar el régimen.

Según el artículo 1.421, los bienes del grupo 1.º del artículo 1.418 se han de estimar según el estado y valor que tuvieran al empezar el régimen, estimación que deberá recogerse en las Capitulaciones matrimoniales.

En cambio, los del grupo 2.º, que, por definición, no pueden figurar en ellas, lo han de ser según el estado y valor que tuvieran al tiempo de su adquisición.

En ambos casos, el importe de la estimación ha de actualizarse al tiempo de proceder a la liquidación del régimen y con referencia al día de producirse su extinción, con lo que indudablemente se intenta evitar que la depreciación de la moneda se convierta en ganancias. Es decir, se prescinde por completo del estado y valor de los bienes al producirse la extinción del régimen, de tal modo que, si ha habido en ellos mejoras, plusvalías, etc., éstas se reflejarán en el patrimonio final y constituirán ganancias; y si ha habido pérdidas, deterioros, etc., éstos se computarán

(5) Esto nos parece de una evidencia aplastante, lo que es causa de que no argumentemos sobre ello en el texto, a pesar de su trascendencia. Lo propio ocurre con lo que se consigna en el párrafo que sigue al anotado.

también en el patrimonio final y disminuirán las ganancias. Se trata, pues, en el inicial, de una cifra contable que se actualiza en sí misma de acuerdo con el poder adquisitivo del dinero, para lo que sin duda serán muy útiles los datos suministrados por el Instituto Nacional de Estadística.

Creemos, además, que no hay inconveniente en establecer en los Capítulos un criterio o cláusula de actualización referidos al importe o valor de los bienes o derechos, de uno y otro grupos.

IX. PATRIMONIO FINAL

Artículo 1.422: el patrimonio final de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas.

Artículo 1.423: se incluirá en el patrimonio final el valor de los bienes de que uno de los cónyuges hubiese dispuesto a título gratuito sin el consentimiento de su consorte, salvo si se tratase de liberalidades de uso.

Artículo 1.424: la misma regla se aplicará respecto de los actos realizados por uno de los cónyuges en fraude de los derechos del otro.

Artículo 1.425: los bienes constitutivos del patrimonio final se estimarán según el estado y valor que tuvieren en el momento de la terminación del régimen y los enajenados gratuita o fraudulentamente, conforme al estado que tenían el día de la enajenación y por el valor que hubieran tenido si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación.

A) Activo

Su composición la trata el artículo 1.422, ordenando que se recojan en él todos y cada uno de los bienes y derechos del cónyuge en cuestión que existan al concluir el régimen, figuren o no en el patrimonio inicial, aunque, en realidad, lo que tiene verdadera trascendencia en uno y otro, como reiteradamente hemos resaltado, es su valor; lo que ocurre es que para llegar a éste ha de procederse a la formalización del oportuno inventario.

Por imperativo de los artículos 1.423 y 1.424, no son, sin embargo, esos bienes y derechos los únicos que han de computarse, sino también los siguientes:

- El valor de aquéllos de que se hubiere dispuesto a título gratuito sin consentimiento del otro cónyuge, salvo las liberalidades de uso.

— Y el de los enajenados a título oneroso en fraude del derecho del consorte.

Ni en el artículo 1.424 ni en el 1.433 se habla de actos a título oneroso, sino sólo de actos fraudulentos, sin ningún otro adjetivo, y, sin embargo, que han de ser de aquel tipo se deduce de una interpretación sistemática, cuando no de la aplicación de la teoría de los actos propios, porque, en otro caso, la referencia aparte a los actos gratuitos consentidos sobraba, desde el momento en que no habría consentimiento si mediaba violencia, error, dolo, etc. El consentimiento, si existe, equivale a una codisposición o, si se prefiere, a una renuncia a su derecho expectante realizada por el cónyuge del donante.

La ulterior revocación de la donación enervará los efectos, igualmente, de ese consentimiento.

Pero si los bienes donados, no mediando ese consentimiento, o los enajenados fraudulentamente, se recuperasen, pese a ello, conservará todo su valor y eficacia lo que dispone el artículo 1.425, previa deducción del valor de lo recuperado.

B) PASIVO

De una manera un tanto lacónica se refiere a él también el artículo 1.422 cuando obliga a deducir del activo las obligaciones todavía no satisfechas.

Esta última expresión no nos parece completa, por las siguientes razones:

1.ª Que de la misma manera que el artículo 1.419 sólo permite deducir las cargas y obligaciones derivadas de la herencia, legado o donación en cuanto no excedan del valor de los bienes heredados, legados o donados, el artículo 1.422 debiera haber ordenado su deducción del patrimonio final en la misma medida.

Veamos un ejemplo que quizá sea más gráfico que las palabras que podamos emplear:

Primera interpretación: las deudas aludidas se deducen íntegramente en el patrimonio final.

Un cónyuge, al iniciarse el régimen, posee un piso valorado en 9.000.000; después hereda bienes por valor de 2.000.000, con cargas que se elevan a 5.000.000; al extinguirse el régimen ha ganado con su trabajo personal 7.000.000, subsistiendo la deuda de 5.000.000.

La liquidación a realizar seguiría el siguiente curso:

Patrimonio inicial: 9.000.000 (piso) más 2.000.000 (herencia) menos 2.000.000 (cargas) igual a 9.000.000.

Patrimonio final: 9.000.000 (piso) más 2.000.000 (herencia) menos 5.000.000 (cargas) más 7.000.000 (aumento) igual a 13.000.000.

Diferencia o haber partible igual a 4.000.000. Cada cónyuge, por tanto, percibiría 2.000.000.

Hemos partido de la base de que no hay necesidad de actualizar valores y de que el otro cónyuge carece de patrimonio, para simplificar el ejemplo.

Segunda interpretación: las deudas aludidas sólo se deducen en el patrimonio final en cuanto no excedan del valor de los bienes donados, legados o heredados.

Sobre la base de los mismos datos el resultado sería el siguiente:

Patrimonio inicial: el mismo, o sea 9.000.000.

Patrimonio final: 9.000.000 (piso) más 2.000.000 (herencia) menos 2.000.000 (sus cargas) más 7.000.000 (aumento) igual a 16.000.000.

Diferencia o haber partible: 16.000.000 menos 9.000.000 igual a 7.000.000, es decir, cada cónyuge: 3.500.000.

Sin duda esto es lo que ha querido la Ley, porque lo contrario implicaría reducir las ganancias del otro cónyuge, sin razón alguna para ello.

2.^a Que, paralelamente, a lo que permite y dispone el artículo 1.423 debió admitirse que el cónyuge perjudicado consienta que el otro acepte esa herencia, legado o donación con esas cargas u obligaciones, incluso en cuanto excedan del valor de los bienes, en cuyo caso se deducirían del patrimonio inicial sólo en cuanto no excedan de este valor e íntegramente del final, con el fin de que no constituyeran ganancias, por virtud de aquel consentimiento.

De acuerdo con el mismo ejemplo anterior, tendríamos:

Patrimonio inicial: como los anteriores, 9.000.000.

Patrimonio final: como el de la primera interpretación: 13.000.000.

Diferencia o haber partible: 4.000.000, es decir, cada cónyuge, 2.000.000.

No hacerlo así supondría reducir el patrimonio inicial a 6.000.000, con el consiguiente aumento del haber partible a 7.000.000, o sea, cada cónyuge, 3.500.000, lo cual sería de todo punto absurdo porque anularía las consecuencias de ese consentimiento.

C) FIJACIÓN DEL PATRIMONIO FINAL

Por consiguiente, éste queda constituido por la diferencia entre activo y pasivo, calculados del modo que acabamos de ver; lo que no requiere más comentarios.

D) VALORACIÓN DE SUS ELEMENTOS

Las deudas y cargas han de computarse por su importe, es decir, principal e intereses devengados, en su caso, en el momento de la extinción del régimen, en cuanto no estuvieran uno y otros satisfechos.

Por lo que respecta a los bienes y derechos que componen el activo, hay que distinguir, con el artículo 1.425, dos grupos:

- Los que existan en el momento de la extinción del régimen, que han de estimarse por el estado en que se encuentren y por su valor en aquel momento.
- Los adicionados de acuerdo con los artículos 1.423 y 1.424, para cuya estimación ha de atenderse al estado que tenían al enajenarse y por el valor que tendrían al producirse aquella extinción del régimen, si se hubieran conservado.

La fórmula utilizada por el artículo 1.425 no es, a nuestro juicio, muy afortunada.

Como es la misma para los actos a título gratuito (hay que entender que sólo los verificados sin consentimiento del otro cónyuge: primera imprecisión) que para los fraudulentos (de carácter oneroso: segunda imprecisión) vamos a poner varios ejemplos para ver de desentrañar esas dos expresiones: estado que tenían los bienes el día de la enajenación y valor que hubieran tenido si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación.

1.º Donación de 1.000.000, en dinero: en cuanto al «estado», no hay problemas, pero sí en cuanto al «valor», pues, si se hubiesen «conservado», la cantidad sería la misma: 1.000.000, lo cual no tiene sentido, por lo que creemos que ha de resolverse acudiendo al sistema de actualización de su poder adquisitivo, al modo como lo hace para las deudas el párrafo 2.º del artículo 1.421. De otro modo se produciría, sin razón alguna, un grave desequilibrio con respecto al ejemplo siguiente, cuyos resultados deben ser idénticos.

2.º Donación de un coche valorado en 1.000.000 al tiempo de aquélla: por «estado» ha de entenderse un coche de iguales marca, antigüedad y características y por «valor» el que corresponda a ese «estado» en el momento de la extinción del régimen.

De lo dicho se deduce que no han de tomarse en cuenta las alteraciones que el tiempo o las circunstancias produzcan en los bienes, de modo que ni las plusvalías, ni las mejoras, ni los deterioros, ni los menoscabos han de sumarse o restarse del valor, cualquiera que sea su origen, voluntario o involuntario. Es como si se hubiese dispuesto de

ellos a título oneroso y sin fraude y su valor, actualizado en la forma indicada, hubiera ingresado en su patrimonio en sustitución de ellos.

X. CREDITOS ENTRE CONYUGES

Artículo 1.426: los créditos que uno de los cónyuges tenga frente a otro, por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquél, se computarán también en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirán del patrimonio del cónyuge deudor.

Establece el artículo 1.426 una previsión referida sólo al patrimonio final que, por innecesaria, puede hacer pensar que no rige respecto del inicial; y, sin embargo ni es ni puede ser así: los créditos que antes de la entrada en vigor del régimen tuviere uno contra el otro, han de computarse en el patrimonio inicial del acreedor y deducirse del también inicial del deudor, por aplicación, respectivamente, de los artículos 1.418 y 1.419.

La parte aún no satisfecha de esos créditos al extinguirse el régimen se ha de deducir, asimismo, del patrimonio final del deudor e incluirse en el activo del patrimonio final del cónyuge acreedor, de acuerdo con el artículo 1.422 y el propio 1.426.

Los créditos surgidos durante la vigencia del régimen que subsistan en todo o en parte al extinguirse, han de computarse, en cuanto a la cantidad pendiente, en el activo del patrimonio final del cónyuge acreedor y deducirse paralelamente del patrimonio final del cónyuge deudor.

Así lo dispone dicho artículo 1.426.

Y, en todos los casos, procede ello, cualquiera que sea el título que los haya originado, como precisa el último de los artículos citados.

XI. EL HABER PARTIBLE Y EL DERECHO DE PARTICIPACION

Artículo 1.427: cuando la diferencia entre los patrimonios final e inicial de uno y otro cónyuge arroje resultado positivo, el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge.

Artículo 1.428: cuando únicamente uno de los patrimonios arroje resultado positivo, el derecho de la participación consistirá, para el cónyuge no titular de dicho patrimonio, en la mitad de aquel incremento.

Artículo 1.429: al constituirse el régimen podrá pactarse una participación distinta de la que establecen los dos artículos anteriores, pero

deberá regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges.

Artículo 1.430: no podrá convenirse una participación que no sea por mitad si existen descendientes no comunes.

Fijado en dinero, previo inventario, el valor del patrimonio final y el del inicial, éste se deduce de aquél y la diferencia positiva, si la hay, integra las ganancias del cónyuge de que se trate: Si ambos arrojan igual valor o la diferencia es negativa, no hay ganancias para ese cónyuge.

Calculadas de la misma manera las ganancias del otro, la diferencia entre unas y otras constituye el haber partible.

Si uno de ellos no las hubiese obtenido, por no ser aquel saldo positivo, el haber partible lo constituirán todas las del otro.

Esta es la doctrina recogida implícita y explícitamente por los artículos 1.427 y 1.428.

En cuanto al derecho de participación, se consagran por los artículos 1.427, 1.428 y 1.429, una regla general y una excepción.

A) REGLA GENERAL

El derecho de participación, normalmente, consiste en la mitad del haber partible determinado como acabamos de ver, y, por tanto, en los siguientes casos:

- El del artículo 1.395, es decir, cuando el cónyuge inocente, casado bajo el régimen legal de gananciales, opte por las normas liquidatorias del de participación.
- Cuando por pacto así se establezca en Capitulaciones.
- Y cuando en éstas nada se diga al respecto.

B) EXCEPCIÓN

La establece el artículo 1.429 que permite que en las Capitulaciones se pacte una participación distinta, es decir, no consistente en el 50 por 100, mediante la concurrencia de los requisitos siguientes:

- Que no existan, al constituirse el régimen, descendientes no comunes, según exige el artículo 1.430, lo que seguramente obedece a la intención de evitar perjuicios a éstos.
- Que rija por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges: es decir, no

puede pactarse para un cónyuge un tanto por ciento y otro para su consorte; pero sí puede pactarse, por ejemplo, un 40 por 100 para el cónyuge, cualquiera que éste resulte ser, que experimente menor incremento en su patrimonio, perteneciendo la diferencia al otro.

- Que esa participación realmente exista: así no se puede pactar que el cónyuge cuyo patrimonio experimente mayor incremento perciba el 100 por 100 de sus ganancias, porque ello supondría la existencia, no de un régimen de participación, sino del de separación (art. 1.437).

Ahora bien, ¿puede establecerse en Capitulaciones ese 100 por 100 de participación en ganancias para algún supuesto excepcional, por ejemplo, en favor de uno de los cónyuges cuando el otro diere lugar al divorcio, a la separación, incurriere en abandono de familia o en causa de desheredación o indignidad, etc.?

En principio, no dudamos de la licitud de ese pacto. La propia Ley concede esa participación al cien por cien, bien que referida al propio patrimonio, a las propias ganancias, en el caso de opción contemplado por el artículo 1.395, en el que, recordamos, el cónyuge culpable pierde el derecho a participar en las ganancias obtenidas por el inocente.

Pero, por analogía, creemos que no se pueden superar los límites que en dicho artículo 1.395 se recogen, es decir, que puede pactarse, para aquellos supuestos excepcionales, que el inocente conserve íntegras sus ganancias, sin dar entrada en ellas al culpable ni por vía directa ni por vía indirecta, o sea, liquidando el régimen como si el inocente careciera de ganancias, pero sin que, a su vez, pueda participar en las ganancias del culpable, que constituirían todo el haber partible, sino en cuanto a su mitad. Todo ello, de acuerdo con cuanto dijimos al comentar aquel precepto.

XII. MODOS DE HACER EFECTIVO EL DERECHO DE PARTICIPACION

Artículo 1.431: el crédito de participación deberá ser satisfecho en dinero. Si mediaren dificultades graves para el pago inmediato, el Juez podrá conceder aplazamiento, siempre que no exceda de tres años y que la deuda y sus intereses legales queden suficientemente garantizados.

Artículo 1.432: el crédito de participación podrá pagarse mediante la adjudicación de bienes concretos, por acuerdo de los interesados o si lo concediese el Juez a petición fundada del deudor.

A) REGLA GENERAL

Ha de ser satisfecho el crédito resultante en dinero y de modo inmediato: artículo 1.431; a salvo, aunque no lo diga este precepto, que los interesados acuerden otra cosa.

B) EXCEPCIONES

Son dos: una de ellas afecta a la forma de pago (dinero) y la otra al tiempo del pago (inmediatamente), recogidas, respectivamente, en los artículos 1.432 y 1.431.

El primero de ellos permite la adjudicación de bienes concretos para el pago en dos casos:

- Acuerdo entre los interesados.
- Acuerdo del Juez a petición fundada del deudor.

La razón de que, a falta de acuerdo, sólo se conceda al deudor la facultad de pedirlo fundadamente al Juez, radica en que sólo este cónyuge, sin beneficio para el otro, sufriría el perjuicio que pudiera derivársele de una venta apresurada de bienes para hacer efectivo el derecho de participación de forma inmediata.

El segundo de ellos permite el aplazamiento del pago, si los cónyuges, naturalmente, no se ponen de acuerdo en ese sentido, siempre que concurren estos requisitos:

- 1.º Que mediaren dificultades graves para el pago inmediato, libremente apreciadas por el Juez.
- 2.º Señalamiento del plazo por el Juez.
- 3.º Que éste no exceda de tres años.
- 4.º Y que la deuda y sus intereses legales queden suficientemente garantizados a juicio del propio Juez.

Al no decirse nada en contrario, a diferencia de lo que hace el artículo 1.432, hay que entender que la facultad de solicitarlo corresponde a ambos cónyuges, acreedor y deudor.

Por otro lado, el Juez habrá de atender a las circunstancias de cada cónyuge para la determinación concreta del plazo a conceder y demás particularidades del pago.

XIII. INEXISTENCIA O INSUFICIENCIA DE BIENES EN EL PATRIMONIO DEUDOR

Artículo 1.433: si no hubiese bienes en el patrimonio deudor para hacer efectivo el derecho de participación en ganancias, el cónyuge acreedor podrá impugnar las enajenaciones que hubieren sido hechas a título gratuito sin su consentimiento y aquéllas que hubieren sido realizadas en fraude de sus derechos.

Artículo 1.434: las acciones de impugnación a que se refiere el artículo anterior caducarán a los dos años de extinguido el régimen de participación y no se darán contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe.

Ya sabemos que los artículos 1.423 y 1.424 ordenan que en el patrimonio final (y, por supuesto en el inicial, en su caso: artículo 1.418-2.º) ha de incluirse el valor de los bienes enajenados por los cónyuges dándose las circunstancias que expresan.

Tal incorporación, por consiguiente, se extiende al valor de todos los bienes y derechos que habrían sido incluidos en el patrimonio final si no hubieran mediado tales actos.

Se trata de una norma dirigida a evitar que, mediante ellos, se disminuyan las ganancias de un cónyuge en perjuicio del otro, por lo que repercutirían, si no fuera así, en el haber partible.

Complementaria de esta previsión es la posibilidad de impugnación de los mismos actos que se concede al otro cónyuge por el artículo 1.433, que, con el 1.434, señala los perfiles del derecho en cuestión, exigiendo:

- Que no haya bienes en el patrimonio del deudor para hacer efectivo el derecho del otro, debiéndose entender que basta que no sean suficientes los existentes.
- Que la acción se ejercite dentro de los dos años siguientes a la extinción del régimen, momento que viene fijado por los artículos 1.392, 1.416 y 1.394.

Se trata de un supuesto de caducidad, no de prescripción, que, como tal, no admite interrupción y se produce por el mero transcurso del plazo sin que se hubiere ejercitado la acción.

Y, por otro lado, sus efectos no alcanzan a los adquirentes a título oneroso y de buena fe.

Esto obliga, para evitar que surjan, a raíz de su ejercicio, esos terceros, a anotar la demanda en el correspondiente Registro, en su caso.

XIV. CONCLUSIONES

1.^a La reforma del Código Civil debe hacerse de una manera global, y no a trozos, que, a veces, no guardan la debida correspondencia.

2.^a La que parcialmente hemos estudiado tiene defectuosa redacción y presenta lagunas e imperfecciones, al lado de preceptos innecesarios que más parecen haber sido incluidos para «rellenar» y evitar el deprimente «suprimido», que para resolver dudas o completar una adecuada regulación.

3.^a Pese a todo hay que augurar un buen porvenir al régimen de participación por las ventajas que presenta frente a los otros dos regulados por el Código, soslayando los inconvenientes que para el tráfico jurídico significa el de gananciales y evitando que los cónyuges hayan de acudir al de separación para ello, cuando, realmente, no sea en sí mismo querido.

4.^a Las Capitulaciones deben ser lo suficientemente explícitas y claras para resolver todas las dudas que puedan plantearse y a cuya disipación hemos intentado contribuir con este modesto trabajo.

JOAQUÍN LANZAS GALVACHE
Registrador de la Propiedad

Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980

SUMARIO: I. *El marco legal del «Leasing» inmobiliario.*—II. *El contrato de «Leasing» inmobiliario:* 1. Aproximación a su naturaleza jurídica.—2. Arrendamiento financiero de inmuebles y la Ley de Arrendamientos Urbanos.—3. El arrendamiento financiero de inmuebles rústicos y la legislación de Arrendamientos Rústicos.—4. Particularidades del contrato de arrendamiento financiero de inmuebles por razón de su objeto: 4.1. Determinación de la naturaleza de los inmuebles.—4.2. Los problemas del inmueble en proyecto o en construcción: A) Contrato de arrendamiento financiero referido al conjunto del inmueble en proyecto o en construcción, esto es, al suelo y edificación. B) Concesión de un derecho de superficie a la Sociedad de *Leasing* para que construya sobre un solar propiedad del futuro arrendatario, y posibilidad de que lo edificado (propiedad superficiaria) sea cedido en régimen de arrendamiento financiero al titular del suelo. C) Financiación parcial del inmueble concretada al solar. Edificación por cuenta del arrendatario financiero en base a un derecho de superficie concedido por la Sociedad de *Leasing*.—4.3. El arrendamiento financiero de inmuebles rústicos. Particular referencia al derecho real de vuelo—III. *Estudio de las condiciones generales:* 1. Introducción.—2. Examen de algunas de las condiciones generales de los contratos de *Leasing* inmobiliario: A) La entrega de la finca en la fecha convenida: Cláusula por la que la Sociedad de *Leasing* se exonera de responsabilidad si no se encuentra el inmueble a disposición del arrendatario financiero en la fecha convenida: 1.º La Sociedad de *Leasing* es propietaria de un inmueble terminado y apto para servir, inmediatamente, a los fines previstos en el contrato de arrendamiento financiero. 2.º La Sociedad de *Leasing* no es propietario del inmueble. 3.º Supuesto del inmueble en proyecto o en construcción. B) Cláusula por la que la Sociedad de *Leasing* queda exenta de responsabilidad en los casos de evicción y vicios del inmueble cedido en arrendamiento financiero. Subrogación a favor del arrendatario de los derechos y acciones que pudieran corresponderle en estos supuestos. C) Cláusula por la que la Sociedad de *Leasing* no responde si el inmueble se deteriora o destruye total o parcialmente por caso fortuito o fuerza mayor. D) Cláusula en virtud de la cual la falta de pago de alguna de las mensualidades dará lugar a la resolución del contrato de *Leasing* inmobiliario y al pago inmediato de una parte importante o de la totalidad de las mensualidades no vencidas E) Cláusula por la que el arrendatario financiero no podrá ceder, subarrendar o traspasar el in-

mueble objeto del contrato. F) Cláusula por la que llegado el término del período contractual de utilización del inmueble sin que el arrendatario financiero lo hubiera adquirido en virtud de la opción de compra, ni restituido a la Sociedad de *Leasing*, el contrato se considerará prorrogado en sus mismas condiciones, precios y plazos.—IV. *La inscripción del contrato de arrendamiento financiero en el Registro de la Propiedad*: 1. Planteamiento general.—2. El título inscribible.—3. Forma y contenido de las inscripciones.—4. Efectos de la inscripción del contrato de arrendamiento financiero de inmuebles en el Registro de la Propiedad.—5. Problemática documental y registral relativa a la opción de compra.—V. *Conclusiones*.

PRIMERA PARTE

1. EL MARCO LEGAL DEL *LEASING* INMOBILIARIO

Es el *Leasing*, una de las técnicas financieras modernas, que pretende dar respuesta adecuada a las crecientes demandas de capital en la industria y en el comercio.

Si una de las características del Derecho, es la de recoger de la realidad social los hechos y actos dignos de reconocimiento y protección, proporcionándoles su tutela jurídica, bien puede afirmarse que, en el caso del *Leasing* inmobiliario, y por lo que a España se refiere, el ropaje jurídico ha sido casi simultáneo en su nacimiento al del fenómeno económico subyacente, y en cuanto a alguna de sus posibles manifestaciones (arrendamiento financiero de inmuebles para dedicarlos a fines agrarios, por ejemplo), incluso anterior a éste.

Para concretar el marco legal del denominado *Leasing* inmobiliario, hay que partir del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 que contiene, al mismo tiempo que un conjunto de medidas de carácter fiscal, financiero, y dirigidas a fomentar la inversión pública, las bases fundamentales que configuran ya la institución jurídica objeto de nuestro estudio.

En efecto, conforme al artículo 19, *son operaciones de arrendamiento financiero aquéllas que, independientemente de su denominación, consisten en el arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos... Las mencionadas operaciones deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento.*

En el artículo 20, se señala que: *Los bienes objeto de arrendamiento financiero, han de quedar afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales.*

Par su parte, el artículo 22 determina los requisitos que han de reunir las *Entidades* que, con carácter de habitualidad, tengan por objeto la realización de operaciones de arrendamiento financiero (forma, capital, ob-

jeto social e inscripción en un registro especial del Ministerio de Hacienda).

De manera sencilla y en cierto modo embrionaria, se perfila la figura del arrendamiento financiero desde una triple perspectiva: Entidades que pueden realizarlo; carácter y contenido de la relación jurídica fundamental surgida entre aquéllas y los usuarios; y destino al que, necesariamente, han de quedar afectados los bienes objeto de las operaciones de arrendamiento financiero.

El Real Decreto-ley de referencia, contenía en el apartado dos del artículo 20 las previsiones jurídicas para que el Gobierno, atendiendo a la coyuntura económica, pudiera extender el ámbito de aplicación del mismo, a bienes diferentes de los indicados anteriormente, o afectos a fines distintos de los enunciados en el apartado uno del citado artículo 20.

Teniendo en cuenta la grave crisis por la que atraviesa el sector de la construcción, el Gobierno hace uso de esa autorización y se aprueba el Real Decreto de 31 de julio de 1980, en cuyo artículo 1.º se establece lo siguiente: *Las Sociedades inscritas en el Registro Especial de Empresas de Arrendamiento Financiero... podrán extender su actividad a la realización de operaciones de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles los cuales sean objeto de tráfico empresarial habitual. Tales bienes deberán quedar afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales, durante toda la vigencia del contrato. En ningún caso podrán realizarse contratos de arrendamiento financiero sobre inmuebles destinados a vivienda o que no sean necesarios para el ejercicio de los fines señalados anteriormente.*

El artículo 2.º, reproduciendo el último inciso del artículo 19 del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, señala que: *Las operaciones de arrendamiento financiero de inmuebles, contendrán necesariamente una opción de compra a favor del arrendatario al término del arrendamiento.*

Por su parte, el artículo 3.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, determina que: *Con independencia del régimen jurídico sustantivo que les sea aplicable en cada caso, las operaciones de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles... habrán de ajustarse necesariamente a los requisitos exigidos por el Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 y demás normas legales y reglamentarias que regulan esta materia.*

El examen del precepto que antecede, suscita al menos las cuestiones siguientes: 1.ª Qué debe entenderse por *régimen jurídico sustantivo*. 2.ª Cuál sería éste en cada caso, teniendo en cuenta las diferentes operaciones de arrendamiento financiero. 3.ª La compatibilidad, o incompatibilidad de ese régimen jurídico sustantivo, con las normas legales y reglamentarias que regulan la materia objeto de este estudio.

Sin adentrarnos en el terreno de la especulación jurídica, parece que por *régimen jurídico sustantivo* debe entenderse el conjunto de normas de derecho público o privado y de carácter imperativo o dispositivo que contengan las previsiones necesarias para construir sobre ellas directamente, o por analogía, el régimen jurídico regulador de las relaciones contractuales en que el *Leasing* inmobiliario consiste. Es decir, el cuerpo de normas que puedan incidir en los *sujetos* de una relación jurídica; el *objeto* de la misma, su *forma*, y mecanismos de *protección* legal de aquélla.

Pues bien, de ese conjunto de disposiciones, limitaremos nuestro estudio a las que tengan carácter civil, mercantil o formen parte del denominado derecho hipotecario.

Determinada la naturaleza jurídica del arrendamiento financiero de bienes inmuebles, las disposiciones relativas a la *forma* del contrato y su *protección jurídica o legal*, particularmente frente a terceros, serán comunes a cualquiera de las operaciones del tipo referido, mientras que los diferentes *finés* a que puedan quedar afectados los inmuebles, así como los *sujetos* de la relación contractual y su específica identidad, dará lugar a un régimen jurídico presumiblemente diferenciado (por ejemplo: Arrendamiento financiero de inmuebles para destinarlos a fines agrarios) por razón de esos aspectos.

Por último, y pese al planteamiento simplista del legislador que remite al *régimen jurídico sustantivo aplicable*, independientemente de la sujeción de las operaciones de *Leasing* inmobiliario a las disposiciones contenidas en los dos Reales Decretos examinados y demás normas legales y reglamentarias que regulan esta materia, es evidente que, entre aquél y éstas puede haber fricciones que será preciso resolver otorgando preferencia reguladora a un conjunto normativo o a otro.

II. EL CONTRATO DE *LEASING* INMOBILIARIO

I. APROXIMACIÓN A SU NATURALEZA JURÍDICA

De una manera puramente descriptiva, el *Leasing* inmobiliario puede definirse como un medio de financiación, formalizado en un contrato especial entre dos partes, una de las cuales, cede a otra el uso de un inmueble a cambio de una retribución periódica, durante un plazo al finalizar el cual, el cesionario del inmueble puede, en virtud de una cláusula de opción de compra convenida en el contrato, adquirir dicho inmueble por un valor residual prefijado; realizar un nuevo contrato; o

poner fin al uso del inmueble, mediante reintegración de las facultades de utilización del mismo, al cedente.

La denominada operación de *Leasing* inmobiliario, cuyo proceso culmina en la suscripción de un contrato de arrendamiento financiero sobre un inmueble específico, se desarrolla, sin embargo, en un marco mucho más amplio que éste y cuyo contenido, tanto no negocial como estrictamente negocial, es indispensable exponer.

En efecto, en las operaciones de arrendamiento financiero de inmuebles pueden distinguirse hasta cuatro fases: *Primera*: El futuro usuario del inmueble, desarrolla una serie de actividades dentro de su ámbito normal de actuación. Pertenecen a su más pura esfera interna (estudios sobre la posible utilización futura de un inmueble para cumplir sus fines profesionales, industriales, comerciales, etc.; sus características y condiciones; decisiones y acuerdos al respecto; iniciación de gestiones tendientes a conocer el mercado y seleccionar un inmueble, directamente, o a través de agentes de la propiedad inmobiliaria, etc.).

Segunda: El futuro usuario proyecta sus decisiones al exterior, iniciando una serie de contactos con el titular del inmueble previamente seleccionado. Se procede por éste a elaborar un proyecto para financiar su adquisición de manera que las condiciones de la operación inmobiliaria, puedan ser conocidas, al menos básicamente, por el presunto usuario.

Tercera: Se inicia en los primeros contactos con la Sociedad de *Leasing*. Por parte de ésta, comprende la realización de los estudios técnicos, jurídicos y financieros precisos en relación con el titular del inmueble, éste mismo, y el futuro usuario, con objeto de asegurar el buen fin de la operación y su viabilidad en términos económicos y financieros.

En esta fase, deberá precisarse el coste total de la operación inmobiliaria para la Sociedad de *Leasing*, y ésta, suministrará al proyectado cesionario del inmueble una información minuciosa de las condiciones del contrato.

Cuarta: Se encuadra en ella, la aceptación por ambas partes de las condiciones del contrato de *Leasing* inmobiliario, así como el desenvolvimiento de una actividad negocial múltiple dirigida, primero, a la adquisición del inmueble por la Sociedad de *Leasing*, si no fuera ya titular del mismo; a su cesión, posteriormente, en régimen de arrendamiento financiero; y por último, y en su caso, a la adquisición definitiva de aquél por el usuario, mediante el ejercicio de la opción de compra que le ha sido conferida en el contrato.

Con esta primera aproximación descriptiva a la figura del *Leasing* inmobiliario, no queremos ni prejuzgar su estructura, ni mucho menos su contenido jurídico, sino tan sólo intentar distinguir las etapas funda-

mentales de un proceso del que resultan actividades de clara naturaleza contractual, y otras de carácter no negocial, bien por desarrollarse en el ámbito interno del usuario, o bien porque, aun proyectándose al exterior, son *res inter alios acta* en relación con la Sociedad de *Leasing*.

En conclusión y en lo sucesivo, ceñiremos nuestro estudio a la problemática jurídica descrita en la fase *cuarta*, verdadero punto de arranque de las relaciones contractuales a que la figura examinada da lugar. En la misma, y aunque conectados, distinguiremos la operación destinada a la adquisición del inmueble para su cesión posterior en régimen de arrendamiento financiero, del contrato de arrendamiento financiero propiamente dicho, y dentro de éste y como formando parte de sus condiciones esenciales, la atribución de la opción de compra al usuario del inmueble, y el posible ejercicio por éste de la referida facultad.

La mayor parte de los autores, tanto españoles como extranjeros, señalan que, en el proceso brevemente apuntado, existen tres figuras jurídicas implicadas: Un contrato de *mandato* entre la Sociedad de *Leasing* y el futuro arrendatario; un contrato de *compraventa*; y un contrato de *arrendamiento* que incluye una *opción de compra* del inmueble, ejercitable en un determinado momento.

La figura del mandato, en definitiva, pretende explicar el porqué un inmueble previamente escogido por el futuro usuario del mismo es, sin embargo, adquirido por la Sociedad de *Leasing*. Los autores que defienden la existencia de un mandato, se pueden, a su vez, dividir en dos grupos: Los que consideran que el *mandante* es la Sociedad de *Leasing*, ocupando el arrendatario la posición de *mandatario*, y los que entienden, a la inversa, que el *mandante* es el futuro usuario, y el *mandatario* la Sociedad de *Leasing*. En todos ellos, hay un factor de preocupación común: Justificar en el plano jurídico, además de la elección del inmueble por el presunto arrendatario, las cláusulas por las que éste responde si la entrega no se hace en la fecha convenida; o el inmueble presenta vicios que disminuyen su valor o le hacen inservible para lograr el fin deseado; o es objeto de perturbaciones de derecho y en general, cuantas impliquen una derogación del régimen normal de obligaciones que corresponden al arrendador.

COILLOT (1), que critica de manera contundente la teoría del mandato, señala que la posición del titular del inmueble ajeno a la Sociedad de *Leasing*, frente al futuro usuario, es la típica derivada de una *promesa unilateral de venta* en la que se incluye una estipulación (en este caso a favor de la Sociedad de *Leasing* designada por aquél) para que la realización de dicha promesa pueda efectuarse precisamente por la persona

(1) JACQUES COILLOT: *El Leasing*. Servicio de estudios de Central de Inversión y Crédito, S. A. Editorial Mapfre, S. A.

que determine el susodicho beneficiario del *Leasing*. Esta promesa unilateral, debería contener, para ser válida, una clara especificación del inmueble y de su precio. Cualquiera que sea la Sociedad de *Leasing* que adquiera el inmueble para cederlo en uso, quedaría obligada para con el titular del mismo, en los términos que resulten de la referida promesa unilateral. Sin embargo, para que exista una verdadera promesa unilateral de venta, es preciso un expreso y específico acuerdo de voluntades en tal sentido, lo que no ocurrirá en la práctica entre el titular del inmueble y el futuro usuario, desde el momento en que aquél, se limitará a proporcionar a éste las características del inmueble y un proyecto de financiación de su adquisición además de los datos de tipo técnico, económico y jurídico suficientes para permitir adoptar una decisión futura.

Ambas teorías reseñadas, han sido criticadas en España por CUESTA y por MARTÍN OVIEDO entre otros. Asimismo, DE LA VIÑA MAGDALENO (2), señala que las posiciones expuestas responden a la intencionalidad de sus defensores de vincular *ab initio* de algún modo a las tres partes que intervienen en la operación: Titular del inmueble, Sociedad de *Leasing* y arrendatario, provocando construcciones artificiosas que a ninguna parte conducen.

Por su parte, VIDAL BLANCO (3) entiende que en el contrato de *Leasing* existe, tácitamente, un *contrato de mandato mercantil*, es decir, lo que el Código de Comercio denomina *Comisión Mercantil*. Considera que en el período de tiempo que media desde la firma del contrato de *Leasing* hasta el momento en que se inicia la vigencia del arrendamiento, las relaciones jurídicas, y por lo tanto los derechos y obligaciones entre el futuro arrendatario y la Sociedad de *Leasing*, son los que corresponden al Comitente y al Comisionista respectivamente en un Contrato de Comisión. Estas relaciones están vigentes, sigue diciendo el autor citado, hasta que se inicia el arrendamiento, en el que automáticamente se interrumpe y finaliza el mandato mercantil. Destaca VIDAL las características siguientes de la actuación de la Sociedad de *Leasing*. Es intermediaria; su función es esencialmente financiera; adelanta fondos por cuenta del Comitente, y subraya a favor del arrendatario las garantías que se deriven de la relación contractual con el titular del bien.

(2) JOSÉ LUIS DE LA VIÑA MAGDALENO: «El *Leasing* financiero como objeto de inscripción en el Registro jurídico de bienes». Comunicación presentada al III Congreso Internacional de Derecho Registral (1977). Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, pág. 18

(3) CARLOS VIDAL BLANCO: *El Leasing*. Ministerio de Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales. Instituto de Planificación Contable (tesis doctoral presentada en 1976. Universidad Complutense. Madrid), págs. 136 y ss.

Pues bien, como apunta MARTÍN OVIEDO (4) con la Teoría del Mandato (sea o no mercantil), se está forzando claramente la institución del mandato. CUESTA RUTE (5) llega aún más lejos, al afirmar que toda investigación en torno a la naturaleza jurídica de las instituciones, no es admisible cuando tenga por finalidad reconducir la institución objeto de estudio, a esquemas conceptuales prefabricados para deducir, mediante un mecánico proceso de lógica formal, las reglas del Derecho aplicables, y esto es, precisamente, lo que ha ocurrido con el *Leasing*.

La peculiar posición que adopta la Sociedad de *Leasing* frente al usuario, y que prácticamente está vacía de todo otro contenido obligatorio que no sea pagar el precio del inmueble a su titular, fuerza a la doctrina, según el autor últimamente citado, a descender de la dogmática al campo de la sociología para después remontarse al mundo de los conceptos que permiten una aplicación mecanicista del Derecho. De esta manera, mientras la dogmática sirve para seccionar la operación de arrendamiento financiero, el carácter mismo de aquélla se invoca como raíz de la comunicación entre las relaciones contractuales que surgen, capaz de derogar el régimen común a que se somete la regulación del contrato de arrendamiento.

El examen de las diversas teorías desarrolladas para justificar la peculiar atención de la Sociedad de *Leasing* al adquirir el inmueble objeto, posteriormente, de arrendamiento financiero, nos lleva a manera de conclusiones provisionales a las siguientes:

1.^a La problemática derivada del arrendamiento financiero de inmuebles, presenta unas características de hecho y de derecho, que difiere notablemente de la que ofrece la de bienes muebles y hacia la que se ha volcado prácticamente hasta ahora el esfuerzo doctrinal. La novedad de la figura desde el punto de vista jurídico, unida en este caso a su incipiente proyección socio-económica, entendemos que obliga a fijar posiciones partiendo de bases nuevas y elaborando criterios que sirvan de orientación para la práctica futura, aún cuando ésta se aparte en algunos puntos de la manera de operar actual.

2.^a Bajo ningún concepto pueden intentar resolverse los problemas derivados del contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, ni justificarse o al menos explicarse, el contenido de las cláusulas habituales en este tipo de contratos, y en virtud de las cuales se trasladan una serie de obligaciones y responsabilidades al arrendatario, acudiendo a construc-

(4) JOSÉ M. MARTÍN OVIEDO: «Naturaleza y régimen jurídico de las operaciones de *Leasing*», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núms. 106-107, julio-octubre 1973, págs. 37 y 38.

(5) JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE: «Reflexiones en torno al *Leasing*», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 118, octubre-diciembre 1970, págs. 533 y ss.

ciones artificiosas y a la simple superposición o yuxtaposición de moldes jurídicos concebidos claramente para cumplir otros objetivos sociales o para dar cabida a diferentes situaciones jurídicas.

3.^a La actividad de la Sociedad de *Leasing* al adquirir, en su caso, el inmueble para cederlo en arrendamiento, no encaja en la del mandatario y menos aún en la del mandante. Aquella es la típica de quien actúa en nombre y por cuenta propia. Si se examina el negocio jurídico de adquisición del inmueble (cualquiera que sea la fórmula contractual elegida: compraventa, permuta, sociedad, etc.) en cuanto a su forma extrínseca, capacidad de los otorgantes y objeto del contrato, pueden establecerse con claridad los perfiles de las únicas partes implicadas y los efectos jurídicos de aquél: En efecto, por más que el futuro arrendatario pueda fijar el marco de las condiciones de adquisición del inmueble y sus características objetivas, es evidente que en la expresada adquisición no existe la *contemplatio domini* típica del mandato con poder de representación. El precio lo hace efectivo la Sociedad de *Leasing*, quien adquiere la titularidad del inmueble, y hacia la que se proyectan los resultados civiles, hipotecarios y fiscales de su actuación: Legitimación registral; posible asunción tácita de deuda si el inmueble está hipotecado y se pacta la retención o el descuento de parte del precio; traslado del pago del arbitrio municipal de plus-valía; liquidación y pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados, etc., por citar algunos efectos. Si nada hay que impida la adquisición de inmuebles por la Sociedad de *Leasing* aún antes de iniciarse contactos con sus posibles cesionarios, siendo en estos casos para el titular de aquéllos totalmente irrelevante su destino final, la existencia de una previa relación subyacente entre la Sociedad de *Leasing* y el futuro usuario al tiempo de la adquisición de una finca, en nada desvirtúa el carácter autónomo del vínculo contractual surgido entre aquella y un tercero propietario del inmueble. La cesión de derechos y acciones que efectúe la Sociedad de *Leasing* a favor del arrendatario y la asunción por éste, de responsabilidades derivadas de la cosa vendida, si resulta imposible de explicarlos en el mandato sin poder de representación, tampoco puedan justificarse con la teoría del mandato con poder cuando éste, que presupone la actuación en nombre y por cuenta ajena, queda constantemente contradicho por la práctica en que se desarrolla la operación de *Leasing*.

Ni el anticipo de cantidades por el mandante para la ejecución del mandato, ni el reembolso por aquél al mandatario de las que éste hubiese anticipado, a que se refiere el artículo 1.728 del Código Civil, tienen algo que ver con el funcionamiento real de los intereses en juego y el papel que desempeñan la Sociedad de *Leasing* al abonar el precio del inmueble, y el arrendatario al pagar la renta estipulada.

4.^a Tampoco existe en la adquisición del inmueble por parte de la Sociedad de *Leasing* un paralelismo claro con la gestión de negocios ajenos que caracteriza a la Comisión mercantil. Las mismas reservas apuntadas a la teoría del mandato pueden reproducirse en este caso.

En primer lugar, es difícil calificar de gestión de *negocio ajeno* la adquisición de un inmueble por la Sociedad de *Leasing* para cederlo posteriormente en arrendamiento financiero, pues sería tanto como marginar el papel de aquélla en la financiación de inmuebles debilitando los rasgos característicos de una operación que se inserta en el más puro ámbito de su objeto social.

En segundo lugar, ni al titular del inmueble le interesará conocer, ni la Sociedad de *Leasing* forzosamente pondrá de manifiesto en el momento de la adquisición y su formalización documental, el destino final del inmueble.

Al propietario del inmueble sólo le interesará saber quién adquiere; quién paga el importe de la operación, y cómo se hará efectivo éste, así como las garantías ofrecidas para el caso de pago aplazado. A la Sociedad de *Leasing*, por su parte, le interesará conocer quién es el titular del inmueble y la situación jurídica de éste, así como la manera de proteger su adquisición frente al transmitente y terceros.

Las características particulares de los inmuebles ponen de manifiesto, al examinarse los preceptos relativos a la comisión mercantil, lo difícil de trasladar a una realidad socioeconómica bien diferente, la normativa concebida francamente, para regular la adquisición de mercaderías. En efecto, la subrogación del comitente en la posición del comisionista a los efectos de ejercitar las acciones pertinentes contra el vendedor, propio de la comisión con poder de representación (art. 247 del Código de Comercio), no se compagina con la actuación de la Sociedad de *Leasing* contratando en nombre propio y empleando fondos propios.

El pago del precio correspondiente al inmueble adquirido, no se hace con fondos anticipados por la Sociedad de *Leasing* o previamente puestos a disposición de aquélla por el futuro arrendatario, como se prevé para la ejecución de la comisión por los artículos 250 y 251 del Código de Comercio. Es más, como veremos más adelante, entre las diversas fórmulas que puede utilizar la Sociedad de *Leasing* para financiar su adquisición, algunas, como la aportación de solar a cambio de pisos, locales o departamentos en general, o la constitución de Sociedad, evidencian a la par que una decidida capacidad de maniobra en el tráfico inmobiliario por parte de la Sociedad de *Leasing*, la imposibilidad de encuadrar el pago del precio en que se valora la adquisición del inmueble, en el estrecho marco de la provisión de fondos específica de la Comisión mercantil. Otros preceptos como el artículo 263 del Código de Comercio relativo

a la rendición de cuentas de las cantidades percibidas para la Comisión; el 267, relativo a la denominada *auto entrada* del comisionista, abundan en este mismo criterio. Así, en el supuesto de que el arrendatario no ejerce la opción de compra concedida en el contrato de arrendamiento financiero, la Sociedad de *Leasing* podrá llevar a cabo la venta del inmueble a un tercero sin que le sean aplicables las limitaciones derivadas de la Comisión mercantil al comisionista que pretende vender lo que compró por encargo del comitente.

Por último, tampoco se corresponde con la naturaleza de los bienes inmuebles objeto de arrendamiento financiero ni con la realidad de los intereses en juego, la posible aplicación del artificio de la *constituto posesorio* dirigida a beneficiar al comitente en caso de quiebra del comisionista y que presupone el destino final del bien, o más precisamente, su titularidad dominical en favor del comitente (art. 909, 4 del Código de Comercio).

5.^a A la vista de las consideraciones expuestas, vamos a intentar reconducir las diversas relaciones que se derivan de la operación de *Leasing* inmobiliario, al marco jurídico invocado por el ordenamiento para modelar esta nueva realidad social y económica: *El arrendamiento financiero*, como contrato origen de los diversos derechos y obligaciones, y como centro de imputación de acciones y responsabilidades. Estudiaremos su verdadera naturaleza jurídica; su fuerza motriz para sustentar y, al mismo tiempo, explicar las diferentes situaciones jurídicas; y puesto que la regulación vigente en modo alguno predetermina de forma absoluta su contenido negocial, examinaremos las estipulaciones que habitualmente forman parte del contrato, distinguiendo las que por estimarse válidas puedan ser objeto de reconocimiento jurídico y en su caso de protección registral, de aquéllas otras cuyo carácter ambiguo, ilícito por abusivas, o nulo ni puedan ni deban encontrar la expresada cobertura.

Es preciso tener en cuenta que, hasta la fecha, la mayor parte de la doctrina al estudiar la figura de *Leasing*, lo ha hecho centrandó su atención en el de *bienes muebles*, y que por lo que a España se refiere, muchas de las opiniones vertidas sobre el tema son anteriores al Real Decreto de 31 de julio de 1980. En este sentido hay que destacar las dos posiciones clásicas mantenidas en torno a la figura del *Leasing*: A) Implica la existencia de un contrato de compraventa con precio aplazado y reserva de dominio. B) Se trata de un arrendamiento.

Decía ZUMALACÁRREGUI (6), defensor de la primera de las posturas, que se produce de hecho la transmisión del dominio de la mayor parte

(6) MANUEL ZUMALACÁRREGUI: «La financiación de las ventas a plazos y su protección registral». Centro de Estudios Hipotecarios. Curso de conferencias, páginas 11 y ss.

de la utilidad de la cosa con facultad además, discrecional, de adquirir el objeto desvalorizado. Para el autor citado, el *Leasing* no deja de ser una venta a plazos, sin que la condición suspensiva discrecional de adquisición del valor residual desnaturalice su esencia, por lo que debe entrar en juego el artículo 2.º de la Ley de Ventas a Plazos de 1965.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de marzo de 1978, tuvo ocasión de manifestarse en esta cuestión, y al abordar por primera vez el problema de la naturaleza jurídica del contrato de *Leasing* financiero, afirma que las condiciones particulares de este tipo de contratos denuncian la existencia de unas compraventas de bienes muebles a plazo, sujetas a la Ley de 1965. Al comentar CABANILLAS el considerando 1.º de esta Sentencia (7) señala que la solución del Tribunal Supremo *parece aplicable con carácter general a ese tipo de contratos y no tan sólo al supuesto contemplado en la referida Resolución*. Sin embargo, en la Sentencia de 10 de abril de 1981, el Supremo matiza su postura cuando concluye que *si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el Leasing opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2 de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o Leasing como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica respectivamente perseguida por una y otra operación es distinta*.

DE LA VIÑA MAGDALENO (8) entiende que el artículo 21 del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, pone fin a la polémica doctrinal de si a las operaciones de *Leasing* le deben o no ser aplicables las normas de la Ley de Ventas a Plazos de bienes muebles al disponer que: *A efectos de lo dispuesto en el párrafo 2.º de la Ley 50/1965, de 17 de julio, los bienes objeto de operaciones de arrendamiento financiero que cumplan lo dispuesto en la presente disposición, no se considerarán incluidos en el artículo 1.º del Decreto 1193/1966, de 12 de mayo*.

Sin embargo, apunta CABANILLAS (9), el citado precepto no pone fin a la polémica aludida, puesto que si se demuestra que bajo la forma de *Leasing* financiero se encubre una auténtica venta a plazos de bienes muebles, se aplicará la citada Ley de 17 de julio de 1965. De la misma manera, habría que concluir: Si bajo la forma de *Leasing* inmobiliario se encubriera una verdadera compraventa aplazada de inmuebles, el contrato

(7) ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ: «El *Leasing* financiero y la Ley de Ventas a Plazos de Bienes muebles», *Anuario de Derecho Civil*, 1980, III, págs. 759-785.

(8) DE LA VIÑA MAGDALENO: «El *Leasing* como medio de financiación de la empresa. Su problemática», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1978, página 264.

(9) Comentario a la Sentencia de 28 de marzo de 1978, citado.

quedaría fuera del marco jurídico y legal establecido por los Reales Decretos de 25 de febrero de 1977 y de 31 de julio de 1980 y quedaría sujeto a las disposiciones civiles, mercantiles e hipotecarias, aplicables con carácter general a ese tipo de contratos.

En realidad, entendemos que desde la perspectiva actual de nuestro ordenamiento jurídico, lo que ha quedado desfasado no es la cuestión del posible sometimiento de las operaciones de *Leasing* a la normativa de las ventas a plazos, cuando pese a la apariencia, el negocio verdaderamente querido sea una compraventa, sino el marco de la polémica doctrinal sobre la identidad jurídica del contrato de *Leasing*. En efecto, ya se entienda como un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ya se considere como un supuesto de conexión de contratos, o como un contrato complejo y atípico, la legislación vigente le califica de arrendamiento exigiendo además la inclusión de una opción de compra a favor del usuario. (Art. 19 del Real Decreto de 25 de febrero de 1977 y arts. 1 y 2 del Real Decreto de 31 de julio de 1980.)

No cabe duda que la definición legal del arrendamiento de cosas, que aparece en el artículo 1.543 del Código Civil, se acomoda a la descripción del *Leasing* que se ha hecho al comienzo de este apartado. Pero también hay que tener en cuenta, como dice DE LA VIÑA MAGDALENO (10), que *la expresada definición legal no es rígida y ampara una figura jurídica de tipo general, como es la cesión de uso, susceptible de adoptar diversas formas negociales*. En el *Leasing* financiero nos encontraríamos, por tanto, ante un supuesto claro en el que una institución contractual clásica, como es el arrendamiento de cosas regulado en el Código Civil, puede servir a finalidades o funciones de muy diverso significado. Cuando ello ocurre, entendemos que tal cobertura jurídica tendrá el carácter de derecho supletorio. Este carácter supletorio, justifica la inclusión de cláusulas en los contratos de *Leasing* que aparecerían como incompatibles con la regulación del Código Civil, de estimarse que la figura objeto de nuestro estudio responde a la típica del arrendamiento de cosas a que sus normas se refieren, y se considerara que éstas se proyectan sobre la única estructura posible concebida por el legislador para construir jurídicamente dicho arrendamiento.

Frente a la cuestión básica planteada por la doctrina de si nos encontramos ante una nueva unión de contratos o ante el nacimiento de un único contrato, complejo resultado de la fusión de varias técnicas jurídicas y no de la suma de ellas, nuestra opinión es la de que, en efecto, el *Leasing* debe catalogarse como un *contrato mixto*, en el que se funden

(10) DE LA VIÑA MAGDALENO: «El *Leasing* financiero como objeto de inscripción en el Registro jurídico de bienes», pág. 26 (Centro de Estudios Hipotecarios).

dos formas contractuales de contenido atípico. El arrendamiento y la opción de compra, con *causa única* aunque las contraprestaciones a favor del usuario sean varias. Al referirse el Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de julio de 1941 al contrato mixto, señalaba que *El negocio unitario complejo surge cuando entre sus partes existe una soldadura tan íntima que sería inútil pretender que se mantuviera su sustancia jurídica separando sus elementos componentes*. Y esto es lo que en el marco jurídico español ocurre con el *Leasing*: el Real Decreto-ley de 25 de febrero en su artículo 19 cataloga las operaciones de arrendamiento financiero, como arrendamiento de bienes, exigiendo, a su vez, como requisito indispensable para el reconocimiento legal de la figura, la inclusión de una opción de compra a favor del usuario. Más preciso todavía, el Real Decreto de 31 de julio de 1980, tras extender en su artículo primero la posibilidad del arrendamiento financiero a los inmuebles que en el mismo se determinan, en su artículo segundo, señala que las referidas operaciones *contendrán necesariamente una opción de compra a favor del arrendatario al término del arrendamiento*.

La nueva figura contractual del *Leasing*, por su tratamiento legal diferenciado y por sus propias particularidades, si bien tiene cabida en el molde de la institución clásica del arrendamiento de cosas, proyecta su contenido fuera de los contornos previstos por el Código Civil al regular los contratos de aquella clase con contenido típico, obteniendo sin embargo, de aquél y de sus preceptos, el soporte jurídico necesario para suplir las lagunas de una regulación ciertamente en estado embrionario, y establecer los límites indispensables de los pactos, condiciones y estipulaciones conforme a la ley, a la moral o al orden público, evitando así el ejercicio abusivo o antisocial de los derechos que de la nueva figura negocial pudieran derivarse.

El contrato de arrendamiento financiero es, por consiguiente, y de acuerdo con las notas que hasta aquí se han ido desarrollando, un contrato *consensual*, en cuanto se perfecciona por el mero consentimiento de las partes; *bilateral* o *sinalagmático*, pues produce obligaciones recíprocas para ambas partes: la Sociedad de *Leasing* y el arrendatario o usuario; *oneroso*, ya que cada parte ha de realizar una contraprestación a cambio del provecho o beneficio que obtiene del mismo, y *commutativo*, porque las prestaciones quedan contractualmente determinadas en su forma y en su cuantía.

Su carácter civil o mercantil ha sido también abordado aisladamente por la doctrina. Nuestro Código de Comercio, alejándose del criterio subjetivista encarnado en el anterior de 1.829, se decidió, según la Exposición de motivos de aquél, por *una fórmula práctica, exenta de toda pretensión científica, pero tan comprensiva que en una sola frase enumera o*

resume todos los contratos y actos mercantiles conocidos hasta ahora, y tan flexible que permite la aplicación del Código a las combinaciones del porvenir.

Resulta sobradamente conocida la posición de la doctrina española en torno a la fórmula legal contenida en el artículo 2.º del Código de Comercio para la delimitación de la materia mercantil. El indicado precepto, atribuye esa función delimitadora al *acto de comercio* y reputa como tales los *comprendidos en el Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga*. Como dice GARRIGUES (11), no se trata de una simple presunción de comercialidad, sino que implica la automática calificación mercantil del acto en cuestión. La pretensión objetivadora de nuestro Código de Comercio se contradice, sin embargo, reiteradamente, en su articulado cuando se trata de diferenciar un acto mercantil del correlativo civil. Así, recurre constantemente al dato de participación de un comerciante (comisión, depósito, préstamo, transporte, seguro) en el acto en cuestión. El resultado es un sistema que los autores consideran híbrido, incoherente y confuso. Por otro lado, los esfuerzos dirigidos al establecimiento de un concepto positivo unitario del acto de comercio han sido vanos. En efecto, en nuestro Código de Comercio hay actos objetivos y actos subjetivos; actos que son mercantiles por el solo hecho de estar incluidos en el Código, pero en los que no se encuentra ningún dato de mercantilidad, ya que pueden ser realizados en función mediadora o no; con carácter aislado o en masa; con propósito de lucro o de liberalidad, y otros actos que requieren la intervención de un comerciante y la pertenencia o destinación al comercio. De esta manera, los Tribunales han tenido que recurrir a criterios puramente doctrinales (concepto económico del comercio, repetición en masa de actos jurídicos, pertenencia a la serie orgánica de una empresa), para decidir por el criterio de analogía del artículo 2.º del Código de Comercio cuándo es mercantil un acto no previsto en el mismo.

URÍA (12), al enfrentarse con el problema señalado, indica que el tráfico mercantil procura siempre la circulación de valores patrimoniales, y que la actividad comercial es, esencialmente, una actividad mediadora que implica el desplazamiento de cosas, derechos o servicios de un patrimonio a otro. El contrato mercantil, institución jurídica que debe ser permeable a las nuevas formas que adopta el sistema económico, es un acto de empresa y, concluye diciendo, que el criterio que debe seguirse para determinar el carácter mercantil de un contrato es el de la pertenencia o no del mismo a la serie orgánica de actos en que se integra la actividad constitutiva de la empresa.

(11) GARRIGUES: *Derecho Mercantil*, págs. 115 y ss.

(12) URÍA: *Derecho Mercantil*, págs. 449 y ss.

Del examen de la Exposición de motivos del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 y de su contenido, así como del Real Decreto de 31 de julio de 1980, resulta el carácter esencialmente financiero del *Leasing* en cualquiera de sus formas. Se trata de un instrumento concebido para facilitar a las empresas el desarrollo de sus actividades (usuarios o arrendatarios), pero al mismo tiempo, y como apuntábamos anteriormente, la actividad de *Leasing*, constituye la razón de ser, el objeto social de las sociedades dedicadas al arrendamiento financiero, que cumplen una función mediadora, y cuya forma (anónima), capital desembolsado, e inscripción en un Registro del Ministerio de Hacienda, se prevé en el artículo 22 de la primera de las disposiciones citadas. El tratamiento fiscal de estas últimas; los bienes inmuebles a los que extienden sus actividades (art. 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980) que han de ser objeto de *tráfico empresarial habitual*; la forma del contrato, que para que surta efecto frente a terceros deberá constar en documento público e inscribirse en el Registro de la Propiedad, configuran el arrendamiento financiero de inmuebles (al que se circunscribe este estudio) como un típico acto de empresa en su acepción doctrinal, y como acto de comercio al que le serán aplicables en defecto de disposiciones específicas en el Código de Comercio, los usos comerciales observados generalmente, y a falta de ambos (y también como señalábamos en otro lugar, para limitar su contenido) las reglas del Derecho Común.

2. EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE INMUEBLES Y LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

El artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, señala como objeto del contrato de arrendamiento financiero, al que las sociedades de *Leasing* autorizadas pueden extender su actividad, los *bienes inmuebles que sean de tráfico empresarial habitual que deberán quedar afectados a fines agrarios, industriales, comerciales o de servicios profesionales. En ningún caso podrán realizarse contratos de arrendamiento financiero sobre inmuebles destinados a vivienda.*

Si se examina el artículo primero de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, se observa que, la denominación de *arrendamiento de locales de negocio*, se reserva para los contratos de arriendo que recaigan sobre aquellas edificaciones habitables cuyo destino primordial no es la vivienda, sino el *ejercerse en ellas, con establecimiento abierto, una actividad de industria, comercio o de enseñanza con fin lucrativo*. El artículo tercero de la citada ley, excluye de su ámbito el arrendamiento de *industria o negocio*, de la clase que fuere, entendiendo

por tal, *aquél en que el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto de contrato sea una unidad patrimonial con vida propia susceptible de ser explotada inmediatamente o pendiente de serlo de meras formalidades administrativas.*

En el apartado segundo del referido artículo, se advierte que, cuando el arrendamiento no es de industria o negocio, queda comprendido en la Ley de Arrendamientos Urbanos, *por muy importantes, esenciales o diversas que fueran las estipulaciones pactadas.*

En resumen, un estudio comparativo de la configuración del objeto que efectúan los textos señalados, conduce a una coincidencia sustancial de los mismos. Es tal vez, el haber seguido esta pauta de análisis entre preceptos, lo que ha llevado a autores como RODRÍGUEZ AGUILERA y PERE RALUY (13) y CABANILLAS SÁNCHEZ (14) a considerar el arrendamiento financiero de inmuebles, sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de enero de 1948, afirma que el arrendamiento con opción de compra tiene carácter complejo, y que por tanto, ha de quedar excluido de la citada Ley. No obstante, en mayoría de Sentencias (5 de junio de 1951, 17 de mayo de 1954 y 21 de febrero de 1963) considera el pacto de opción de compra como una modalidad independiente de la del arrendamiento, es decir, dos figuras distintas yuxtapuestas, aunque entrelazadas. Nosotros creemos que, pese a esa particular coincidencia que se aprecia en el objeto de las figuras contractuales reguladas en dichos textos, existen diferencias tan marcadas que conducen a conclusiones bien distintas. Conviene recordar nuestra anterior opinión a propósito de la naturaleza jurídica del *Leasing* financiero: No se trata de una nueva unión de contratos, sino de un contrato único, complejo resultado de la fusión de varias técnicas jurídicas y no de la suma de ellas elevadas a la categoría de contrato independiente. Si se profundiza en el estudio de la causa de esta nueva figura contractual, se observa una clara armonía con la enunciación de propósitos contenida en la Exposición de motivos del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, *sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública*, y cuyo artículo 20, apartado dos, contiene las previsiones jurídicas necesarias para el nacimiento del arrendamiento financiero de inmuebles, que tendría lugar más tarde en virtud del Real Decreto de 1980.

Una jurisprudencia anterior a esta norma, y las pocas opiniones doctrinales vertidas sobre esta materia tras su regulación legal, no pueden considerarse, por otra parte, concluyentes en modo alguno. Si resulta difí-

(13) RODRÍGUEZ AGUILERA y PERE RALUY: *Derecho de Arrendamientos Urbanos*, I, Barcelona, 1956, págs. 163 y ss.

(14) ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ: «La naturaleza del *Leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *Anuario Derecho Civil*, 1982, págs. 66 y ss.

cil comprender la aplicación de preceptos como los relativos al tanteo y retracto legal, entre otros, a una figura que por imperativo jurídico contiene una indispensable opción de compra (art. segundo del Real Decreto de 1980) a favor del arrendatario, un análisis de las finalidades perseguidas por los textos comentados, nos decide rotundamente por la exclusión del contrato de arrendamiento financiero del ámbito negocial contemplado por la Ley de Arrendamientos Urbanos: En efecto, mientras ésta persigue objetivos de índole fundamentalmente social, las disposiciones reguladoras del *Leasing* tienen una proyección típicamente económica. La Ley de Arrendamientos Urbanos tiende a lograr, en unas circunstancias sociales particulares, el encuentro de un habitat digno para un sector de la población carente del mismo, y se sitúa, históricamente, en un momento de escasez de viviendas y de necesaria protección al arrendatario de aquéllas. Las disposiciones relativas al *Leasing*, en general, y al arrendamiento financiero de inmuebles en particular, surgen en una fase del desarrollo socioeconómico español, bien diferente al existente en 1964. Es la dificultad con que se encuentran muchas empresas para desarrollar eficazmente su actividad potencial, y la necesidad de regular nuevos instrumentos de financiación adecuados a la coyuntura económica española e internacional que no supongan elevadas inmovilizaciones de sus activos, las que sitúan a los Reales Decretos de 1977 y 1980 en un marco de pretensiones políticas netamente diferenciadas de las del legislador de 1964.

3. EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE INMUEBLES RÚSTICOS Y LA LEGISLACIÓN DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

Una primera lectura de algunos de los preceptos contenidos en la Ley de 31 de diciembre de 1980, puede conducir a la conclusión de que el arrendamiento financiero de inmuebles rústicos, debe sujetarse a las normas que una disposición de rango superior dicta para el arrendamiento en general de fincas rústicas. Así, la definición de los arrendamientos rústicos sometidos a la Ley de Arrendamientos Rústicos que efectúa su artículo primero; la declaración de su artículo segundo, según el cual: *No perderán su naturaleza los contratos de arrendamientos rústicos, aunque reciban de las partes una denominación distinta de la de arrendamiento*; la no mención del arrendamiento financiero de inmuebles rústicos entre los supuestos que el artículo sexto considera como exceptuados de la Ley de 31 de diciembre de 1980; y la declaración de nulidad que establece el artículo noveno, para las cláusulas que modifiquen en perjuicio del arrendatario, las normas de aquella ley que termina señalando

en el apartado dos del expresado artículo: *No podrán imponerse al arrendatario condiciones o prestaciones diferentes de las que le son propias conforme a lo aquí establecido.*

Una vez más hay que repetir, que la figura contractual del arrendamiento de cosas no responde en modo alguno a un arquetipo legal rígido, ni se proyecta sobre estructuras que respondan en su origen a idénticas finalidades sociológicas. En efecto, el arrendamiento financiero de inmuebles, sean urbanos o rústicos (y entendiendo éstos en su más amplia acepción por dedicarse a aprovechamientos agrícolas, pecuarios o forestales) nace, como apuntábamos anteriormente, para cubrir necesidades de carácter económico-financiero. Su regulación legal, independientemente de que pueda completarse por voluntad de las partes con normas surgidas para reglamentar otras modalidades distintas (por su orden y finalidad) del arrendamiento de cosas, no presupone el sometimiento necesario a moldes jurídicos destinados a dar cabida a figuras con las que el legislador ha pretendido la consecución de fines eminentemente sociales. Tan sólo cuando los preceptos dirigidos a regular aquéllas, presentan las características de derecho imperativo por razón de la naturaleza misma del contrato de arrendamiento de cosas y no sean contrarios a la esencia del *Leasing* inmobiliario quebrará el principio de autonomía de la voluntad en favor de un derecho supletorio necesario.

En base a estas consideraciones estimamos, por ejemplo, inaplicable al arrendamiento financiero de inmuebles rústicos las normas relativas al *retracto de colindantes* contenidas en el artículo 1.523 del Código Civil. No obstante tratarse de un precepto de eficacia general tendente a evitar el fraccionamiento excesivo de la tierra y a lograr unidades agrícolas económicamente rentables, su regulación resulta difícilmente compatible con la estructura, contenido y efectos del *Leasing* inmobiliario. Ni la indispensable opción de compra impuesta por el artículo segundo del Real Decreto de 31 de julio de 1980 se adecua a las figuras negociales previstas en el artículo 1.521 del Código Civil (compra o dación en pago) como desencadenantes del citado derecho real de adquisición preferente, ni es jurídicamente factible la subrogación legal del retrayente en las mismas condiciones estipuladas en el contrato-base (arts. 1.518 y 1.521 del Código Civil), en este caso el contrato de arrendamiento financiero.

De la misma manera, y como más adelante trataremos al examinar las condiciones generales, por ser contraria a la esencia del contrato de *Leasing* inmobiliario, no estimamos aplicable a éste, ni por invocación expresa de las partes, ni como derecho supletorio, la regulación establecida en el Código Civil (arts. 1.566, 1.577 y 1.581) sobre la tácita reconducción en el arrendamiento de fincas rústicas o urbanas.

Por el contrario, y habida cuenta de los términos generales en que está concebido el artículo 1.569 del Código Civil, y los criterios sobre legitimación pasiva expuestos en el artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no vemos inconveniente en pactar en el Contrato de arrendamiento financiero de inmuebles la posibilidad de ejercitar la acción de desahucio desarrollada procesalmente en el libro II, título XVII del último de los textos citados.

4. PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE INMUEBLES POR RAZÓN DE SU OBJETO

4.1. *Determinación de la naturaleza de los inmuebles*

Un problema nada fácil en el derecho de cosas es el de diferenciar los inmuebles por su naturaleza, en rústicos y urbanos. La jurisprudencia ha venido, por lo general, considerando que la expresada distinción planteaba fundamentalmente una cuestión de hecho, y a estos efectos señalaba como criterios a tener en cuenta los siguientes: Situación, construcción, destino y accesoriedad. Sin embargo, de manera paulatina, esa doctrina jurisprudencial ha acogido también un criterio normativo a tenor del cual, el uso y aprovechamiento del suelo y, por consiguiente, su naturaleza, es el resultado final de un proceso de clasificación y calificación basado en los planes o inspirado, en su defecto, en los principios establecidos por la legislación urbanística.

Desde el momento en que el plan, como acto normativo emanado del poder público, señala un marco de actuación vinculante, la determinación de qué suelo tiene la naturaleza de rústico, y qué suelo permite la implantación de usos urbanos responde, no a criterios fácticos, sino a la concreta atribución jurídica de usos efectuada por aquél o, a falta de planeamiento, por la ley.

La moderna concepción de la propiedad, vinculada a una función social que delimita sus contornos y pone en entredicho la doctrina tradicional del derecho subjetivo ilimitado, tiende a objetivar las situaciones jurídicas derivadas de un derecho de propiedad por razón de un destino a cumplir. En este sentido, se explica perfectamente el contenido de preceptos tales como: el artículo 58.1 de la Ley del Suelo, según el cual, *el uso de los predios no podrá apartarse del destino previsto*; y el artículo 76, que afirma que: *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 de los predios*. Nos encontramos ante

una disociación clara entre la titularidad dominical, y el *ius aedificandi* y demás actividades que impliquen una transformación del uso del suelo, pues aquél y éstas, como resultados de una atribución pública, no derivan del *dominium* sino del *imperium*, esto es, de decisiones adoptadas por los poderes públicos para ordenar y organizar la utilización de la tierra y determinar la medida concreta de su aprovechamiento.

El respeto, por un lado, a unos principios establecidos por las leyes (Ley del Suelo de 1976 y reglamentos de planeamiento, gestión y disciplina urbanísticas de 1978) desarrollados, en su caso, por los planes, y la obligada referencia a la naturaleza de las fincas exigida por nuestra legislación hipotecaria, por otro (arts. 9 de la Ley y 57 de su Reglamento), nos llevan a intentar señalar unos criterios sobre los que apoyar el carácter rústico o urbano de los inmuebles a que se refieren los Contratos de *Leasing* inmobiliario. En modo alguno se pretende agotar el tratamiento de un tema, de suyo enormemente complejo, sino tan sólo sugerir unas ideas al respecto, para orientar las actividades de los futuros usuarios de inmuebles en régimen de arrendamiento financiero y de las Sociedades de *Leasing*, tanto en la fase precontractual, como en la negocial propiamente dicha, a la hora de elaborar los contratos y determinar el inmueble objeto de éstos. Pues bien, dado que es preciso abordar con una unidad de criterio la calificación del suelo, y teniendo en cuenta la estrecha vinculación existente hoy día entre la expresada calificación y el régimen fiscal de las fincas, creemos que tienen especial interés los criterios contenidos en la *Instrucción de 22 de septiembre de 1982* de la Subsecretaría de Hacienda, sobre *delimitación de suelo sujeto a contribución territorial urbana*. En la misma, y partiendo de las directrices señaladas por el Real Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre por el que se procede a homologar el suelo clasificado con arreglo a las normas de la derogada Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 con el clasificado con arreglo a las normas de la vigente Ley de 1976, se distinguen los siguientes casos:

a) *Términos municipales con plan general de ordenación o normas subsidiarias de planeamiento, redactadas según la Ley de 1956.*

Los suelos clasificados como urbanos o de reserva urbana que estén dotados de acceso rodado, abastecimiento y evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica y sean urbanísticamente aptos para la edificación, o que careciendo de alguno de los servicios citados anteriormente tengan la ordenación consolidada, por ocupar la edificación, al menos, dos terceras partes de los espacios aptos para la misma, según la ordenación que el plan general o las normas subsidiarias para ellas prevea, serán

considerados como SUELO URBANO según la nueva Ley y por tanto sujeto a Contribución Territorial Urbana. También se considerará suelo sujeto, aquél que no reuniendo las características anteriores, ni estando incluido en la correspondiente delimitación de suelo urbano, se encuentre clasificado como urbano o de reserva urbana conforme a la antigua Ley. Este suelo tendrá la calificación de SUELO URBANIZABLE PROGRAMADO según la nueva denominación introducida por la Ley de 1976.

Los terrenos clasificados como rústicos (ahora suelo no urbanizable) no quedarán sujetos a Contribución Territorial Urbana.

b) *Términos municipales con plan general municipal de ordenación o normas subsidiarias de planeamiento redactadas según la legislación vigente.* (Texto refundido de 1976.)

Estarán sujetos a Contribución Territorial Urbana los suelos clasificados como urbanos, urbanizables programados y urbanizables no programados, desde que por aprobación del programa de actuación urbanística puedan ser objeto de urbanización.

c) *Términos municipales con proyecto de delimitación según lo establecido en el artículo 81 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.*

Pueden tener clasificado su suelo como urbano, o como no urbanizable. Tan sólo el primero, tendrá la consideración de suelo sujeto al impuesto mencionado.

d) *Términos municipales sin planeamiento.*

Estarán sujetos a Contribución Territorial Urbana, los terrenos que cuenten con acceso rodado, abastecimiento de aguas y evacuación de las mismas, suministro de energía eléctrica, o que se encuentren comprendidos en áreas consolidadas por la edificación, al menos en la mitad de su superficie.

Como resumen de lo expuesto anteriormente creemos que, entre las actividades preparatorias de los Contratos de arrendamiento financiero de inmuebles, se impone la de consultar e informarse sobre el régimen urbanístico aplicable a una finca, el cual resultará inevitablemente de la clasificación y calificación previa del suelo en el que geográficamente se encuentre aquélla enclavada, o del que forme parte. La expresada actividad, que se inserta necesariamente en el marco de los estudios técnicos, jurídicos y económicos que deberán llevar a cabo los interesados en el Contrato de *Leasing* inmobiliario, y que, con carácter general, como

derecho de todo administrado, se contempla en el artículo 55.2 del Texto refundido de la Ley del Suelo, permitirá elaborar los contratos con un conocimiento más preciso del objeto y de sus circunstancias, entre las que se encuentra la de su aprovechamiento urbanístico, evitando sorpresas o riesgos que de otra manera serían ineludibles.

4.2. *Los problemas del inmueble en proyecto o en construcción*

Según el artículo primero del Real Decreto de 31 de julio de 1980, los inmuebles objeto de arrendamiento financiero *deberán quedar afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales, durante toda la vigencia del contrato.*

Pues bien, la lectura del texto citado plantea el siguiente problema: ¿Puede un inmueble en proyecto o en construcción ser objeto de un contrato de arrendamiento financiero, cuando la finalidad que se persigue con éste es la utilización de la finca una vez terminada? Un examen detenido del precepto nos conduce a cinco posibles interpretaciones:

Primera: No es posible un contrato de arrendamiento financiero referido a inmuebles en proyecto o en construcción cuando la finalidad que se pretende presupone que se encuentren en condiciones de ser afectados inmediatamente a un uso de los previstos en la Ley. De seguirse esta interpretación, no cabría hablar de inmuebles en proyecto o en construcción en los contratos de *Leasing* inmobiliario. Tan sólo los inmuebles terminados, aptos para ser destinados a cualquiera de los fines señalados en el precitado artículo primero podrían, válidamente, ser objeto de arrendamiento financiero.

Segunda: El objeto de los contratos de *Leasing* inmobiliario puede consistir en un inmueble en proyecto o en construcción, siempre que la finca sea susceptible de utilización *parcial* inmediata por el usuario desde el momento mismo de perfeccionarse el contrato.

Tercera: La construcción de un inmueble para ser destinado por el usuario a la terminación de la obra, a cualquiera de los fines previstos legalmente, o las actividades preparatorias de dicha construcción, implican ya una cierta afectación del inmueble y una predeterminación de su uso final suficiente para obtener la cobertura jurídica de los preceptos reguladores del arrendamiento financiero.

Cuarta: Una interpretación abierta, patrocinaría la tesis de que los inmuebles en proyecto o construcción, pueden ser objeto de arrendamiento financiero, pues lo que exige el artículo primero del Real Decreto de 31 de julio de 1980, no es que sean susceptibles de uso inmediato por

el arrendatario, sino que éste, una vez que le ha sido entregado, lo dedique hasta el final del período contractual al uso previsto en el contrato siempre que sea uno de los admitidos por la Ley.

Quinta: Nosotros creemos que, en ningún caso, fue intención del legislador la de impedir los contratos de arrendamiento financiero sobre inmuebles en proyecto o en construcción. Es más, nos inclinamos a pensar que el legislador no tuvo en cuenta o no previó ese supuesto en la redacción del precepto. Entendemos que lo que realmente se pretendió, fue vincular al arrendatario desde el momento mismo del contrato, y mediante un compromiso suscrito formalmente, expresión de su voluntad negocial, a *destinar* el inmueble al uso estipulado de entre los previstos en la Ley, durante la vigencia del contrato. *La afectación a un fin* de que habla el repetido precepto, debe por tanto, interpretarse como un compromiso *in fieri* o declaración de voluntad permanente a lo largo de la vida del contrato, cualquiera que sea el estado en que se encuentre el inmueble, de modo que comprenda no sólo la utilización del mismo una vez terminado conforme a lo pactado, sino también la intención de dirigir todas las actividades preparatorias (incluida la construcción), hacia el fin perseguido.

Admitida, por tanto, la posibilidad de los contratos de arrendamiento financiero sobre los inmuebles en proyecto o construcción, vamos a entrar en el estudio de tres supuestos fundamentales:

A) *Contrato de arrendamiento financiero referido al conjunto del inmueble en proyecto o en construcción, esto es, al suelo y edificación*

Se parte de la hipótesis de un solar propiedad de la Sociedad de *Leasing*, por haberlo adquirido del mismo arrendatario, o de un tercero, y en el que la edificación proyectada o en curso corre por cuenta de la Sociedad de *Leasing*, sin que ello impida la posible asunción del papel de promotor, por parte del arrendatario o usuario futuro del inmueble. Pues bien, inscrito el solar a nombre de la Sociedad de *Leasing*, la inscripción del contrato de arrendamiento financiero —que trataremos al final de este estudio—, tropieza con el obstáculo consistente en la divergencia entre lo que publica el Registro: Una finca todavía solar, y el objeto del contrato de *Leasing*: Un edificio susceptible de ser afectado por el usuario a sus propios fines. En resumen, los principios registrales de especialidad, legitimación y tracto sucesivo, impiden que trascienda al Registro el derecho concedido sobre un inmueble sin que se efectúe previamente la adecuación de la realidad tabular, a la realidad extra-registral

constituida por el solar y una edificación en proyecto o en construcción apta para ser destinada, una vez concluidas las obras, al fin específico contemplado en el contrato de arrendamiento financiero. Es decir, para inscribir a favor del futuro usuario del inmueble su derecho de arrendamiento, es indispensable que conste inscrita a favor de la Sociedad de *Leasing*, no sólo su titularidad sobre el solar, sino también sobre la obra nueva proyectada o en construcción.

La situación que se presenta entre el proyecto o inicio de las obras sobre un solar, y su total terminación, de manera que como conjunto concluido y perfectamente identificable no sólo jurídica, sino físicamente, pueda acceder al Registro de la Propiedad mediante la correspondiente declaración de obra nueva, ha sido objeto de estudio por la doctrina en el marco de lo que se ha denominado *prehorizontalidad* (teniendo en cuenta que la terminación de un edificio conlleva normalmente junto a la expresada declaración de obra, su organización en régimen de propiedad horizontal), y constituye, sin lugar a dudas, una etapa durante la cual puede surgir una compleja red de relaciones jurídicas entre partes y terceros, cuya protección es indispensable reglamentar.

Señala DE LA CÁMARA ALVAREZ (15) que las leyes, sobre todo si versan sobre materias muy concretas, aparecen marcadas por un destino triste o al menos desairado. Se quedan rápidamente antiguas. La Ley de 21 de julio de 1960, que regula por tercera vez en el derecho español la Propiedad Horizontal, nació ya anticuada al tomar únicamente en consideración la disciplina de la Propiedad Horizontal cuando el edificio está ya construido, sin contemplar el ciclo genético de la institución. Añade que ante situaciones de este tipo caben dos posturas distintas: O bien intentar ponerse rápidamente al día, a través de reformas totales o parciales dirigidas a cubrir los huecos que la disposición primigenia dejó al descubierto, o, por el contrario, abrir un margen de confianza a los intérpretes, y a los juristas prácticos, para que mediante la utilización de todos los recursos técnicos a su alcance, busquen las soluciones adecuadas extrayéndolas de los principios que inspiran la ley especial o los más generales del ordenamiento jurídico. DE LA CÁMARA, que preconiza esta vía, afirma que la función suprema del jurista consiste en colaborar en la creación y elaboración del Derecho, y cuando se trata de interpretar la ley, ha de procurar mantenerla viva y actuante, manejándola con inteligencia, a fin de colmar sus lagunas para remozarla y renovarla. El artículo octavo apartado 4º de la Ley Hipotecaria, establece la inscripción como una sola

(15) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal», págs. 34 v ss. del Curso de Conferencias sobre Propiedad horizontal y urbanizaciones privadas organizado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

finca bajo un mismo número de: *Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o por lo menos comenzada.* La cuestión que se plantea es pues la siguiente: ¿Es necesario para la constancia registral de un edificio y por ende de su régimen de organización en su caso, de acuerdo con la Ley de Propiedad Horizontal, que aquél se encuentre construido al menos parcialmente, o cabe la inscripción de un edificio meramente proyectado? En el supuesto de que su construcción hubiere comenzado, ¿en qué fase de la misma, podrá efectuarse la correspondiente escritura de declaración de obra y su inscripción registral?

Dice DE LA CÁMARA que, es evidente, que la Propiedad Horizontal está pensada en función a un edificio y que, por tanto, no parece viable la adscripción del solar al régimen de dicha institución mientras el edificio no esté perfectamente definido, de modo que pueda saberse *a priori* cuáles serán sus características constructivas y sus elementos comunes así como las partes privativas de que habrá de constar.

Del estudio que el citado autor realiza, centrado fundamentalmente sobre un edificio del que se prevé su futura organización según el esquema de la Ley de Propiedad Horizontal, pueden, sin embargo, extraerse algunas conclusiones igualmente válidas para el tema que nos ocupa (inscripción de un edificio en proyecto o en construcción, sin necesaria constitución del referido régimen), para sustentar posteriormente la relación jurídica específica surgida de un contrato de arrendamiento financiero sobre el inmueble.

El referido autor considera que la expresión *Construcción comenzada* que utiliza la Ley Hipotecaria, puede entenderse en sentido material o técnico. *Técnicamente cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio ha quedado definido mediante la confección y consiguiente aprobación por las autoridades competentes del proyecto correspondiente.* Por el contrario, añade, si nos atenemos a la acepción física, nos encontramos ante un callejón sin salida. En efecto, ¿cuándo podrá considerarse que la construcción en su dimensión material o física, ha comenzado? El propio artículo octavo, apartado cuarto, antes transcrito, demuestra que no es necesario que haya empezado la construcción de todos y cada uno de los pisos, puesto que permite que en la *inscripción del solar o del edificio se hagan constar los pisos meramente proyectados.*

¿Bastará que se haya realizado la excavación o vaciado del terreno? ¿Será necesario, al menos, que se haya efectuado la cimentación? ¿Qué diferencia sustancial media entre esas hipótesis y la del edificio definido, pero cuya construcción materialmente no ha empezado a acometerse? DE LA CÁMARA concluye que no hay otra salida sino la de considerar que *todo edificio definido equivale a edificio comenzado.* Esta solución ad-

quiere especial relevancia a la hora de intentar proteger las relaciones jurídicas nacidas entre el dueño del solar y adquirentes de pisos o departamentos del edificio en proyecto o en construcción, o de derechos sobre la finca, como el derivado de un contrato de *Leasing* inmobiliario. El indicado autor, al referirse a las adquisiciones de pisos en proyecto o en construcción, entiende que se trata de ventas de objetos en formación, perfectamente lícitas y susceptibles de surtir efectos reales en cuanto aquéllos se encuentren bien definidos y concretados.

Recientemente este tema ha sido abordado con gran acierto y rigor científico por GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA (16), quien apunta los grandes inconvenientes que pueden derivarse de la falta de protección registral de las relaciones jurídicas surgidas en el estado llamado de *prehorizontalidad*.

1.º Por lo que respecta a la forma, al utilizarse frecuentemente el cauce contractual privado, falta la intervención, por lo general, de persona que asesore con la debida imparcialidad. El contrato carece de publicidad y sus cláusulas aparecen muchas veces redactadas con ambigüedad.

2.º En cuanto al objeto, no suelen determinarse con precisión las circunstancias del mismo y se admiten, en ocasiones, sustanciales modificaciones unilaterales.

3.º Por lo que atañe a la posición de las partes, el adquirente de una finca o derecho en las condiciones expresadas, no suele ocupar una posición equilibrada (tema éste que luego trataremos al estudiar las condiciones generales); carece de medios rápidos y eficaces para reaccionar ante perturbaciones de hecho o de derecho, y se encuentra, en cierto modo, inerte ante los posibles acreedores del dueño del suelo.

Las reflexiones precedentes, así como la solución que propugna, basadas fundamentalmente en la utilización de la técnica registral, aunque referidas fundamentalmente a los adquirentes de pisos o departamentos en proyecto o en construcción, pueden trasladarse al supuesto jurídico que nos ocupa.

Entiende GARCÍA ARANGO que la compra de pisos en construcción no es, según apuntaba la concepción clásica, una compraventa de cosa futura carente de existencia actual y sobre la que no cabe articular una titularidad real del comprador, sino la adquisición de una cosa presente en transformación, de un objeto jurídico en formación que permite superar *ab initio* el estadio puramente obligacional.

Tras recoger la opinión de MANUEL DE LA CÁMARA arriba citada, en

(16) CÉSAR GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA: «La situación de prehorizontalidad y con la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 551, 1982, págs. 925 y ss.

el sentido de interpretar en términos técnicos la frase *construcción comenzada* admitiendo que en esa situación se encuentra todo edificio definido perfectamente según un proyecto aprobado, expone que el Registro no sólo sirve para constatar titularidades jurídico-reales definitivas, sino que también otorga protección a situaciones interinas, provisionales o en formación, con la única condición de que la situación o titularidad definitiva a que se encaminan sea de naturaleza jurídico-real inmobiliaria.

Entre los supuestos en que nuestra legislación admite la constancia registral de derechos que afectan a cosas que no tienen todavía una existencia actual total, pero que están en formación y tienden a ella, GARCÍA ARANGO cita los siguientes:

1.º La inscripción del derecho del superficiario de *construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos, conforme a lo dispuesto en el número 1.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario*. Se trata de la inscripción de un verdadero derecho real en cosa ajena, el de superficie, que sirve de apoyo a una forma especial de propiedad, la superficiaria, que implica un proyecto de construcción, y que, mientras no se construye, implica, además, un derecho sobre un espacio delimitado. El expresado derecho de superficie puede, conforme al apartado 5.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, ser objeto de hipoteca. Asimismo, el artículo 171.2 de la vigente Ley del Suelo, prevé la transmisión y gravamen del derecho de superficie.

2.º El número 2.º del mismo artículo 16 del Reglamento Hipotecario dispone que: *El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación del todo o parte de la finca, o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número 3.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria y sus concordantes*. RAMÓN DE LA RICA (17) dijo que, en este caso, lo que se inscribía en el Registro era un derecho real potencial, que legitima una cosa futura. Afirmaba que se trataba de una reserva autenticada por el Registro, y que constituía un derecho real transmisible por actos *inter vivos* y *mortis causa*, con un contenido económico, hipotecable y embargable.

3.º El número 11 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, admite la hipoteca de los *pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo 8.º*, y en este artículo, como veíamos anteriormente, se prevé la inscripción de los edi-

(17) RAMÓN DE LA RICA: *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959.

ficios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada, así como la constancia registral de los *pisos meramente proyectados*. Esta hipoteca, muy frecuente en la práctica, facilita la financiación de la construcción y la de la venta de los pisos al subrogarse en su día el comprador en la deuda hipotecaria, que funciona como parte del precio.

4.º Un supuesto de excepcional importancia para ayudar a resolver los problemas derivados del edificio en construcción o proyectado, y el de la posible inscripción de las relaciones jurídicas sobre él establecidas, nos lo ofrece la figura del *derecho de retorno*, regulado en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

En todos los preceptos examinados, continúa diciendo GARCÍA ARANGO, se trata de proteger derechos reales potenciales, no definitivamente consolidados, pero sí definidos sobre la cosa. Ello no implica una desviación y desnaturalización de la misión específica del Registro de la Propiedad, destinado, en principio, a la protección de los plenos derechos reales, pues el Derecho y el Registro, para cumplir su función y adaptarse a la realidad social, han de tener en cuenta la existencia de situaciones provisionales de gestación de futuras titularidades plenas que, precisamente, para llegar a feliz término y alcanzar existencia perfecta, exigen de la publicidad y protección que les brinda la Institución registral.

Como respuesta a este planteamiento del que surgen nuevas perspectivas y aplicaciones basadas en la técnica registral, el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978 regula en sus artículos 54 y siguientes, la inscripción, en los folios, de las fincas ocupadas para ser destinadas a sistemas generales, de las unidades de aprovechamiento correspondientes a los titulares del dominio o derechos reales sobre aquéllas.

Una vez obtenida por los expresados titulares, certificación del acta de ocupación expedida por el órgano actuante, podrá otorgarse escritura de declaración o especificación de las unidades de aprovechamiento derivadas de su derecho, en la que se describirá la finca o derecho de que proceden, y el polígono donde hayan de hacerse efectivas.

El apartado 4 del artículo 54 del citado Reglamento, establece que: *Las transmisiones posteriores de todas o parte de las unidades de aprovechamiento, se efectuarán conforme a lo dispuesto para la transmisión de bienes inmuebles, inscribiéndose en el mismo folio registral de las fincas ocupadas, que no se cancelará hasta que se inscriba el acuerdo de reparcelación o compensación del polígono en que los titulares de las indicadas unidades de aprovechamiento hayan de hacer efectivos sus derechos, conforme a lo previsto en el artículo 114 del mismo Reglamento.*

Del apartado 5, se infiere la posibilidad de llevar a cabo actos de

gravamen sobre las repetidas unidades de aprovechamiento, cuando dice que: *Si las unidades de aprovechamiento gravadas se hubieren enajenado parcialmente, el titular de la carga podrá repetir íntegramente su contenido contra cualquiera de los grupos de unidades que pertenezcan a distinto titular o contra todas ellas a la vez, conforme al sistema de los artículos 123 de la Ley Hipotecaria y 221 de su Reglamento.*

La dirección hasta aquí apuntada favorable a la protección registral, durante ciertas situaciones provisionales en las que se gestan futuras titularidades plenas, de relaciones jurídicas referidas a los inmuebles, ha obtenido también un claro reconocimiento en los últimos Congresos internacionales de derecho registral, particularmente en el de Buenos Aires (Argentina), celebrado en 1972. Entre las conclusiones sobre la llamada *prehorizonta*lidad, se decía lo siguiente: 3.^a *De los diferentes intereses legítimos que concurren en la fase de prehorizonta*lidad, algunos están suficientemente amparados en el ámbito del Derecho de obligaciones, mientras que otros, especialmente el de los adquirentes de elementos privativos, exigen una protección más enérgica a través de la publicidad del Registro.

4.^a *A este fin, se recomienda que la situación de prehorizonta*lidad acceda al Registro mediante la práctica del asiento procedente, en el que se contengan los datos esenciales, de carácter técnico y jurídico, definidores del complejo inmobiliario proyectado.

5.^a *Se recomienda asimismo, la instrumentación de los medios registrales suficientes para que, en la fase de prehorizonta*lidad, los adquirentes de elementos privativos accedan a la publicidad registral, de forma que los efectos de la misma puedan evitar la realización de actos o negocios jurídicos en perjuicio de sus legítimos intereses.

Al analizar las conclusiones a las que llega GARCÍA ARANGO en el trabajo mencionado, creemos que pueden distinguirse dos aspectos, aunque entre ellos exista una evidente vinculación: a) El acceso al Registro de los edificios en proyecto o en construcción. b) La protección registral de las relaciones jurídicas surgidas en el tráfico inmobiliario, sobre los citados edificios durante ese estado o situación.

En cuanto al primero de los aspectos referidos, el autor citado parece inclinarse hacia la inmediata apertura de los libros registrales sin esperar a la necesitada reforma legislativa que, tanto en el ámbito de la legislación hipotecaria, como en el de la Ley de Propiedad Horizontal, introduzca la organización precisa y pormenorizada de las situaciones de prehorizontalidad. Esto se efectuaría, partiendo de una interpretación actualizada de los preceptos vigentes, en especial del artículo 8 de la Ley Hipotecaria en el sentido anteriormente expuesto.

Nosotros compartimos esta tesis basada en el sentido técnico de los términos *construcción comenzada* hacia la que parece que también se orienta la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 1982. En ésta, se alude a la *difusión que ha adquirido la compra de viviendas o locales en propiedad cuando los edificios a que pertenecen se encuentran todavía en construcción o meramente proyectados, originando a veces, una intrincada red de relaciones jurídicas que empieza a manifestarse en la denominada fase de prehorizontalidad en la que ofrece especial relieve la jurisprudencia de los Tribunales que trata de alcanzar soluciones que garanticen el cumplimiento de las obligaciones pactadas a través de los medios adecuados*. Y añade asimismo que, *esta situación de prehorizontalidad que aparece centrada esencialmente en el solar como realidad tangible y en el edificio en construcción o simplemente en proyecto, conlleva un gran interés para los adquirentes de departamentos o locales, futuros cotitulares del edificio, en cuanto que en esta fase se determina el propio objeto adquirido con sus características físicas y límites, los derechos sobre el mismo (el subrayado es nuestro), así como el régimen estatutario que regulará la futura comunidad, o la fijación de cuota de participación, e igualmente, la responsabilidad hipotecaria ya distribuida por cada finca de las que van a existir en el edificio en caso de haberse constituido garantía real por los créditos percibidos para la construcción, y todas estas circunstancias, permanecerían sin la suficiente publicidad con los riesgos que ello comporta, si no pudieran tener acceso al Registro, lo que lógicamente ha de tener lugar si no existe norma legal que lo impida, a través del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal*.

La Resolución continúa considerando que *sin entrar en el examen del supuesto de constitución de la propiedad horizontal en edificio proyectado, por exceder del contenido de este recurso, es indudable que el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, en su mismo número 4.º, establece como regla general el acceso a los libros registrales de los títulos constitutivos de propiedad horizontal en los casos en que la construcción del edificio esté no sólo concluida sino por lo menos comenzada*. Considera que *la incógnita que podría presentarse respecto a la determinación del momento en que se entienda que la construcción ha comenzado, aparece despejada en los propios términos gramaticales empleados por la Ley, y que al contener la escritura calificada la declaración de que en el solar ha comenzado la construcción del edificio, no se observa obstáculo que impida el acceso al Registro del título constitutivo de la propiedad horizontal, así como de los pisos o locales del mismo*.

La interpretación amplia que patrocinamos del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, de manera que permita el acceso al Registro de los edificios

en proyecto o cuya construcción esté comenzada partiendo de criterios técnicos exige, sin embargo, plantearse con mayor precisión, en qué momento del proyecto de construcción y en qué circunstancias puede éste obtener la correspondiente protección registral.

DOMÍNGUEZ VILA (18) configura los proyectos técnicos de obras como aquellos documentos, relevantes en el tráfico jurídico, por medio de los cuales el arquitecto plasma el encargo de su cliente, a los efectos de la ejecución material de lo previsto y de la obtención de las autorizaciones precisas para llevar a cabo esa ejecución. Considera que se trata de instituciones clave debido a la peculiar estructura de nuestro Ordenamiento Urbanístico, donde se establece un marco legal básico (Ley del Suelo de 1976 y sus Reglamentos: de Planeamiento, Gestión y Disciplina Urbanística de 1978), y un esquema articulado de concretos instrumentos de planeamiento con contenidos sustantivos y diversas funciones ordenadoras.

Los proyectos de edificación, según el artículo 15.1 de la Ley del Suelo, deberán detallar y programar las obras que comprenden, con la precisión necesaria para que puedan ser ejecutadas por técnicos distintos del autor del proyecto. En su desarrollo pueden distinguirse cuatro fases: Estudio previo, anteproyecto, proyecto básico y proyecto de ejecución. Circunscribiéndonos a estos dos últimos, hay que decir que, mientras el contenido del *proyecto básico* es considerado suficiente para solicitar la licencia municipal de obras una vez obtenido el preceptivo visado colegial, sin embargo es insuficiente para llevar a cabo la construcción. El *proyecto de ejecución*, desarrolla el proyecto básico, con la determinación completa de detalles y especificaciones de todos los materiales, elementos, sistemas constructivos y equipos. Es suficiente para obtener el visado colegial necesario para iniciar las obras. Mientras el *proyecto básico*, contiene una expresión de las características generales internas y externas que va a poseer la obra, y las soluciones constructivas que se van a adoptar de manera que la Corporación Municipal pueda enjuiciar la obra que se va a realizar, el *proyecto de ejecución*, una vez seguro el Arquitecto de la viabilidad urbanística de su trabajo, determinará todas las características materiales y tecnológicas de la estructura e instalaciones de la obra precisas para su construcción. Presentado este proyecto al Ayuntamiento, sólo en este momento, puede concederse la licencia si una vez examinado el proyecto, éste supera los controles técnicos que el Ayuntamiento tiene encomendados. Previa a la presentación del

(18) ANTONIO DOMÍNGUEZ VILA: «El proyecto técnico y el visado colegial como intervención de los arquitectos en el Ordenamiento Urbanístico». *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 79 julio-agosto-septiembre 1982, págs. 89 y ss., y núm. 80, páginas 73 y ss.

proyecto técnico en la Administración, la ley exige el visado del Colegio de Arquitectos para el cumplimiento de un control doble: De tipo colegial y de tipo urbanístico. Este trámite previo se realiza presentándose el proyecto básico al Colegio, el cual lo visa si procede y se vuelve a presentar el de ejecución para un nuevo control antes de su presentación ante la Administración. Este sistema presenta excepciones en los casos en que por la poca relevancia o cuantía del proyecto, sea posible subsumir ambos proyectos en uno, presentándolos juntos a la Corporación municipal, previa la concesión del visado.

El artículo 228.3 de la Ley del Suelo, regula por primera vez, después de años de reglamentación corporativa, el denominado *visado urbanístico* al decir: *Los Colegios profesionales que tuvieren encomendado el visado de los proyectos técnicos precisos para la obtención de licencias, conforme a lo dispuesto en el artículo 178, denegarán dicho visado a los que contuvieren alguna de las infracciones previstas en el artículo 226 punto 2.*

El visado urbanístico consiste en que, en el procedimiento de visado colegial, se constate la adecuación de ese proyecto técnico a la legalidad urbanística vigente. A partir de la promulgación de la Ley del Suelo se procedió por el Consejo Superior de Colegios de Arquitectos a la elaboración de la reglamentación corporativa aplicadora de esa facultad atribuida a los mismos. Más tarde, el Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978, desarrolló el proyecto regulador del visado, de manera distinta a como había sido interpretado por los Colegios. Así, el artículo 45 deja fuera de dudas sobre el verdadero sentido del visado Colegial como cooperación y asesoramiento a la Administración en materia urbanística, correspondiéndole, sin embargo, con carácter exclusivo y excluyente, el control de tipo corporativo. A continuación en el artículo 46, especifica que *la denegación del visado se efectuará respecto de los proyectos técnicos que contuvieren alguna infracción grave y manifiesta de normas relativas a parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen, situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcelas.* Por otro lado, el reglamento citado permite al particular que, aunque el visado le sea denegado, pueda presentar el proyecto ante la Administración municipal a efectos de obtención de la licencia correspondiente. Por último, el artículo 50.1 señala que *la Administración municipal otorgará o denegará la licencia a la vista de cuantos datos e informes obren en el expediente administrativo.*

Los Colegios de Arquitectos al otorgar, en su caso, los visados, no sólo hacen una labor de constatación de la existencia efectiva de un derecho, sino que expresan e incorporan su voluntad de dar o no viabilidad a un determinado proyecto de construcción. El visado, en cuanto

autorización, aunque esté sujeta al control definitivo de la Administración municipal, supone la valoración discrecional de la oportunidad del ejercicio de un derecho, y la comprobación reglada de las circunstancias objetivas previstas por la ley como condicionamientos de tal ejercicio. En ningún caso cabe hablar, sin embargo, de la existencia de competencias simultáneas, yuxtapuestas o paralelas entre los Colegios profesionales y los órganos administrativos territoriales, ya que la calificación por el Colegio no es óbice para que luego, la Administración, en el procedimiento de concesión de licencia, fiscalice la adecuación del proyecto a la normativa urbanística.

Como conclusión de la exposición que precede, sintetizamos nuestro criterio sobre el tema que nos ocupa, en los siguientes términos: La interpretación técnica del texto del artículo 8, apartado 4.º de la Ley Hipotecaria, de manera que pueda otorgarse la cobertura registral a los edificios incluso en proyecto, ha de entenderse en el sentido de que aquéllos hayan quedado definidos mediante sus respectivos *proyectos de ejecución*, y que además éstos hayan obtenido una resolución positiva, tanto del Colegio profesional (visado urbanístico) como de la Administración a través de la correspondiente licencia.

Por lo que respecta al segundo de los problemas abordados por GARCÍA ARANGO, esto es, el acceso al Registro de las relaciones jurídicas inmobiliarias de disposición o de gravamen sobre los edificios en proyecto o en construcción o parte de los mismos susceptibles de aprovechamiento independiente, aquél se muestra claramente partidario de esperar a una reforma que permita la cobertura registral mediante el oportuno asiento: Anotación preventiva, o nota marginal. Entiende que en el sistema actual de *numerus clausus* del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, no cabe la práctica de un asiento provisional, como es el de la anotación preventiva, para hacer constar los posteriores actos o contratos de disposición o gravamen, y aboga por una reforma de aquel precepto, de manera que puedan ampararse debidamente las relaciones surgidas en los supuestos de prehorizontalidad.

Sin perjuicio de ampliar al final de este trabajo el tratamiento que puede darse a esta materia desde el punto de vista de técnica hipotecaria, vaya por delante y como colofón de todo lo anteriormente señalado, nuestro criterio favorable a la apertura inmediata del Registro de la Propiedad, no sólo a las escrituras de declaración de obra nueva en proyecto o en construcción, siempre que reúnan las circunstancias ya expuestas, sino también a determinadas relaciones jurídicas, como el *arrendamiento financiero*, cuando el título que acceda al Registro se adecue en cuanto a contenido y forma, a los principios hipotecarios y

preceptos aplicables a las demás instituciones jurídicas susceptibles de protección tabular.

De entre todos los preceptos recogidos, hay tres que nos permiten afirmar que la expresada protección referida a determinadas situaciones provisionales en las que se gestan futuras titularidades plenas no es, en modo alguno, absolutamente original y que pueden, especialmente, servir de soporte al criterio que sustentamos: 1.º El artículo 107 de la Ley Hipotecaria en sus apartados 5.º (hipoteca del derecho de superficie) y 11 (hipoteca de los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, inscritos conforme al artículo 8.º). 2.º El artículo 15 del Reglamento Hipotecario que recoge la constancia registral del derecho de retorno arrendaticio. 3.º El artículo 54 del vigente Reglamento de Gestión Urbanística, fundamentalmente en sus apartados 4 y 5, en los que se regula la transmisión y gravamen de ese nuevo concepto introducido por la legislación urbanística, denominado *unidades de aprovechamiento*.

Por lo que respecta a la hipoteca del derecho de superficie, su singularidad radica, precisamente, en la naturaleza especial de esta figura en la que el derecho del superficiario se desdobra en dos: Un derecho real de disfrute sobre cosa ajena, y una propiedad limitada respecto a lo edificado. Inscrito el derecho de superficie cuando el título público en que se establezca dicho derecho reúna las circunstancias generales necesarias para la inscripción y las específicas señaladas en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, aquél podrá ser objeto de hipoteca, sin que del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, ni mucho menos del referido precepto de su Reglamento, pueda deducirse la exigencia de que el edificio se encuentre en un estado determinado de su construcción. En efecto, el apartado c) del artículo 16, recoge entre las circunstancias de la inscripción, las siguientes: *Plazo para realizar la edificación que no podrá exceder de cinco años; sus características generales, destino y costo del presupuesto*. No obstante, creemos que en orden a la hipotecabilidad del edificio en proyecto, debería seguirse el criterio anteriormente sustentado, esto es, que se trate de proyectos de ejecución con el correspondiente visado y licencia municipal.

Por otro lado, la constancia registral del *derecho de retorno* aparece desarrollada en el artículo 15 del Reglamento Hipotecario, cuando dice que: *Los inquilinos y arrendatarios que tengan derecho de retorno al piso o local arrendado, ya sea por disposición legal o por convenio con el arrendador, podrán hacerlo constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique. Sin esta constancia, no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho. Para extender la nota, bastará solicitud del interesado,*

acompañada del contrato de inquilinato o arriendo, y el título contractual judicial o administrativo, del que resulte el derecho de retorno.

Si nos fijamos en la redacción del precepto, la constancia registral del derecho de retorno, no exige tan siquiera la previa a favor del dueño del suelo, del edificio proyectado o en construcción. También es cierto que no se trata de un asiento principal (inscripción o anotación), sino de una simple nota marginal, aunque en cualquier caso, implica una excepción al principio del tracto sucesivo.

Por último, el tercer supuesto a que hacíamos referencia es el contemplado en el artículo 54 del Reglamento de Gestión Urbanística, del cual se infiere la inscribibilidad de las unidades de aprovechamiento otorgadas al titular de una finca o derecho y de los actos de transmisión o gravamen de las mismas.

En el *aprovechamiento* en términos urbanísticos, como señala LASO MARTÍNEZ (19), nos encontramos ante un *acto de concesión originario que dimana directamente del Plan, aunque haya de operar también sobre una superficie de terreno cuya titularidad corresponde a alguien, que es su propietario. El aprovechamiento urbanístico del suelo, lejos de ser un derecho subjetivo radicalmente consolidado en el patrimonio del titular, es el resultado de un acto concesional otorgado por el planeamiento, sujeto, por tanto, al derecho de ser desarrollado y al deber de ejercitarlo cumpliendo las condiciones de su otorgamiento. Este no puede, sin embargo, desentenderse de un régimen estatutario estable que cumpla con una doble condición: La seguridad jurídica de su mantenimiento, y la justa distribución de sus consecuencias entre los afectados por el planeamiento. Por eso, y como condición final, no cabe duda que el aprovechamiento urbanístico constituye un valor patrimonial en sí mismo, susceptible de evaluación económica, transmisible en el mundo jurídico, y signo de expresión del valor del suelo en el terreno económico. Sus elementos integrantes son tres: El volumen, la densidad y los usos asignados; y su cuantificación depende del grado de definición del planeamiento y de su estado de ejecución.*

La doctrina se ha planteado, dice el autor citado, si el aprovechamiento urbanístico reúne las condiciones adecuadas para ser objeto de derecho. Para ello, ha partido, inevitablemente, de la propia peculiaridad del mismo que encierra no sólo una estructura legal, sino también una materialización plástica que, aun invisible a los sentidos, desemboca finalmente en un objeto material tangible. Díez PICAZO (20) considera que objeto

(19) JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ: *Derecho Urbanístico*, tomo III, Ed. Montecorvo, 1982, págs. 243 y ss.

(20) Díez PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, 1970, vol. I, pág. 131.

del Derecho es *toda unidad pasiva de referencia, o realidad sobre la cual el contrato, en cuanto negocio, incide*. Planteada con esa amplitud la cuestión que examinamos, y supuesto que al Derecho lo que le importa es que el objeto cumpla con una serie de condiciones externas que le hagan viable (que no se trate de *res extra commercium*; o contrarias a la moral o al orden público, y que tengan la individualidad precisa para servir de soporte a determinadas relaciones jurídicas), el ordenamiento jurídico tiene que dejar en la mayor libertad a las personas para que determinen la *materia social afectada* o las realidades que han de tener la condición de objetos de derecho.

El Reglamento de Gestión Urbanística, en el precepto comentado, al referirse a las unidades de aprovechamiento lo hace desde una triple perspectiva: La de su declaración o especificación mediante la escritura correspondiente; la de su transmisión y la de su gravamen. Pues bien, los actos de disposición del aprovechamiento urbanístico pueden efectuarse: Sin desplazamiento del lugar en que está ubicado conforme al Plan o, por el contrario, con desplazamiento de él sobre fincas diferentes (hipótesis contemplada en el repetido precepto que regula la ocupación de terrenos para destinarlos a sistemas generales). Como dice LASO MARTÍNEZ (21), *el sistema inmobiliario español, radicante sobre la infraestructura de las cosas tangibles, se preocupó desde el principio de hacer factible la identificación de las fincas, de tal manera que permitiera, al menos en un tráfico jurídico de buena fe, ser principio de presunción de veracidad, y por eso, desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, se ordenó que la descripción de las fincas en la forma reglamentaria, fuese circunstancia esencial de los asientos bajo pena de nulidad. La agregación de circunstancias identificadoras se ha ido produciendo sucesivamente. Sin embargo, el volumen no ha sido circunstancia necesariamente encajable en la descripción de las fincas hasta que la práctica contractual ha hecho mención de él como circunstancia fundamental en algunos casos, y que el Reglamento de Reparcelaciones de 1966, previó en la letra h) del número 1 del artículo 24, la consignación en el asiento de los libros registrales del uso urbanístico y el volumen de edificación, si constaren. La realidad es, pues, que el sistema inmobiliario no contempla dentro del ámbito de la publicidad lo concerniente a la edificabilidad, ni está previsto a un rango legal suficiente, el alcance de su eventual publicación, lo que plantea uno de los temas más sugestivos: El alcance hipotecario de ciertas determinaciones urbanísticas. Ahora bien, continúa diciendo el autor citado y cuya tesis compartimos, si el sistema inmobiliario es el esquema esencial ideado por el Estado para la publicidad de los inmue-*

(21) LASO MARTÍNEZ: *Ob. cit.*

bles, todo lo concerniente a ellos debería tener en él su cabida natural. Entre las circunstancias urbanísticas, la del aprovechamiento presenta una singularidad tal, y un contenido patrimonial que, es evidente, el interés de la Administración y los titulares de aquél, para obtener su protección registral. Por ello, y pese a la dificultad de enlazar hoy todavía la publicidad registral con el sistema urbanístico, es indispensable la incorporación del tráfico sobre el aprovechamiento al Registro, no sólo por razones técnicas, sino también por exigencias institucionales.

- B) *Concesión de un derecho de superficie a la Sociedad de Leasing para que construya sobre un solar propiedad del futuro arrendatario, y posibilidad de que lo edificado (propiedad superficiaria) sea cedido en régimen de arrendamiento financiero al titular del suelo*

Nos encontramos ante un supuesto de financiación parcial del inmueble, concretada a su edificación, y cuya particularidad radica en que el objeto del contrato de arrendamiento financiero no sería un inmueble por naturaleza, sino lo que se denomina *propiedad superficiaria*. Es decir que al pertenecer el suelo al futuro usuario, lo que se cede en arrendamiento financiero es tan sólo lo construido en ejercicio de un derecho de superficie previamente concedido a la Sociedad de *Leasing*. La posibilidad de un contrato de arrendamiento financiero de esas características exige resolver, fundamentalmente, si el concepto de *inmuebles* utilizado por el artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, es un concepto restringido referido únicamente a los inmuebles por naturaleza, o ha de entenderse en un sentido más amplio siguiendo la clasificación y consideración establecida por nuestro Código Civil.

El artículo 334 de este texto señala grupos de bienes diversos, cada uno de los cuales obedece a criterios distintos. Como dice DÍEZ-PICAZO (22), es tradicional configurar dentro del citado artículo cuatro grupos y criterios de ordenación: *a)* los inmuebles por naturaleza; *b)* por incorporación; *c)* por destino, y *d)* por analogía.

En sentido propio, continúa diciendo el autor citado, es inmueble una cosa considerada como objeto autónomo, en relación con sus propias cualidades objetivas. En cambio, en sentido impropio, no son inmuebles las cosas tomadas en sí mismas, sino cuando se inmovilizan con respecto a otras o quedan, de algún modo, ligadas unas a otras. En definitiva, en estos casos se trata de una *consideración jurídica* que las cosas reciben. Por tanto, se puede afirmar que *muebles* o *inmuebles*, más que conceptos

(22) LUIS DÍEZ PICAZO: *Fundamento del Derecho Civil Patrimonial*. vol. II, Ed Tecnos, págs. 144 y ss.

determinables por sí mismos, son puras categorías legales. Así, el artículo 346 del Código Civil dice: *Cuando por disposición de la ley o por declaración individual se usa la expresión de cosas o bienes inmuebles, o de cosas o bienes muebles, se entenderán comprendidas en ella respectivamente los numerados en el capítulo 1.º y en el capítulo 2.º*

Pues bien, ante lo establecido en el señalado artículo 1.º del Real Decreto de 1980, según el cual: *Las Sociedades inscritas en el Registro Especial de Empresas de Arrendamiento Financiero... podrán extender su actividad a la realización de operaciones... sobre bienes inmuebles los cuales sean objeto de tráfico empresarial habitual... hay que acudir al artículo 334, cuyo apartado 10 considera bienes inmuebles: Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.* Nos hallamos ante el cuarto grupo de bienes denominados *inmuebles por analogía*, asimilados o equiparados a los inmuebles en sentido estricto, a los efectos de la aplicación de un régimen jurídico determinado, y entre los cuales hay que incluir, necesariamente, el derecho de superficie y su realización objetiva más depurada, esto es, la llamada *propiedad superficiaria*, como verdadero derecho real sobre un bien inmueble.

A la vista de lo que precede, nuestro criterio no puede por menos de ser favorable a una interpretación abierta del mencionado artículo 1.º y, por tanto, a la posible extensión de las operaciones de *Leasing* inmobiliario al campo del derecho de superficie, con la limitación anteriormente expuesta, esto es, la de que cuando su objeto consista en un edificio en proyecto o en construcción, el proyecto de ejecución correspondiente debe contar con el oportuno visado urbanístico y licencia municipal. La Sociedad de *Leasing*, titular de un derecho de superficie, bien en su estado inicial como tal derecho, o en su estado final, como *propiedad superficiaria*, podrá, en base a la catalogación legal del mismo, y cuando cuente con una valoración positiva de los organismos y autoridades competentes, cederlo en régimen de arrendamiento financiero.

La duración pactada del derecho de superficie no puede ser, en ningún caso, inferior a la del contrato de arrendamiento financiero, por cuanto constituye, precisamente, su objeto. Por otra parte, la necesaria inclusión de la cláusula de opción de compra por imperativo legal y como elemento esencial del contrato de *Leasing*, exige que la facultad del arrendatario de optar, incluso en sentido negativo, no quede inoperante por un dispositivo contractual establecido en la constitución del derecho de superficie, que genera la extinción de éste y la reversión de lo edificado al dueño del suelo, antes de que el arrendatario pueda hacer uso de tal derecho. Cuando el cedente del suelo y arrendatario financiero ejercite la opción de compra sobre la propiedad superficiaria, se produci-

rá la extinción por consolidación del derecho de superficie, quedando aquél como único titular del suelo y de lo edificado. Si, por el contrario, no se ejercitare la expresada opción, la Sociedad de *Leasing* retendrá la propiedad de lo construido durante el período de tiempo estipulado al constituir el derecho de superficie (apartado A) del artículo 16 del Reglamento Hipotecario), salvo que se hubiere pactado que en ese supuesto, el superficiario adquiriera la totalidad del suelo y del vuelo.

Tanto en el caso de que el inmueble en proyecto o en construcción sea financiado en su conjunto por la Sociedad de *Leasing*, como en el que nos ocupa en este apartado (financiación parcial concretada a la edificación), el arrendatario financiero puede asumir el papel de promotor y, eventualmente, el de ejecutar de la obra. El contenido de los respectivos contratos (de promoción y/o de ejecución de obra) o la fórmula negocial más amplia del mandato dirigido a legitimar la actuación del arrendatario como promotor (suscripción de contratos y en general de documentos públicos y privados necesarios para llevar a cabo la edificación, obtención de licencias, autorizaciones, crédito, contratación de personal, etc.) puede formar parte del contrato de arrendamiento financiero, como anexo bien diferenciado del mismo, o condicionando mediante el juego de cláusulas suspensivas o resolutorias la eficacia del contrato mismo o el cumplimiento de determinadas obligaciones. No obstante, su problemática, peculiar, entendemos que queda fuera de este estudio.

C) *Financiación parcial del inmueble concretada al solar. Edificación por cuenta del arrendatario financiero en base a un derecho de superficie concedido por la Sociedad de Leasing*

En este supuesto, el contrato de arrendamiento financiero queda circunscrito al solar. A diferencia de otras formas negociales utilizadas habitualmente (permuta de solar a cambio de pisos o locales cuya construcción se pretende; constitución de sociedad, etc.), el *Leasing* inmobiliario, en la hipótesis que nos ocupa, permite la financiación del suelo sin pérdida por la Sociedad de *Leasing*, de su titularidad dominical sobre el mismo. La concesión a favor del arrendatario financiero de un derecho de superficie destinado a edificar y hacer suyo lo edificado en el suelo cedido puede llevarse a cabo, en el marco del contrato de arrendamiento, siempre y cuando se establezcan las condiciones necesarias para su eficaz constitución (art. 16 del Reglamento Hipotecario citado) o bien en un contrato independiente. Llegado el momento de ejercitar la opción de compra sobre el solar, la adquisición, en su caso, de éste, lleva consigo la extinción automática por consolidación del derecho de superficie, y el

reconocimiento del pleno dominio sobre el inmueble a favor del hasta entonces arrendatario. Es evidente que cabe pactar la duración del contrato de arrendamiento financiero por un plazo inferior al del derecho de superficie. En este caso, si ejercitada la opción, el inmueble no hubiere sido terminado, el usuario lo hará suyo (suelo y vuelo) en el estado en que se encuentre. Cuando la opción no se ejercitase, el antiguo arrendatario ostentará los derechos típicos derivados de una propiedad superficial sobre lo edificado, que se extinguirán al finalizar el plazo de duración estipulado al constituir el derecho de superficie, salvo pacto en contrario.

Por último, queremos apuntar que, si bien la suscripción del contrato de arrendamiento financiero sobre el suelo puede coincidir en el tiempo, con la constitución del derecho de superficie a favor del usuario del solar es posible que la vida de aquél, o el incumplimiento de determinadas obligaciones en el mismo establecidas, se subordine o condicione a la conclusión de las obras.

4.3. EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE INMUEBLES RÚSTICOS.—PARTICULAR REFERENCIA AL DERECHO REAL DE VUELO

La posible proyección social de un *Leasing* inmobiliario que tenga por objeto la financiación de fincas rústicas está fuera de toda duda. Al margen de cualquier consideración doctrinal, parece evidente la conveniencia de desarrollar los esquemas jurídicos, técnicos y económicos precisos para que esta figura traspase las fronteras del texto legal que la introdujo y arraigue en el marco de una sociedad agrícola especialmente necesitada de nuevos instrumentos financieros.

La diversidad y complejidad de las formas de cesión de uso y aprovechamiento agrícola de las fincas rústicas tanto en territorio de derecho común como en las regiones forales plantea ya, en la práctica, enormes problemas de interpretación contractual y que, en el caso del arrendamiento financiero, harán imprescindible una matizadísima configuración negocial.

A diferencia de lo que ocurre en los predios urbanos, cuyas tres posibles alternativas hemos examinado anteriormente, entendemos que en este supuesto sólo caben dos formas de *Leasing* inmobiliario: A) Arrendamiento financiero total del conjunto predial, y B) cesión por la Sociedad de *Leasing* de un derecho de vuelo, completada con la del terreno en régimen de arrendamiento financiero.

La primera implica la cesión temporal de una finca para su aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal a cambio de un canon y con la necesaria inclusión de la cláusula de opción de compra. Se trata de una

típica manifestación del arrendamiento de cosas, siquiera venga éste especialmente modalizado por su carácter financiero y su sometimiento a una regulación especial.

La segunda, se concreta en una doble relación negocial: La propia de un derecho real de vuelo sobre finca rústica ajena y cuya titularidad dominical ostenta la Sociedad de *Leasing*, y la de un contrato de arrendamiento financiero sobre el suelo, anterior o simultáneo al nacimiento de aquel derecho, o posterior a sus resultados.

En esta segunda alternativa, en que el *Leasing* es utilizado como instrumento de financiación parcial del predio (sólo del suelo), se transmiten al titular del derecho de vuelo las facultades indispensables para la plantación y desarrollo de arbolado, reteniendo el dueño del suelo las demás facultades de uso que no interfieran el derecho limitante. Esta figura peculiar, regulada en el artículo 30.3.º del Reglamento Hipotecario, genera a favor de su titular un derecho de propiedad sobre la plantación con separación del dominio del suelo, y que tiene un carácter temporal.

El ejercicio por el arrendatario financiero de la opción de compra relativa al suelo, vigente el derecho de vuelo, extingue éste por consolidación, originando una propiedad nueva y global sobre el predio cedido. Por el contrario, si no se ejercitara la opción, lo plantado o sembrado revertirá al dueño del suelo, salvo pacto en contrario.

Lo que no resulta fácilmente imaginable, no obstante el criterio mantenido a propósito de las fincas urbanas, es que el dueño de un inmueble rústico ceda el derecho de vuelo a una Sociedad de *Leasing* para su posterior arrendamiento a aquél en régimen financiero, en cuanto a lo plantado o sembrado. Sin poner en duda la aplicabilidad, en estos casos, del artículo 334 del Código Civil, entendemos que la imposible concreción en términos objetivos de este tipo especial de propiedad, a diferencia de lo que ocurre con la denominada propiedad superficiaria, impiden su tratamiento en el marco jurídico que nos ocupa.

SEGUNDA PARTE

III. ESTUDIO DE LAS CONDICIONES GENERALES

I. INTRODUCCIÓN

Como bien señala SÁNCHEZ ANDRÉS (23), la cuestión de las condiciones generales de la contratación son, contemporáneamente, la expresión de una época de cambio. El viejo postulado *qui dit contractuel, dit juste*, en virtud del cual, la filosofía clásica del contrato se permitió abandonar a los acuerdos libres de las partes la ordenación de toda clase de pretensiones de contenido patrimonial se ve amenazado. El uso de las condiciones generales plantea graves cuestiones de legitimidad que exigen una valoración nueva del principio, según el cual, el particular es siempre el mejor guardián de sus intereses, de manera que, en la confrontación recíproca de los mismos, el sistema de autocomposición privada, asegura por sí sólo el logro de las soluciones de equilibrio que reclama la justicia distributiva.

La doctrina civilista clásica, alimentada por una filosofía liberal e individualista, colocó el centro de gravedad del contrato en el consentimiento. Sin embargo, el expresado centro ha ido desplazándose en las últimas décadas, hacia la propia función general que el contrato ha de satisfacer en un sistema de economía social del mercado. Parece pues, que el fundamento último de la referida evolución, y la necesidad correlativa de establecer límites precisos al principio de la libertad del contrato ha de encontrarse en el deseo de equilibrar el respectivo poder de negociación de ambos contratantes, con fines de tutela y protección de la parte más débil.

Un sector doctrinal se ha basado en el puro *derecho imperativo* y en el *orden público* (en su versión de orden público económico), para enjuici-

(23) ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS: «El control de las condiciones generales en Derecho Comparado: Panorama legislativo». *Revista de Derecho Mercantil*, números 157 y 158, julio-diciembre 1980, págs. 385 a 432.

ciar las cláusulas de las condiciones generales. Nuestro Código Civil, en su conocido artículo 1.255 dispone que: *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.* Este precepto se complementa con el artículo 1.271, que en su párrafo tercero señala que: *Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.* A su vez, el artículo 1.275 establece: *Los contratos sin causa, o con causa lícita no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.*

El actual artículo 6.3 del Código Civil dispone que: *Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.* Por último, el artículo 7 del mismo texto determina que: *Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.*

A la vista de estos preceptos, autores como GARCÍA AMIGO (24) considera que la *buena fe* no puede operar como límite de la validez de las cláusulas de las condiciones generales, porque en ninguno de los artículos señalados se prevé la posibilidad de dar relevancia jurídica al citado principio para determinar la invalidez de las cláusulas que hayan sido objeto de un consentimiento contractual perfectamente formado desde el punto de vista estructural.

Asimismo carece de lógica, continúa diciendo el autor citado, tener en cuenta las *buenas costumbres*, ya que entiende que constituyen una barrera de la autonomía de la voluntad que se manifiesta en el momento de la eficacia normativa del negocio, no en el de su perfección o conclusión.

Por otro lado, afirma, la *lesión*, en cuanto figura técnico jurídica que puede dar lugar a la rescisión del contrato por falta de equidad de las prestaciones, no se admite en general, sino tan sólo en unos casos específicos con carácter excepcional: artículo 1.293 del Código Civil y 344 del Código de Comercio. Por todo ello, concluye GARCÍA AMIGO, las *normas de derecho imperativo y el orden público económico*, representado fundamentalmente por la *Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, de 20 de julio de 1963*, son los únicos medios de que se dispone para reprimir los abusos que puedan cometerse en la contratación a través de las condiciones generales.

(24) M. GARCÍA AMIGO: *Condiciones generales de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, págs. 242 y ss.

Las notas típicas de este *concepto en blanco*, extraídas de la Exposición de motivos de la citada Ley, son: A) La existencia de una especial conformación estatal de la economía. B) La de que esa conformación presupone, junto al reconocimiento del principio de libertad económica de los ciudadanos, la exigencia de que los poderes públicos adopten una postura activa en el campo de lo social dirigiendo su actividad a la salvaguarda y protección del bien común.

En base a estos principios, señala GARCÍA AMIGO, podría impugnarse por la parte lesionada injustificadamente alegando una violación del orden público económico, la celebración de un negocio en el que una de las partes que goce de una posición de monopolio o, al menos, dominante en el mercado, establezca unas condiciones generales abusivas.

En relación con el concepto que nos ocupa —el *orden público económico*—, DÍEZ PICAZO (25) lo precisa aún más diciendo que: *Se trata de un conjunto de reglas básicas conforme a las cuales, en un momento dado, aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad*. Dichas reglas, indica el autor citado, son las siguientes: 1.^a Reconocimiento de la propiedad privada. 2.^a Reconocimiento de la libertad económica. 3.^a La moralización de las relaciones económicas. 4.^a La de conmutatividad del comercio jurídico. 5.^a La de seguridad jurídica y seguridad en el tráfico jurídico.

Concretamente, por lo que se refiere a la 4.^a, *Conmutatividad del comercio jurídico*, dicha regla aparece construida por las siguientes líneas argumentales: En primer lugar, ningún desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro, *ningún enriquecimiento o atribución patrimonial, puede producirse de una manera válida y eficaz, sin que concurra una causa* que el ordenamiento jurídico considere suficiente como para servir de fundamento o justificación a dicha atribución.

En segundo lugar, en el cambio de bienes debe observarse el principio de *equilibrio en las prestaciones*. En efecto, nuestro Código Civil, en su artículo 1.289, aplica esa idea como criterio de interpretación para resolver las dudas de los contratos, cuando dice que éstas se resolverán: *En favor de la mayor reciprocidad de intereses*.

Un autor antes citado, CABANILLAS SÁNCHEZ (26), rebate parte de la tesis expuesta por GARCÍA AMIGO, entendiendo que la operatividad de la *moral y las buenas costumbres*, es algo que no ofrece la menor duda cuando las cláusulas de las condiciones generales entran en contradic-

(25) LUIS DÍEZ PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Ed. Tecnos, 1970, págs. 42 y ss.

(26) ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ: «La naturaleza del *Leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales». *Anuario de Derecho Civil*, 1982, págs. 74 y ss.

ción con el conjunto de convicciones o valores ético-sociales imperantes en una comunidad.

También la *buena fe*, en cuanto principio principio general del Derecho, puede ser utilizada, según CABANILLAS, para reprimir las cláusulas de las condiciones generales claramente inicuas o abusivas, pues no en vano el Título Preliminar del Código Civil establece (art. 1 apartado 4) que los principios generales del Derecho tienen carácter normativo e informan todo nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo que toca a la *rescisión por lesión*, afirma dicho autor que, aunque el contrato no pueda ser rescindido por no darse alguno de los supuestos del artículo 1.291 del Código Civil, ello no significa que no existan medios jurídicos en nuestro Derecho para combatir las cláusulas inicuas. Considera que ésta es la línea establecida por la reciente Constitución española en su artículo 51 y que ha sido recogida por la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, cuyo artículo 3 dispone: *Las condiciones generales, en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados...*

En parecidos términos se expresa el profesor DE CASTRO (27), que patrocina también la tesis de que las condiciones generales podrán ser impugnadas en cuanto sean contrarias a la buena fe; a las buenas costumbres; constituyan un abuso de Derecho o impliquen una renuncia a ciertas leyes. A juicio de los dos autores últimamente citados, debe examinarse atentamente toda norma jurídica que no se aplica por señalarlo alguna cláusula de las condiciones generales, a fin de determinar si existe una *razón fundada* que justifique la inaplicación. Esta justificación no existirá cuando se sustituyan normas dispositivas por unas condiciones abusivas y, en general, cuando se alcancen consecuencias que estén en desacuerdo con los principios generales del Derecho. En este sentido hay que tener en cuenta lo que dispone el apartado 2 del artículo 6 del Código Civil: *La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*. Así pues, el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato, no será eficaz en cuanto implique una renuncia de la ley.

Por otro lado, y conforme expone CABANILLAS, deben analizarse en profundidad determinadas normas que pasan por ser de derecho dispositivo cuando en realidad forman parte del denominado *ius cogens*: Aqué-

(27) FEDERICO DE CASTRO: «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, 1961, fascículo II, págs. 295 y siguientes.

llas que se establecen especialmente por razón de la naturaleza misma de los contratos onerosos y conmutativos, y aquéllas otras que resultan de la propia condición de cada tipo de contratos.

Dibujado el marco legal y doctrinal en el que se plantea la cuestión de las condiciones generales de los contratos, vamos a proceder al examen de las que, de manera habitual, forman parte de los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles.

2. EXAMEN DE ALGUNAS DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS DE «LEASING» INMOBILIARIO

A) *La entrega de la finca en la fecha convenida: Cláusula por la que la Sociedad de Leasing se exonera de responsabilidad si no se encuentra el inmueble a disposición del arrendatario financiero en la fecha convenida*

La cláusula por la que la Sociedad de *Leasing* no es responsable cuando el usuario no tiene a su disposición los bienes en la fecha y lugar convenidos, de general inclusión en los *Contratos de arrendamiento financiero de bienes muebles*, presenta en los contratos de *Leasing* inmobiliario, unas características absolutamente distintas derivadas, obviamente, de la misma naturaleza de los bienes. Antes de referirnos a los diferentes supuestos que pueden darse en la práctica, creemos oportuno examinar, siquiera sea de una manera sucinta, la cuestión que ha preocupado y preocupa a la doctrina moderna, relativa a las cláusulas de exoneración de responsabilidad.

Como señala Díez PICAZO en la obra antes citada, a falta de una normativa precisa y clara, el problema tiene que ser reconducido al tema general del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil) que tiene, sin embargo como límites: La ley, la moral y el orden público.

La inadmisibilidad de las cláusulas de exoneración se ha buscado en la imposibilidad de dejar sin efecto un régimen de sanciones establecido por el ordenamiento jurídico como reacción frente a actos de carácter ilícito que constituyen una contravención al mismo. En cambio, se ha señalado que, si tales normas y sanciones son puestas por el ordenamiento a disposición exclusiva del sujeto interesado para hacer posible la satisfacción de su interés, ningún inconveniente existe para que el propio interesado establezca sobre el particular aquello que mejor le acomode.

En la doctrina y en la jurisprudencia prepondera, sin embargo, una

línea de pensamiento que distingue la responsabilidad por *dolo* y por *culpa* o *negligencia*. No nos corresponde aquí fijar estos conceptos, sino tan sólo señalar que, es general el criterio, de considerar como inadmisibles la cláusula de exoneración de responsabilidad por *dolo*, pues lo contrario, supondría permitir la libre comisión de un ilícito.

En nuestro ordenamiento jurídico, el problema se encuentra resuelto por el artículo 1.102 del Código Civil, según el cual: *La responsabilidad procedente por dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla exigible es nula.*

En cambio, resulta más complicada la cuestión relativa a la exoneración de responsabilidad en los casos de *culpa* o *negligencia*. DÍEZ PICAZO, en la obra referida, recoge el parecer mayoritario a tenor del cual, ante una auténtica laguna legal, hay que admitir la validez de las cláusulas que exoneran al deudor en los supuestos indicados. Conforme al artículo 1.103 del Código Civil. *La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.* Así pues, el silencio del Código, junto a la expresa declaración del artículo 1.102 referida exclusivamente al *dolo*, abonan la tesis expuesta y, por consiguiente, la validez de la cláusula de exoneración en el caso de culpa o negligencia.

Aunque algunos autores se muestran partidarios de distinguir dentro del esquema de la *culpa*, entre culpa lata, leve y levísima, y extraer de esta distinción la conclusión de que la *culpa grave* se equipara al *dolo*, la realidad de nuestro derecho positivo, en este caso, el Código Civil, no da pie para entender vigente la máxima: *Culpa lata dolo aequiparatur.*

Ciñéndonos ya al examen de la cláusula de *exoneración de responsabilidad para el caso de que el inmueble no se encuentre a disposición del arrendatario, en la fecha convenida*, y teniendo en cuenta las diferentes hipótesis abordadas en este estudio podemos distinguir los siguientes supuestos:

1.º *La Sociedad de Leasing es propietaria de un inmueble terminado y apto para servir, inmediatamente, a los fines previstos en el contrato de arrendamiento financiero.* En este caso, como la cesión del uso del inmueble se efectuará normalmente, en el marco del contrato de arrendamiento financiero, la cláusula en cuestión no se incluirá en el mismo.

2.º *La Sociedad de Leasing no es propietaria del inmueble.* Pueden distinguirse dos hipótesis: Que la Sociedad de *Leasing* lo adquiera y lo ceda en arrendamiento financiero en el mismo documento, en cuyo caso nos encontraríamos en el supuesto del apartado 1.º, o bien que se suscri-

ba previamente un contrato de arrendamiento financiero, en el que como obligación principal del mismo se comprometa la Sociedad de *Leasing* a adquirir el inmueble y a cederlo en arrendamiento financiero, quedando mientras tanto supeditada la eficacia total del contrato o el de alguna de sus estipulaciones a un juego de condiciones determinado (suspensivas o resolutorias).

Dejando al margen la problemática cierta de la posible validez de un contrato de arrendamiento financiero de *cosa futura*, no cabe duda de que, en el supuesto planteado, sí cobra sentido incluir una cláusula de exoneración de responsabilidad como la mencionada.

3.º *Supuesto del inmueble en proyecto o en construcción.* Cuando la ejecución de la obra sea por cuenta de la Sociedad de *Leasing*, ya sea como titular del suelo, o como titular de un derecho de superficie concedido por el arrendatario financiero como dueño de aquél, es fundamental distinguir según el papel que este arrendatario asuma en la realización de la edificación. En efecto, no es previsible la existencia de una cláusula como la estudiada, en los casos en que el usuario sea el responsable de la promoción y ejecución de la referida obra o al menos de controlar su ejecución, como consecuencia de un contrato celebrado con esa finalidad (mandato, ejecución de obra, etc.). En cambio, será frecuente su inclusión cuando sea la Sociedad de *Leasing* la responsable de la promoción, seguimiento o ejecución señaladas.

Pues bien, como veíamos anteriormente, resulta terminante por imperativo legal (art. 1.102 del Código Civil) la invalidez de una cláusula introducida en los casos señalados, en que de manera total y absoluta, se exonere de responsabilidad a la Sociedad de *Leasing* cuando no tenga a disposición del usuario el inmueble en la fecha convenida, a menos que se salve de dicha exoneración el supuesto en que medie *dolo*.

Otra cuestión es que, aun hecha la expresada salvedad, no quepa impugnar las cláusulas de exoneración de responsabilidad si el inmueble no se entrega en la fecha fijada en el contrato basándose en la infracción de alguno de los principios antes expuestos: Principio de *conmutatividad*, en cuanto manifestación de uno superior denominado de *orden público económico* y a tenor del cual, *ningún enriquecimiento patrimonial puede producirse de una manera válida y eficaz sin que concurra una razón o causa* que el ordenamiento jurídico considere suficiente como para servir de fundamento al mismo; y principio conforme al que, asimismo, debe guardarse el mayor *equilibrio* posible *entre los bienes y servicios objeto de cambio*.

Lo que ocurre es que, mientras para el supuesto de *dolo*, la existencia de un precepto legal específico (art. 1.102 del Código Civil) deter-

mina la invalidez de una cláusula de exoneración de responsabilidad generalizada en la que no se excluya el *dolo*, en los casos de actuación culposa o negligente de la Sociedad de *Leasing*, o incluso en situaciones en que sin mediar aquélla, se hayan producido desplazamientos patrimoniales que generen un enriquecimiento injustificado o un desequilibrio en los intereses de ambas partes, serán los Tribunales los que atendiendo a las circunstancias concurrentes, y en base a lo dispuesto en los artículos 1.289 y apartado segundo del artículo 3 del Código Civil, entre otros, establecerán la procedencia de las pretensiones de impugnación, y por ende la invalidez de ciertas estipulaciones.

Por consiguiente, y este criterio lo hacemos extensivo a otras cláusulas a las que luego nos referiremos, la falta de una doctrina específica en torno a las condiciones generales de los contratos de *Leasing* inmobiliario, y más aún, de una jurisprudencia reiterada de los Tribunales, impide, en estos momentos, apreciar con nitidez los perfiles de una configuración presuntamente válida de determinadas condiciones. No obstante por un elemental sentido de prudencia jurídica, y para evitar, como más tarde veremos, calificaciones denegatorias, creemos recomendable la previsión de mecanismos correctores que restablezcan, para los supuestos en que no medie una actuación dolosa, el debido equilibrio de las prestaciones.

B) *Cláusula por la que la Sociedad de Leasing queda exenta de responsabilidad en los casos de evicción y vicios del inmueble cedido en arrendamiento financiero. Subrogación a favor del arrendamiento de los derechos y acciones que pudieran corresponderle en estos supuestos.*

La mayor parte de los autores que han estudiado este tema, lo han hecho en relación con el *Leasing* mobiliario y, generalmente, consideran que la traslación de riesgos o de responsabilidades en los supuestos mencionados constituye una de las características esenciales del arrendamiento financiero que se justifica con la vocación financiera y técnica peculiar de aquella figura, al tiempo que supone una derogación justificable de las normas generales en materia de arrendamiento, efectuada al amparo de la libertad de pactos.

El artículo 1.553 del Código Civil al remitirse a los artículos 1.475 y 1.485 del mismo texto, permite afirmar la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad de la Sociedad de *Leasing*, tanto en el supuesto de EVICCIÓN (privación del usuario por Sentencia firme y en virtud de un derecho anterior al arriendo, de todo o parte de la cosa arrendada), como en el caso de VICIOS O DEFECTOS OCULTOS,

salvo en los casos que a continuación se indican. En efecto, de acuerdo con el artículo 1.476 (precepto de carácter imperativo) será nulo todo pacto que exima de responder de la evicción cuando hubiere mediado mala fe —*dolo*—; por su parte, conforme al artículo 1.485 antes citado, se exceptúa de la exoneración, el supuesto en que se conocieran por el arrendador los vicios o defectos ocultos.

En relación con la *evicción*, conviene apuntar la particular incidencia que, para la figura objeto de nuestro estudio, tendrá su inclusión en el sistema de publicidad registral propio de las relaciones jurídicas inmobiliarias y a cuyos efectos luego nos referiremos.

Por otro lado, la admisión en términos generales de la cláusula de exoneración de responsabilidad salvo el supuesto de dolo, no impide recordar nuestro criterio apuntado en el apartado A), y, según el cual, en base al *principio de conmutatividad* allí desarrollado (en su doble vertiente dirigida a lograr que todos los desplazamientos patrimoniales encuentren una causa que los justifique, y que entre los bienes y servicios objeto de cambio, se logre el mayor equilibrio posible), habrá que prever los mecanismos correctores necesarios para evitar el enriquecimiento injustificado o el desequilibrio patrimonial en beneficio de la Sociedad de *Leasing*, cuando se produzca la privación total o parcial del inmueble aun cuando no medie dolo o culpa por su parte. En consecuencia, no sólo deben excluirse las cláusulas que permitan al arrendador percibir el resto de los cánones no vencidos, sino también, y teniendo en cuenta la especial naturaleza del *Leasing* inmobiliario, podría cuestionarse la validez de aquellas cláusulas que no previeran la restitución al arrendatario de los excesos abonados en concepto de canon arrendaticio, o la disminución del importe de los restantes no abonados y del valor residual prefijado en la hipótesis de una privación parcial del inmueble, si es que fuere posible, lo que estimamos difícil en términos jurídicos, que no opere la novación extintiva, haciendo por tanto indispensable la suscripción de un nuevo contrato. De cualquier manera, vaya por delante nuestra afirmación de que, ante la inexistencia de una doctrina o reiterada jurisprudencia sobre el tema, habrán de ser los Tribunales, en su caso, conforme a los artículos 6 y 1.289 del Código Civil, los que decidan en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Así, es evidente que la *subrogación* a favor del arrendatario financiero de los *derechos y acciones* que corresponderían a la Sociedad de *Leasing* en los supuestos de evicción o vicios o defectos ocultos, en cuanto pudiera operar como instrumento corrector ante situaciones como la expuesta, serviría para considerar eficaces las cláusulas señaladas.

Por lo que respecta a los vicios o defectos ocultos, la aplicación de

los preceptos civiles (art. 1.484 del Código Civil) y de la doctrina sobre la materia, nos llevan a delimitar su concepto en sentido amplio, entendiendo por tales aquellas circunstancias o condiciones objetivas del inmueble que le hacen impropio para el uso a que se destina, o disminuyen su valor o su capacidad de utilización en los términos estipulados.

Del examen del artículo 1.485 del Código Civil *in fine*, se deduce que, si bien es posible el pacto de exoneración de responsabilidad en estos casos, el legislador, más riguroso al parecer que en el supuesto de evicción, establece como límite a dicha exoneración que *los vicios o defectos ocultos sean conocidos* por el transmitente. Es decir, que la eficacia de la cláusula por la que la Sociedad de *Leasing* no responde ante la existencia de vicios o defectos ocultos, decae cuando aquélla los conoce sin que sea preciso llegar a la intencionalidad maliciosa propia del dolo.

No obstante, hay que indicar que también el último inciso del artículo 1.484 del Código Civil, contempla una excepción de tipo legal a la responsabilidad del cedente cuando el adquirente del inmueble —arrendatario financiero—, *por razón de su oficio o profesión, debiera conocer fácilmente tales vicios o defectos*. La posición de esta limitación de responsabilidad establecida por la ley dentro del marco jurídico del saneamiento, le atribuye a nuestro entender una eficacia operativa general tanto en la hipótesis de que no haya mediado pacto de exoneración, como en aquéllas en que habiendo mediado, la Sociedad de *Leasing* conociera los vicios o defectos, con la sola excepción de que hubiera actuado con dolo.

Por último destacaremos que, cuando las condiciones objetivas del inmueble, distintas de las pactadas, le hagan *absolutamente inadecuado* para satisfacer las necesidades previstas en el contrato de arrendamiento financiero, el mismo régimen imperativo establecido en el artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, que exige la afectación de aquél a los fines de *Leasing*, en relación con el artículo 1.124 del Código Civil, dará lugar a la resolución del contrato, aunque exista un pacto de exoneración de responsabilidad, y con indemnización de daños y perjuicios si hubiere mediado dolo.

Las consideraciones ya reiteradas, en torno a la aparición de un enriquecimiento injustificado en el patrimonio de la Sociedad de *Leasing* como consecuencia de los pactos válidamente concertados de exoneración de responsabilidad o, simplemente, por aplicación del supuesto legal antes mencionado (art. 1.484 del Código Civil), nos conducen a estimar como indispensable, no sólo *la subrogación* a favor del arrendatario financiero de los derechos y acciones que pudieran corresponder a la Sociedad de *Leasing*, sino también la fijación de los adecuados mecanismos correcto-

res o compensatorios para el caso de que aquélla no se hubiera previsto o resultara inoperante o insuficiente.

C) *Cláusula por la que la Sociedad de Leasing no responde si el inmueble se deteriora o destruye total o parcialmente por caso fortuito o fuerza mayor*

El artículo 1.568 del Código Civil, que contempla, entre otros supuestos, el de *pérdida de la cosa arrendada*, al remitirse al artículo 1.182 del mismo texto, permite afirmar la extinción de la relación arrendaticia cuando la destrucción física del inmueble (pérdida en sentido material) es total, o aun cuando siendo el deterioro o pérdida parcial, la finca quede privada de las condiciones necesarias para cumplir la función económica prevista en el contrato de arriendo.

También la legislación especial de Arrendamientos Urbanos, prevé la resolución de dichos contratos en sus artículos 114.10 (declaración de ruina) y 118 (pérdida o destrucción de la vivienda o local de negocio). Asimismo, la reciente Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, en su artículo 82, establece la extinción de la relación arrendaticia si la finca se perdiera totalmente por caso fortuito o fuerza mayor. Cuando la pérdida fuese parcial, el arrendatario podrá optar entre continuar el arriendo con la reducción proporcional de la renta o pedir la resolución del contrato.

La solución que apuntan los preceptos mencionados, está en consonancia con el carácter bilateral del arrendamiento, pues la causa del pago del canon arrendaticio se encuentra, precisamente, en el goce o uso de los bienes arrendados. Al no poder gozar el usuario de los bienes, faltaría la causa que justificara el pago de las mensualidades (art. 1.274 del Código Civil).

Las particulares características del Contrato de arrendamiento financiero no impiden, a nuestro juicio, la aplicación a éste como derecho imperativo, de las normas civiles citadas en cuanto establecen una regulación necesaria para un tipo determinado de contratos: Los de carácter bilateral, oneroso y conmutativo entre los que se encuentra la figura estudiada.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en las condiciones generales del *Leasing* inmobiliario, se prevé, normalmente, *el aseguramiento* de la finca objeto del contrato, lo que nos lleva a admitir, en principio, la validez de la cláusula de exoneración de responsabilidad de la Sociedad de *Leasing*. Como antes se ha tratado en otros supuestos planea,

no obstante, sobre la indicada cláusula, el problema de un posible enriquecimiento injustificado en favor de aquélla. Por ello, conviene distinguir los siguientes casos:

1. *Siniestro total, o parcial pero de tales características que resulta imposible de manera absoluta el cumplimiento de la función económica prevista en el contrato de arrendamiento financiero*

Pueden plantearse dos supuestos:

1.1. Que en el contrato de arrendamiento financiero no se pacte para esta hipótesis la subsistencia del contrato y la reconstrucción o reposición del inmueble con cargo a la indemnización, o aquélla resultare imposible.

La indemnización a satisfacer por la Compañía aseguradora puede resultar *igual, superior o inferior* al importe de las *rentas pendientes más el valor residual* fijado en el contrato. Pues bien, no se plantea problema alguno cuando la indemnización sea igual a la suma de los citados conceptos, en cuyo supuesto se entregará a la Sociedad de *Leasing*. Cuando la indemnización sea superior al importe de las rentas pendientes más el valor residual, entendemos que el exceso deberá entregarse al arrendatario. Por último, si la indemnización es inferior a la suma de las rentas pendientes y del valor residual, el pacto en virtud del cual corresponde al usuario del inmueble el abono de la diferencia, generará un enriquecimiento injustificado en el patrimonio de la Sociedad de *Leasing*, no admisible en Derecho.

1.2. Que en el contrato de arrendamiento financiero se pacte la subsistencia del mismo y la reconstrucción o reposición del inmueble con cargo a la indemnización, y aquélla resultare posible. Hay que distinguir también diferentes supuestos:

a) Que el importe de la indemnización fuese igual al coste de reposición del inmueble y éste, a su vez, al precio del inmueble que resulte del contrato. No se plantea en este caso ningún problema.

b) Que el importe de la indemnización bastare para cubrir el presupuesto de reconstrucción o reposición del inmueble, siendo ambos superiores al precio del mismo según el contrato. Si el arrendatario financiero ejercitare en su momento la opción de compra prevista en el contrato por razón de las primas del seguro satisfechas.

Pero si, por el contrario, el arrendatario financiero no ejercitare la opción, hará suya esa diferencia de valor sobrevenida a la que es acreedor

opción de compra, es indispensable que perciba la diferencia entre el valor de reposición del inmueble y el precio del mismo según contrato.

c) Cuando el importe de la indemnización, aun siendo igual al precio fijado en el contrato, resulte inferior al coste de reconstrucción o reposición del inmueble, si se hubiere estipulado que la Sociedad de *Leasing* abonare la diferencia, creemos que se inevitable la novación extintiva del contrato conforme a los artículos 1.203 y 1.204 del Código Civil, debiendo fijarse de nuevo contractualmente: El precio del arriendo, la cuantía de los plazos y el valor residual del inmueble.

Cuando se hubiere pactado que la diferencia o exceso entre el importe de la indemnización y el de la reconstrucción o reposición de la finca lo abonare el arrendatario puede ocurrir: Que éste ejercite en su momento la opción de compra en los términos del contrato, en cuyo caso haría suyo el incremento experimentado por vía de reposición del inmueble, quedando suficientemente compensado de esta manera; o bien, que el usuario no utilice dicha opción, en cuya hipótesis, para que no se produzca el enriquecimiento, sería preciso el reembolso por la Sociedad de *Leasing* de la diferencia entre el presupuesto de reposición y la indemnización realmente percibida.

Existen contratos de arrendamiento financiero; en los que se pacta que si la indemnización no alcanzase a cubrir el valor de reposición del inmueble, y el arrendatario hiciere efectiva la diferencia, se entenderá ejercitada en ese mismo momento la opción de compra sobre el mismo. Estimamos válida dicha cláusula establecida al amparo del principio de libertad de pactos y en cuya virtud, junto al plazo normal para ejercitar la opción, se estipula otro, condicionado al surgimiento de un acontecimiento determinado.

d) Cuando la suma en que consista la indemnización sea superior al coste de reposición del inmueble, y éste a su vez, igual que el precio fijado en el contrato para el arriendo, el usuario será acreedor de la diferencia.

e) Por último, si el importe de la indemnización fuere superior al coste de reposición de la finca, y éste también superior al precio señalado en el contrato de arrendamiento financiero, el arrendatario hará suya la diferencia entre la indicada indemnización y el presupuesto de reconstrucción o reposición y además, habrá que tener en cuenta lo expuesto en el apartado b) precedente, según se ejercite o no la opción de compra.

II. *Siniestro parcial*

Consideramos aplicables, en términos generales, los mismos criterios señalados en el epígrafe 1.2 con las adaptaciones propias del caso. En efecto, si tras el siniestro el inmueble se viera disminuido en su valor o en sus condiciones o cualidades objetivas sin que ello impidiera absolutamente el cumplimiento de la función económica prevista en el contrato de arrendamiento financiero, y no fuera posible su reposición al estado anterior en la forma antes expresada, se hará indispensable la novación del contrato para establecer un nuevo sistema de organización de intereses (modificación de la cuantía de las rentas pendientes, valor residual, etcétera), de acuerdo con los principios civiles sobre la materia.

Para finalizar con el estudio de la cláusula que nos ocupa, diremos que el pacto en virtud del cual la Sociedad de *Leasing* seguirá percibiendo durante la reposición o reconstrucción del inmueble las rentas pactadas que venzan durante el expresado período, no puede considerarse válido, abundando en las razones repetidamente expuestas (principio de conmutatividad: Enriquecimiento injustificado), a menos que el arrendatario pueda seguir obteniendo del inmueble la misma función económica que hasta la fecha del siniestro (siniestro parcial), o bien, por razón del seguro concertado, la indemnización cubra, además de los conceptos ya señalados, el pago de los cánones que se devenguen durante el período de reposición o reconstrucción.

D) *Cláusula en virtud de la cual, la falta de pago de alguna de las mensualidades dará lugar a la resolución del contrato de Leasing inmobiliario, y al pago inmediato de una parte importante o de la totalidad de las mensualidades no vencidas*

La resolución del contrato de arrendamiento financiero por impago de las mensualidades pactadas debe admitirse, ya que se basa en el incumplimiento por el usuario del inmueble de la obligación de pago del precio en el tiempo y lugar fijados. El problema surge al valorar la cláusula por la que el arrendatario, ante el incumplimiento citado, ha de pagar una parte importante o la totalidad de las mensualidades no vencidas.

En realidad, se trata de una cláusula penal que sustituye habitualmente a la indemnización de daños y perjuicios y al abono de intereses (artículo 1.152 del Código Civil). Su misión consiste en reforzar el vínculo, ofreciendo a la Sociedad de *Leasing* un medio más intensamente eficaz para lograr que el arrendatario cumpla sus obligaciones concernientes al pago del canon.

El párrafo segundo del citado precepto señala que: *Sólo podrá hacerse efectiva la pena, cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.*

Pues bien, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 1.101 y 1.105 es evidente que, para que la pena sea exigible, es preciso que el arrendatario haya incurrido en *mora*, lo que generalmente no se produce de manera automática desde que llega el momento de cumplir y no se cumple, sino cuando llegado éste, el acreedor exige su cumplimiento. Claro es que puede pactarse que, llegado tal momento y no cumpliéndose la obligación, se incurra en la pena automáticamente sin necesidad de requerimiento alguno. La exigibilidad de la pena se da por el simple incumplimiento, cumplimiento defectuoso (por ejemplo, pago de parte del canon estipulado) o retraso en el cumplimiento. Además, y conforme al artículo 1.105 del Código Civil, resulta obvio que la exigencia de la pena sólo podrá tener efecto en los supuestos de *culpabilidad*, salvo que se hubiere pactado expresamente la asunción del riesgo por caso fortuito. Por último, en lo que se refiere a la *prueba* de la cláusula penal, hay que distinguir entre la *prueba del incumplimiento* o *cumplimiento defectuoso* que deberá efectuarse siempre, y la *prueba de la cláusula penal misma*, que cuando tenga, como ocurre en el caso de nuestro estudio por regla general, carácter sustitutivo, exime de la fijación de los daños, perjuicios e intereses.

De todo lo expuesto se desprende que, los efectos de la cláusula penal, se traducen en una agravación de la responsabilidad del deudor. Ello lleva consigo la posible aplicación del artículo 1.154 del Código Civil, según el cual: *El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.* Este precepto se configura como un verdadero deber de los Jueces que se efectúa en virtud de un arbitrio de equidad. Supone además una expresa remisión a los principios generales del Derecho. En particular, a estos efectos debe tenerse presente lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 7 del Código Civil a cuyo tenor: *La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.*

A su vez el artículo 3 apartado 2 del mismo texto dice: *La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.*

Aunque la jurisprudencia, por lo general, se inclina por la moderación de la pena en los supuestos de *cumplimiento irregular*, es decir, *solamente cuando se cumplió algo*, alguna Sentencia aislada, como la de 5 de noviembre de 1965, entiende que cabe también moderar la aplicación de la pena cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos.

En conclusión, y por lo que se refiere al problema aquí planteado, consideramos que, puesto que la apreciación, en su caso, de la necesidad de moderar la cláusula penal, corresponde a los Jueces, y dado que hasta el momento en relación con los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles, no existe tal jurisprudencia, no cabe más que la simple recomendación de establecer un criterio de prudencia en la configuración de las expresadas cláusulas penales.

E) *Cláusula por la que el arrendatario financiero no podrá ceder, subarrendar o traspasar el inmueble objeto del contrato*

Un análisis detenido de las tres figuras mencionadas: Cesión, subarriendo y traspaso, nos conduce a adoptar el siguiente criterio en orden a su admisibilidad.

Por lo que se refiere a la cesión del inmueble, ésta puede estimarse válida cuando opere en el marco jurídico de la denominada *CESION DEL CONTRATO*, tal y como luego veremos.

No ocurre lo mismo, sin embargo, en los supuestos de traspaso y subarriendo. En efecto, en lo tocante al *traspaso*, la exclusión del contrato de arrendamiento financiero de inmuebles del ámbito normativo de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como veíamos anteriormente, hace innecesario reiterar aquí de nuevo las razones que, a nuestro juicio, fundamentan la inaplicación de la expresada legislación a la figura objeto de nuestro estudio, y por consiguiente de unos preceptos nacidos para regular una modalidad, de perfiles tan específicos, como la que representa el traspaso de locales de negocio.

Por otra parte, el *subarriendo*, como contrato por el que una de las partes (en este caso, el arrendatario financiero) se obliga a dar a otra (subarrendatario) el uso o goce de todo o parte del inmueble arrendado, por tiempo determinado y precio cierto, se compagina mal con el artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, que de manera imperativa establece que: *Los bienes quedan afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales, durante toda la vigencia del contrato*.

Al tratar este precepto cuando examinamos los problemas del inmueble en proyecto o en construcción, apuntábamos cómo *la afectación a un*

fin (el previsto en el contrato) implica el *compromiso permanente del usuario de destinar todo el inmueble de acuerdo con el uso pactado durante la vida del contrato*. Así pues, el carácter terminante de la norma precitada, impide a nuestro entender, toda alteración de hecho o de derecho de las condiciones de utilización del inmueble que fueron estipuladas en el contrato, para el cumplimiento del fin previsto en el mismo.

A diferencia del subarriendo, la *cesión de arrendamiento* constituye un contrato en el que una de las partes (en este caso el arrendatario financiero) transmite a la otra el conjunto de derechos y obligaciones que integran la posición jurídica de arrendatario en la relación jurídica de arrendamiento, en cuya posición queda subrogado el adquirente.

Aunque nuestro derecho positivo no contiene normas que admitan y consagren con carácter general la figura de la cesión del contrato, la doctrina mayoritaria considera que todo contrato cuya naturaleza no sea de carácter *personalísimo* por lo que se refiere a sus prestaciones, es cedible como un todo al amparo del principio general de libertad de pactos contenidos en el artículo 1.255 del Código Civil y porque no es contraria a la ley, a la moral, ni al orden público.

Nosotros creemos que el pacto por el que la Sociedad de *Leasing* prohíbe la cesión del contrato de arrendamiento financiero sobre un inmueble o bien lo condiciona a su consentimiento, es válido, como evidentemente también lo es, a tenor de lo expuesto anteriormente, la cláusula por la que la Sociedad de *Leasing* permite la cesión del contrato prestando su consentimiento por anticipado.

Hay que partir de la base de que el fenómeno de la cesión del contrato, como dice DÍEZ PICAZO (28), es un negocio que se forma a través del encuentro o coincidencia de tres declaraciones de voluntad que persiguen el mismo propósito: En el supuesto que nos ocupa, la de la Sociedad de *Leasing*, la del arrendatario financiero, y la del cesionario. Se trata, por tanto, de un *contrato plurilateral* o *negocio plurilateral*, cuya peculiar configuración como tal impide la aplicación de la normativa civil e hipotecaria de las prohibiciones de disponer cuando tal cesión se prohíba o supedita a la previa autorización de la entidad arrendadora en el contrato de *Leasing* inmobiliario.

La cuestión de si el negocio de cesión es una traslación de la originaria relación jurídica contractual, que pasa del cedente al cesionario, o si, mediante unas nuevas declaraciones de voluntad, se produce la renovación total del contrato primitivo (novación extintiva), debe resolverse a favor del mantenimiento del primitivo vínculo contractual siempre y cuando se produzca la subrogación íntegra del adquirente en los mismos

(28) LUIS DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, páginas 827 y ss.

derechos y obligaciones que tuviera el arrendatario financiero cedente. No creemos que el término *usuario* que emplea el artículo 1.º del Real Decreto citado, tenga un carácter singular que otorgue al contrato la naturaleza de personalísimo, aunque es evidente, como señalábamos anteriormente, la necesidad de mantener incólumes las restantes condiciones en que se fundamenta y apoya el sistema pactado de organización de intereses. Cuando esto no ocurra, y surja una objetiva incompatibilidad o contradicción entre la reglamentación antigua y la nueva, aun cuando fuere consentida por las partes, no podrá hablarse de pervivencia del primitivo contrato de arrendamiento financiero, y su extinción vendrá impuesta no sólo por aplicación de los preceptos propios de la institución novatoria (arts. 1.203 y ss. del Código Civil), sino conforme a las normas específicas que, con carácter de derecho necesario, regulan los elementos esenciales del contrato que nos ocupa.

- F) *Cláusula por la que llegado el término del período contractual de utilización del inmueble, sin que el arrendatario financiero lo hubiera adquirido en virtud de la opción de compra, ni restituido a la Sociedad de Leasing, el contrato se considerará prorrogado en sus mismas condiciones, precios y plazos*

En definitiva, el problema se concreta en examinar si al contrato de arrendamiento financiero le son aplicables por expresa invocación de las partes las reglas civiles de la denominada *tácita reconducción* (arts. 1.566, 1.577 y 1.581 del Código Civil), ya se entienda como prórroga del primitivo contrato de arrendamiento, o como uno nuevo pactado de modo presunto.

Nuestra opinión es contraria a la admisión de la cláusula expresada por ser incompatible con la esencia del contrato de *Leasing*. En efecto, cuando en una figura contractual como la estudiada las relaciones entre las partes quedan definidas y enmarcadas por la existencia de unos determinados elementos estructurales típicos, es decir, cuando nacen causalizadas y con un perfil funcional específico, al finalizar el período contractual, no caben alternativas distintas al ejercicio de la opción o a la restitución de la posesión del inmueble.

Cualquier otra solución alteraría la función económico-jurídica que la relación obligatoria desempeñaba entre la Sociedad de Leasing y el arrendatario del inmueble, de acuerdo con el sistema de organización de intereses pactado, e implicaría la extinción de aquélla y su sustitución por otra nueva sometida a un régimen jurídico diferente.

Por otro lado, si como se expuso en otro lugar, el contrato de arren-

damiento financiero de inmuebles es un contrato *mercantil*, hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 61 del Código de Comercio, a cuyo tenor: *No se reconocerán términos de gracia o cortesía u otros que, bajo cualquiera denominación, difieran el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, sino los que las partes hubieren prefijado en el contrato, o se apoyaren en una disposición terminante de Derecho.* Pues bien, dado que cualquier estipulación en el sentido apuntado constituiría una *lex privata* entre las partes con efectos propiamente notativos y que no hay una norma que ampare expresamente la prórroga del contrato en las condiciones pactadas, antes bien, ésta introduciría una sustancial modificación en la estructura del mismo, hay que concluir afirmando que, dicha cláusula, no deberá formar parte de las condiciones generales de los contratos de Leasing inmobiliario, y que su inclusión daría lugar, en su caso, si llegara a surtir efectos, al nacimiento de una figura contractual distinta de la primitiva, sujeta a una normativa diferente a la que examinamos.

TERCERA PARTE

IV. LA INSCRIPCION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE INMUEBLES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Conforme al artículo 1.280 del Código Civil, deberán constar en *documento público*: 1.º *Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.*

¿Es el derecho del arrendatario financiero un derecho real? Es éste el problema al que ahora vamos a referirnos.

Decíamos en otro lugar que, en el contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, nos encontramos no ante una mera unión de contratos sino ante un nuevo y único contrato, complejo resultado de la fusión de varias técnicas jurídicas. Se trata, apuntábamos, de un contrato mixto en el que se funden dos formas contractuales de contenido atípico: El *arrendamiento* y la *opción de compra*, con causa única.

El nacimiento de una figura jurídica nueva no es óbice, sin embargo, para que el análisis de la naturaleza del derecho a que da lugar se haga partiendo del estudio de sus dos elementos estructurales fundamentales: El arrendamiento y la opción de compra.

Es ya tradicional la discusión de la doctrina en torno a si el *arrendamiento* genera o no un derecho de naturaleza real. La tesis clásica sitúa el derecho arrendaticio entre los llamados derechos personales.

Como dice Díez PICAZO (29), esta tesis tropieza con graves dificultades. En efecto, en la realidad, el arrendatario es un poseedor de la cosa arrendada y tiene sobre ella un poder directo e inmediato.

Por otro lado, añade, el principio de la ineficacia del arrendamiento frente a los terceros adquirentes de la cosa tiene excepciones importan-

(29) LUIS Díez PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, páginas 71 y ss.

tes: La primera, la que resulta del apartado 5.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, según el cual: *En los Registros de la Propiedad se inscribirán... los contratos de arrendamientos de bienes inmuebles por un período de más de seis años, o aquéllos en los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más, o cuando, sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriba.* La segunda excepción, la constituyen los arrendamientos protegidos con prórrogas legales. A esta categoría pertenecen los arrendamientos sometidos a las Leyes de Arrendamientos Urbanos y Rústicos, los cuales conceden a sus titulares un derecho de gran fortaleza.

Por ello, en la reciente doctrina se apunta el que si bien no todo arrendamiento genera un derecho real, presentan este carácter los arrendamientos inscribibles en el Registro de la Propiedad, y los sometidos a las legislaciones especiales.

De acuerdo con la tradición jurídica española, el concepto de *derecho real* se define por las dos características básicas siguientes: El carácter *inmediato*, por el que el poder del titular se realiza y se ejercita de una manera directa sobre los bienes que constituyen el objeto del derecho sin necesidad de una especial colaboración o intermediación de otra persona; y el carácter *absoluto*, por el que el titular del derecho hace éste eficaz y satisface su interés, no sólo frente a un especial sujeto pasivo, concreto y determinado, sino también frente a terceros. Esto es lo que se define como efectividad *erga omnes*, o deber universal de respeto. No obstante, como muy bien señala Díez PICAZO en la obra citada, el *carácter real* no puede predicarse de un derecho subjetivo como una situación unitaria y típica de poder jurídico, sino que con tal idea se alude a determinadas posibilidades de actuación, o a determinadas consecuencias jurídicas. Así, se habla de *acción real*, *efecto real* o *trascendencia real*, términos todos ellos cuya diferencia cualitativa interesa destacar.

El concepto de acción real se ha perfilado poniendo en conexión la acción con el derecho subjetivo y considerando la acción como un puro derivado del derecho. De esta manera, el derecho real generaría acciones reales, y los derechos de crédito, acciones personales. Este planteamiento no es, sin embargo, enteramente exacto, ya que hay situaciones jurídicas de las cuales pueden derivarse, alternativa u opcionalmente, acciones de uno u otro tipo.

Nuestro Reglamento Hipotecario, en su artículo 7, parece deslindar tres categorías: a) El dominio y los derechos reales típicos, que expresamente menciona el artículo 2 en su apartado 2.º. b) Otros derechos de la misma naturaleza, es decir de naturaleza real. c) Actos o contratos de trascendencia real.

En el mismo artículo 7 citado, la trascendencia real parece hacerse radicar en el hecho de que *el acto o contrato, aun cuando carezca de nombre propio en derecho, modifique desde luego o en lo futuro algunas de las facultades del dominio*.

Pues bien, nuestro criterio es el de que del arrendamiento de inmuebles, no sólo se derivan una serie de efectos jurídicos que permiten atribuirle trascendencia real, sino que se trata de un verdadero *derecho real limitado y limitativo del dominio* de los comprendidos en el apartado b) antes señalado.

Es un derecho real en cuanto su titular ejercita las facultades concedidas en el contrato, de una manera directa sobre el inmueble que constituye su objeto (inmediatividad), y de forma absoluta, es decir, no sólo frente al arrendador, sino también frente a terceros. Al limitarse las facultades del arrendatario a las contenidas en el negocio jurídico de constitución del arriendo, puede considerarse como un derecho real limitado, y a la vez limitativo del dominio, ya que sustrae algunas de las facultades de aquél (uso y disfrute) para atribuir las a un titular distinto al que le otorga una especial protección.

Por lo que se refiere al *derecho de opción*, hemós también de reconocer la existencia de diversas posiciones doctrinales en torno al problema de su naturaleza jurídica. Fundamentalmente, pueden reconducirse a cuatro que han sido estudiadas en profundidad por SERRANO (30):

1.^a La de quienes conceptúan la opción como un derecho personal (VALVERDE, DE BUEN), criterio que choca con el artículo 14 del Reglamento Hipotecario que prevé su inscripción, y que, por consiguiente, sería contrario al artículo 98 de la Ley Hipotecaria y artículos 9 y 51, 7.º de su Reglamento.

2.^a La de quienes consideran el derecho de opción como *ius ad rem*, entendiendo que la constancia registral del mismo le atribuye ciertos efectos reales (DÍEZ PICAZO, DE CASTRO, entre otros).

3.^a PUIG PEÑA Y ESPÍN, hablan del derecho de opción como derecho personal o real según la intención de las partes.

4.^a Para GARCÍA AMIGO (31), el derecho de opción es uno de los denominados derechos reales limitativos, en cuya virtud la facultad dispositiva del *dominus* se condiciona a la voluntad adquisitiva de otra persona. En el análisis de su estructura, distingue: a) un sujeto a quien se atribuye el poder de adquirir; b) una cosa para cuya adquisición se faculta al titular, y c) un poder del sujeto sobre el objeto. Este poder,

(30) EDUARDO SERRANO ALONSO: «Notas sobre el derecho de opción». *Revista de Derecho Privado*, año 1979, págs. 1131 y ss.

(31) MANUEL GARCÍA AMIGO: «Derechos reales de adquisición». *Revista de Derecho Privado*, 1976, págs. 99 y ss.

que individualiza al derecho real de adquisición frente a los demás derechos reales, viene dado por la facultad de adquirir una situación jurídico real, es decir, de hacerse transmitir la titularidad dominical de una cosa, concurriendo ciertos requisitos y efectuando las contraprestaciones correspondientes.

La facultad que compete a su titular, continúa diciendo el autor citado, es de carácter real, por cuanto: 1.º recae directamente sobre una cosa determinada negocialmente, y 2.º excluye a cualquier otro de su adquisición, con carácter general y absoluto, estableciendo una preferencia adquisitiva y concediendo poder para la adquisición aun cuando se haya enajenado a terceros.

A la vista de las consideraciones expuestas, sintetizamos nuestra opinión sobre el tema que nos ocupa en los términos siguientes:

Primero: Si bien el contrato de arrendamiento financiero de inmuebles es un contrato nuevo, resultado de dos formas contractuales (arrendamiento y opción de compra), que al fundirse, originan una figura original sometida a un régimen jurídico específico, su naturaleza participa de los caracteres definitorios de sus dos elementos estructurales fundamentales.

Segundo: Aun cuando desde la perspectiva de derecho constituyente y, en base al criterio arriba expuesto, somos partidarios de una reforma legislativa que prevea el derecho arrendaticio entre los derechos reales enumerados en el artículo 2, apartado segundo de la Ley Hipotecaria, inscribible *per se*, en el plano del derecho constituido, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el apartado quinto del citado artículo, del cual resulta la necesidad de *convenio expreso de las partes* para que se inscriba el contrato de arrendamiento de inmuebles.

Tercero: Que por consiguiente, y sin adentrarnos en profundidad, en la discusión (por no ser necesario en nuestro caso), de si la inscripción del arrendamiento de inmuebles en el Registro de la Propiedad, convierte a éste en derecho real (tesis mantenida por un sector doctrinal desde antiguo y por una reiterada jurisprudencia apoyándose en la Exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 y en una interpretación conjunta de los artículos 1 y 2 de la vigente Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento), o por el contrario, subsiste como derecho personal, otorgándole la inscripción una cierta eficacia real (tesis mantenida entre otros hipotecaristas, por ROCA SASTRE y CAMY SÁNCHEZ CAÑETE), creemos, sin perjuicio de la opinión que sustentamos en el plano puramente doctrinal, que la intención del legislador fue la de dotar a los arrendamientos de

inmuebles inscritos, de los efectos típicos de un derecho real (conclusión de *lege data*).

Cuarto: En relación al derecho de opción, y volviendo al trabajo de SERRANO (32), cuyas conclusiones en este punto compartimos, hay que decir que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario en el que se prevé la inscripción de aquél, no influye en su consideración como derecho de naturaleza real.

Entendemos, siguiendo la opinión del citado autor, que el derecho de opción es inscribible por su propia naturaleza real. En efecto, el artículo 14 del texto señalado, parte de la conceptualización del derecho de opción como derecho de naturaleza personal cuando dice: *Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible*, al que posteriormente y como consecuencia de su acceso al Registro se le añade una cierta eficacia real. Ahora bien, si se tiene en cuenta la naturaleza reglamentaria del precepto referido, resulta obvio que hay que acudir a la Ley Hipotecaria, para ver qué dice ésta en lo tocante al repetido derecho. Sin embargo, nos encontramos con que aquélla no dice nada, y es su Reglamento el que introduce la regulación *ex novo* de esta figura. Se trata pues, de un caso evidente de subversión de la jerarquía normativa de la que se deriva que una disposición de rango inferior (art. 14 del Reglamento Hipotecario) efectúa una derogación de lo preceptuado en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, la cual no permite la inscripción de derechos de naturaleza personal, salvo que ella misma lo autorice, lo que aquí no ocurre. Esta contradicción entre lo establecido en la norma básica y principal, y lo establecido en su Reglamento, debe resolverse en favor de lo establecido en la Ley Hipotecaria considerando, por tanto, contrario a Ley (al menos en parte) el artículo 14 señalado.

Si el legislador hipotecario conceptuó al derecho de opción como derecho personal y quiso su posterior inscripción en el Registro, debió hacer tal salvedad en la propia Ley, declarando inscribible tal derecho como excepción a la regla general.

La conclusión que se deriva de lo expuesto a nuestro juicio es, la de que en modo alguno puede apoyarse la doctrina sobre la naturaleza jurídica del derecho de opción en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, sino que deberá sustentarse sobre otros criterios. En este sentido, y por todas las razones desarrolladas más atrás, entendemos que el derecho de opción de compra debe tener su acceso al Registro *per se* como verdadero derecho real conforme a los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y sin

(32) EDUARDO SERRANO ALONSO: «Notas sobre el derecho de opción», *Revista de Derecho Privado*, 1979, págs. 1148 y 1149.

que su titular, para obtener la protección tabular, tenga que someterse a la voluntad del concedente del mismo.

Otra cosa es que partiendo de su inscripción incondicionada cuando reúna los requisitos fijados por la legislación vigente para dar entrada en el Registro de la Propiedad a los derechos reales, no puedan entenderse válidamente aplicables las restantes prescripciones establecidas en los apartados 2.º y 3.º del artículo 14 del Reglamento tantas veces mencionado.

Quinta: El contrato de arrendamiento financiero de inmuebles regulado en el Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 y, particularmente, en el Real Decreto de 31 de julio de 1980, como figura negocial nueva sometida a un régimen legal específico, aunque participa inevitablemente de las características componentes de dos formas contractuales que constituyen sus elementos estructurales fundamentales: El arriendo y la opción de compra, *da lugar a un derecho de naturaleza jurídica real inequívocamente diferenciada de la de aquéllos.*

El derecho del arrendatario financiero implica, no sólo el uso del inmueble en los términos pactados, sino algo más, la afectación del mismo a uno de los fines de los previstos en su legislación reguladora y durante toda la vigencia del contrato. Este, además, por disposición legal expresa, habrá de contener una opción de compra a favor del arrendatario al término del arrendamiento.

El arriendo y la opción de compra no podrán, por tanto, obtener una cobertura autónoma, alternativa u opcional del Registro de la Propiedad, ya que forman parte de un título negocial único e inescindible: El Contrato de *Leasing* inmobiliario.

Al ser el contrato de arrendamiento financiero de inmuebles una figura de nuevo cuño legal no contemplada, evidentemente, por el legislador al redactar la Ley Hipotecaria y su Reglamento, no cabe entender limitada su inscripción en los términos señalados por el apartado quinto del artículo 2 de la citada Ley, y menos aún, por el apartado primero del artículo 14 del Reglamento Hipotecario respecto al derecho de opción.

Por consiguiente, el derecho del arrendatario financiero, como verdadero derecho real, quedará sujeto a las condiciones establecidas por la legislación hipotecaria que regulan, con carácter general, el acceso a los libros registrales de aquel tipo de derechos. Su inscripción en los Registros de la Propiedad procederá, por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 apartado segundo de la Ley Hipotecaria, y 7 de su Reglamento.

2. EL TÍTULO INSCRIBIBLE

Si, como hemos afirmado, el contrato de arrendamiento financiero de inmuebles origina un verdadero derecho real, y éste, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.280 del Código Civil, ha de constar en documento público, es evidente que el título en sentido formal a los efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad no puede ser otro (de acuerdo con el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria) que la *escritura pública*.

Las diferentes situaciones que pueden plantearse en la práctica, y a las que nos hemos referido anteriormente, darán lugar a títulos de contenido diverso, en los que el contrato de arrendamiento financiero aparecerá solo, o ligado a otro tipo de actos o contratos.

Nuestro estudio aquí, por razones obvias, se limitará a examinar de manera esquemática las variadas hipótesis contractuales que puedan surgir en torno a la figura del *Leasing* inmobiliario, y su correspondiente reflejo documental.

a) *Finca rústica o urbana propiedad de la Sociedad de Leasing y cuyas circunstancias objetivas permiten una utilización inmediata por el futuro usuario para la realización de los fines que se prevean en el contrato.*

El título contendrá únicamente el contrato de arrendamiento financiero del inmueble en cuestión.

b) *Solar propiedad de la Sociedad de Leasing con edificación por cuenta de ésta y contrato de arrendamiento financiero referido al conjunto resultante (suelo y edificación).*

Pueden formalizarse en un mismo documento o en dos, según se estime: 1.º La declaración de obra nueva en proyecto o en construcción (cuando se cuente, según hemos mantenido, con el correspondiente proyecto de ejecución y éste haya obtenido el visado urbanístico y la licencia municipal). Dicha declaración la efectuará la Sociedad de *Leasing*.

2.º La cesión en régimen de arrendamiento financiero del inmueble (suelo y vuelo). En este contrato, podrá supeditarse la eficacia plena del mismo, o de alguna de las prestaciones previstas en aquél, a la correcta terminación de las obras y entrega del inmueble, mediante el empleo de condiciones suspensivas o resolutorias.

c) *Solar propiedad del arrendatario financiero. Concesión de un derecho de superficie a la Sociedad de Leasing. Contrato de arrendamiento financiero circunscrito a la denominada propiedad superficiaria.*

Se formalizará, en primer lugar, y mediante escritura pública, la concesión del derecho de superficie a favor de la Sociedad de *Leasing*.

La declaración de obra nueva en proyecto o construcción cuando aquél

cuenta con el visado urbanístico y licencia municipal, o bien la declaración de obra nueva terminada mediante la que se objetivice la propiedad superficiaria, podrá efectuarse en el mismo documento en que la Sociedad de *Leasing* ceda la expresada propiedad en régimen de arrendamiento financiero, o en documento público aparte.

d) *Solar propiedad de la Sociedad de Leasing. Concesión por ésta de un derecho de superficie al futuro arrendatario financiero. Contrato de arrendamiento financiero circunscrito al solar.*

La formalización en documento público del derecho de superficie y la cesión del solar en régimen de arrendamiento financiero, podrá llevarse a cabo en el mismo documento o en dos diferentes.

e) *Finca rústica propiedad de la Sociedad de Leasing. Concesión de un derecho de vuelo al arrendatario financiero sobre el terreno cedido en este régimen.*

Tanto la concesión del derecho de vuelo como la del terreno en régimen de arrendamiento financiero podrá efectuarse, como en el caso anterior, en un documento, o en dos diferentes.

f) *Finca rústica o urbana que no pertenezca en propiedad a la Sociedad de Leasing y en condiciones objetivas tales, que permitan su utilización inmediata por el futuro usuario de un contrato de arrendamiento financiero de acuerdo con los fines previstos en éste.*

Consideramos que lo idóneo es formalizar la adquisición del inmueble por la Sociedad de *Leasing* y su posterior cesión en régimen de arrendamiento financiero, en el mismo documento. Este, por tanto, podría tener hasta tres partes intervinientes: El propietario del inmueble (transmitente), la Sociedad de *Leasing* (adquirente), y el futuro arrendatario del inmueble.

La suscripción de un contrato de arrendamiento financiero relativo a un inmueble propiedad todavía de un tercero, une a la polémica doctrinal sobre su validez como tal contrato (se entiende que en estos casos se trata más bien de un precontrato de arrendamiento financiero), la indudable carencia de efectos reales.

g) *Finca urbana no perteneciente a la Sociedad de Leasing y cuya situación (edificación en proyecto o en construcción) no permite su utilización inmediata para los fines previstos en un contrato de arrendamiento financiero.*

Teniendo en cuenta lo expuesto en el apartado f), será conveniente formalizar en el mismo documento: La adquisición de la finca por la Sociedad de *Leasing*; la declaración de obra nueva en proyecto o en construcción si cuenta con el visado urbanístico y licencia municipal, y el contrato de arrendamiento financiero sobre el conjunto (suelo y edificación prevista).

h) *Finca rústica no perteneciente a la Sociedad de Leasing, y cuyas condiciones objetivas no permiten la utilización inmediata por el pretendido usuario en régimen de arrendamiento financiero sin que se lleven a cabo, previamente, por la Sociedad de Leasing, las correspondientes labores agrícolas de plantación o siembra.*

La Sociedad de *Leasing* efectuará, primeramente, la adquisición del terreno en documento público. Cuando se hayan realizado las labores precisas para ser cedido el predio en régimen de arrendamiento financiero de manera que pueda utilizarse de acuerdo con la finalidad prevista por el usuario, se procederá a formalizar el contrato de arrendamiento financiero sobre el conjunto predial.

i) *Finca rústica o urbana no perteneciente a la Sociedad de Leasing. Concesión por la Sociedad de Leasing al futuro arrendatario financiero de un derecho de vuelo o superficie, respectivamente, completado con la cesión del terreno en régimen de Leasing.*

Podrán formalizarse en un mismo documento: La adquisición, primero, del terreno por la Sociedad de *Leasing*; la constitución, luego, de los derechos reales de vuelo o superficie, y la cesión del suelo en régimen de arrendamiento financiero. Es evidente que también puede optarse por formalizar en el mismo documento: La adquisición del terreno y su cesión en régimen de *Leasing*, otorgando la concesión de los derechos reales de vuelo o superficie, en documento público diferente.

3. FORMA Y CONTENIDO DE LAS INSCRIPCIONES

El reflejo registral de los actos y contratos referidos en el apartado precedente se efectuará, por regla general, mediante un asiento principal, esto es, mediante inscripción. Quedan exceptuadas de esta regla, las operaciones para hacer constar la terminación de la obra (cuando se lleve a cabo sin modificaciones en el proyecto de ejecución aprobado) y aquellas que, conforme al artículo 23 de la Ley Hipotecaria, se practiquen para indicar la consumación de la adquisición del derecho arrendaticio y la plena eficacia del contrato o de alguna de sus prestaciones. En estos casos, bastará nota al margen de la inscripción correspondiente. El orden de los asientos, siguiendo al anterior esquema, sería el siguiente:

a) *Finca rústica o urbana propiedad de la Sociedad de Leasing, y cuyas circunstancias objetivas permiten una utilización inmediata por el futuro usuario para la realización de los fines que se prevean en el contrato.*

1.^a Inscripción de dominio a favor de la Sociedad de *Leasing*.

2.^a Inscripción del contrato de arrendamiento financiero sobre el inmueble en cuestión.

b) *Solar propiedad de la Sociedad de Leasing con edificación por cuenta de ésta. Contrato de arrendamiento financiero referido al conjunto resultante: suelo y edificación.*

1.^a Inscripción de dominio a favor de la Sociedad de *Leasing*.

2.^a Inscripción a favor de la Sociedad de *Leasing* de su título de declaración de obra nueva en proyecto o en construcción. (Cuando el proyecto de ejecución cuente con el visado urbanístico y la licencia municipal.)

3.^a Inscripción de la cesión en régimen de arrendamiento financiero del conjunto de inmueble, esto es, suelo más edificación.

c) *Solar propiedad del arrendatario financiero. Concesión de un derecho de superficie a la Sociedad de Leasing. Contrato de arrendamiento financiero circunscrito a la denominada propiedad superficiaria.*

1.^a Inscripción del dominio sobre el solar a favor del arrendatario financiero.

2.^a Concesión de un derecho de superficie a la Sociedad de *Leasing* para que edifique sobre el solar.

3.^a Inscripción a favor de la Sociedad de *Leasing* de su título de obra nueva en proyecto; construcción (cuando en ambos casos el proyecto de ejecución cuente con el visado urbanístico y licencia municipal) o terminada, de manera que se refleje registralmente, el contenido de la propiedad superficiaria.

4.^a Inscripción de la cesión de la propiedad superficiaria en régimen de arrendamiento financiero al dueño del suelo.

d) *Solar propiedad de la Sociedad de Leasing. Concesión por ésta de un derecho de superficie al futuro arrendatario financiero. Contrato de arrendamiento financiero circunscrito al solar.*

1.^a Inscripción de la propiedad del solar, a favor de la Sociedad de *Leasing*.

2.^a Constitución de un derecho de superficie sobre el solar, a favor del futuro arrendatario financiero.

3.^a Inscripción a favor del arrendatario financiero del contrato de cesión en este régimen, referido al suelo propiedad de la Sociedad de *Leasing*.

4.^a Inscripción a favor del superficiario (futuro o actual arrendatario financiero del suelo) de su título de declaración de obra nueva en que se concrete la denominada propiedad superficiaria.

e) *Finca rústica propiedad de la Sociedad de Leasing. Concesión de un derecho de vuelo al arrendatario financiero sobre el terreno cedido en este régimen.*

1.^a Inscripción de la propiedad del terreno a nombre de la Sociedad de *Leasing*.

2.^a Constitución de un derecho de vuelo sobre el precitado terreno, a favor del futuro usuario del mismo.

3.^a Inscripción a favor del arrendatario financiero (titular del derecho de vuelo) del terreno cedido en régimen de arrendamiento financiero.

f) *Finca rústica o urbana que no pertenece en propiedad a la Sociedad de Leasing, y en condiciones objetivas tales, que permiten su utilización inmediata por el futuro usuario de un contrato de arrendamiento financiero de acuerdo con los fines previstos en éste.*

1.^a Inscripción de la transmisión a favor de la Sociedad de *Leasing*.

2.^a Inscripción de la cesión del inmueble en régimen de arrendamiento financiero.

g) *Finca urbana no perteneciente a la Sociedad de Leasing, y cuya situación (edificación en proyecto o en construcción) no permite su utilización inmediata para los fines previstos en un contrato de arrendamiento financiero.*

1.^a Inscripción de la transmisión a favor de la Sociedad de *Leasing* del terreno en la situación en que se encuentre.

2.^a Inscripción a favor de la Sociedad de *Leasing* de su título de obra nueva en proyecto; en construcción (cuando en ambos casos el proyecto de ejecución cuente con el visado urbanístico y correspondiente licencia municipal) o terminada.

3.^a Inscripción del contrato de arrendamiento financiero referido al inmueble en su conjunto.

h) *Finca rústica no perteneciente a la Sociedad de Leasing, y cuyas condiciones objetivas no permiten la utilización inmediata por el pretendido usuario en régimen de arrendamiento financiero sin que se lleven a cabo, previamente, por la Sociedad de Leasing, las correspondientes labores agrícolas de plantación o siembra.*

1.^a Inscripción del terreno a favor de la Sociedad de *Leasing*, en la situación en que se encuentre.

2.^a Inscripción a favor del usuario del contrato de arrendamiento financiero referido al conjunto predial, una vez que se hayan llevado a cabo en el mismo las labores agrícolas necesarias.

i) *Finca rústica o urbana no perteneciente a la Sociedad de Leasing. Concesión por esta Sociedad al futuro arrendatario financiero de un derecho de vuelo o de superficie, respectivamente, completado con la cesión del terreno en régimen de Leasing.*

1.^a Inscripción de la transmisión del terreno a favor de la Sociedad de *Leasing*.

2.^a Constitución sobre el mismo, de un derecho real de vuelo o de superficie a favor del actual o futuro arrendatario financiero del terreno.

3.^a Inscripción de la cesión del terreno en régimen de arrendamiento financiero a favor del usuario.

* * *

Las inscripciones contendrán las circunstancias propias de cada uno de los actos o contratos que las motivan, además de las generales establecidas por la Ley Hipotecaria y su Reglamento.

En particular, en la inscripción de los derechos de superficie y de vuelo, se estará a lo dispuesto en los artículos 16 y 30.3, respectivamente, del Reglamento Hipotecario.

Por lo que se refiere a la inscripción del contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, se tendrá en cuenta lo señalado en el artículo 51.6.^a del expresado Reglamento, según el cual: *Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba, se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias establecidas en aquél. No se expresarán, en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carecen de trascendencia real.*

Creemos que se impone una interpretación actualizada de dicho precepto, acorde con la naturaleza y efectos de la nueva figura estudiada, lo que conduce a aceptar la constancia registral, no sólo de las condiciones o circunstancias que limiten en sentido jurídico las facultades del arrendatario financiero, sino también las condiciones *de facto* de utilización del inmueble entendida ésta en sentido amplio, y de manera similar a lo establecido en el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960.

Por consiguiente, en la inscripción del arrendamiento financiero de inmuebles se indicarán:

1.º Las circunstancias generales exigidas por la legislación hipotecaria.

2.º Las específicas que resulten de este tipo de contratos: Precio del arriendo; importe de los cánones y forma y plazo de entrega de los mismos; resolución del contrato por falta de pago.

3.º Condiciones generales de utilización del inmueble: Destino; plazo de entrega; responsabilidad en los casos de evicción y vicios ocultos, deterioro o pérdida parcial o total por caso fortuito y fuerza mayor; seguros; subrogación de acciones; cesión del derecho del arrendatario.

Asimismo se harán constar, según el criterio antes expuesto, las cláu-

sulas relativas a las posibilidades de utilización de hecho del inmueble: Obras, reparaciones, mejoras, etc.

4.º Condiciones generales de la opción de compra: Plazo; requisitos; precio (valor residual), y forma para hacer constar su ejercicio o la cancelación de la misma.

Por impedirlo el artículo 98 de la Ley Hipotecaria y el artículo 9 de su Reglamento, no se incluirán las obligaciones y derechos personales (pago de tasas, impuestos o arbitrios; cláusula compromisoria a arbitraje de equidad, etc.), excepto aquéllos que se aseguren con garantía real. (Por ejemplo, con condición resolutoria.)

4. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE INMUEBLES

La dinámica de los derechos y la seguridad del tráfico exigen que los adquirentes de los derechos sean protegidos por el hecho de llevar a cabo una adquisición aparentemente eficaz o, por lo menos, que se dote a los adquirentes de medios para saber con exactitud si están realizando una adquisición eficaz.

En materia de derechos reales, la apariencia se encuentra muy ligada a los medios de publicidad. Esta puede revestir en el área de dichos derechos dos formas fundamentales:

1.ª La vinculada a un signo exterior de reconocibilidad como es la POSESION, y 2.ª la creada por la inscripción en los registros públicos: REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

La finalidad del Registro de la Propiedad es la de ofrecer la publicidad oficial de la situación jurídica de los inmuebles o, como dice Díez PICAZO, dar a conocer toda la peculiar estructura de cada uno de los poderes jurídicos que existen sobre el inmueble: Titular; contenido del derecho; limitaciones; condiciones, etc.

Pues bien, la inscripción en el Registro de la Propiedad de un *contrato de arrendamiento financiero de inmuebles*, en cuanto generador de un derecho real limitado y limitativo del dominio, atribuye a aquélla, de acuerdo con los postulados reconocidos por la doctrina mayoritaria a la luz de los preceptos legales vigentes, una doble eficacia: Defensiva y ofensiva. La primera, juega en favor del titular inscrito otorgándole una especial protección. La segunda, opera en beneficio de los denominados terceros. Ambas evidentemente modalizadas por la que resulta del *principio de prioridad*.

En el primero de los aspectos, la inscripción registral goza de la *pre-*

sunción de exactitud y concede al arrendatario financiero la llamada *legitimación registral*.

Así, el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, párrafo 1.º, establece: *A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.* El artículo citado establece una presunción *iuris tantum*, que produce la inversión de la carga de la prueba y que permite la prueba en contrario. Aunque frente a la presunción indicada son admisibles todos los medios de prueba, hay que tener en cuenta que conforme al párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, *los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley.*

De esta manera, para destruir la presunción de exactitud, el posible impugnante del derecho inscrito, no sólo ha de soportar la carga de la prueba, sino también la del ejercicio de la correspondiente acción de rectificación ante los Tribunales de Justicia.

Por consiguiente, para que prospere la acción de impugnación contra el contenido de un asiento practicado en los Libros del Registro, deberá probarse alguno de estos extremos: *a)* la nulidad, falsedad o el error del asiento en sí mismo considerado. *b)* La nulidad, falsedad o defecto del título que ha provocado el asiento. *c)* La falta de concordancia del asiento con el título. *d)* La existencia de títulos posteriores, que, aunque no estén inscritos, modifiquen las declaraciones registrales. *e)* La extinción del derecho inscrito.

El alcance de la presunción establecida por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero, se extiende, pues, a la existencia del derecho; a su titularidad y a la amplitud de su contenido. A su vez, la *presunción posesoria* que aparece en el segundo inciso del referido párrafo, atribuye al arrendatario financiero, como titular de un derecho real inscrito, una verdadera protección posesoria que opera, como señala DÍEZ PICAZO (33) en los siguientes campos:

a) Como *possessio ad interdicta*. El titular registral se encuentra protegido mediante la defensa o tutela interdictal, pudiendo ejercitar los interdictos sin más que acreditar su condición de titular registral.

b) Como *possessio ad usucapionem*. La posesión que el Registro presume en una posesión hábil para la usucapión y el titular registral

(33) LUIS DÍEZ PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, páginas 360 y ss.

puede consumir la prescripción si dicha posesión continúa durante los plazos establecidos por la Ley (art. 35 de la Ley Hipotecaria).

c) Como *situación de legitimación* en virtud de la apariencia jurídica, esto es, en cuanto atribuye todos los efectos legitimadores de la posesión.

Particularmente importantes son las consecuencias que se derivan del principio de legitimación registral en el campo procesal. Además de aquellas no previstas expresamente por la legislación hipotecaria, aparecen otras reguladas específicamente por ésta.

1.^a El sobreseimiento de los procedimientos de apremio opuestos a titularidades registradas o tercería registral (art. 38.3 de la Ley Hipotecaria).

2.^a La conexión con el Registro de los procedimientos para el ejercicio de acciones contradictorias de derechos inscritos que hayan de desembocar en la cancelación de asientos (art. 38.2 de la misma Ley).

3.^a Las que resultan en los procedimientos de ejecución hipotecaria (artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria, y 234, 235 y 236 de su Reglamento).

4.^a El procedimiento especial para el ejercicio de las acciones reales derivadas de derechos inscritos (art. 41 de la Ley Hipotecaria y 137 y 138 de su Reglamento).

El segundo de los aspectos antes mencionados —eficacia ofensiva—, juega en beneficio de los denominados terceros. (El arrendatario financiero sería parte respecto de la Sociedad de *Leasing*, y tercero en cuanto al transmitente a ésta de la finca o transmitentes anteriores.)

En realidad, la protección de terceros funciona a través de dos líneas fundamentales: Una, que se define como la de la *inoponibilidad* de lo no inscrito frente a los terceros. Otra, la que constituye en sentido estricto la regla o principio de la *fe pública registral*, conforme a la cual, el tercero que lleva a cabo un negocio adquisitivo confiando y amparándose en lo que el Registro publica, ve convertida para él la situación registral en una situación inatacable.

La traslación de estas consecuencias al campo objeto de este estudio: El contrato de arrendamiento financiero sobre un inmueble, significa que el usuario del mismo, titular como hemos afirmado de un derecho real sobre cosa ajena, cuando reúna las circunstancias previstas en la Ley, gozará de esa doble eficacia: *Negativa* o de inoponibilidad de lo no inscrito, *positiva* o de plena protección que le otorga la fe pública registral, por razón de su asiento en los Libros del Registro.

La eficacia negativa, esto es, la inoponibilidad, supone la imposibilidad de fundar en un título no inscrito una pretensión dirigida contra

un tercero (en nuestro caso, el arrendatario financiero). A ella se refiere el artículo 32 de la Ley Hipotecaria cuando dice: *Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero.*

Por lo que atañe a la eficacia positiva, es decir, la regla estricta de lo que puede llamarse fe pública registral, su sentido queda expuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que establece lo siguiente: *El tercero de buena fe que adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.*

El centro de gravedad del artículo 34 que establece los requisitos para ser considerado beneficiario de la fe pública registral, consiste en hacer inatacable la adquisición llevada a cabo por esos terceros que han celebrado un negocio jurídico adquisitivo de carácter oneroso (contrato de *Leasing* inmobiliario, por ejemplo) confiando en la veracidad del Registro, los cuales son protegidos convirtiendo para ellos su expectativa en una situación jurídica absolutamente firme, y transformando para ellos la presunción de exactitud registral en una presunción *iuris et de iure*.

En conclusión, y sin perjuicio de aplicar a las Sociedades de *Leasing* los mismos principios hipotecarios en cuanto titulares dominicales de fincas inscritas, por lo que se refiere al arrendatario financiero, su condición de tercero derivará: 1.º De ser adquirente de un derecho real limitativo del dominio. 2.º De su buena fe sobre la titularidad y el poder de disposición del transmitente. (En este caso, de la Sociedad de *Leasing*.) Dicha buena fe, ha de concurrir, según el parecer mayoritario de la doctrina, en el momento en que perfecciona su adquisición, de acuerdo con las reglas del Derecho Civil sustantivo relativas a la adquisición y transmisión de los derechos reales. 3.º Del carácter oneroso que presenta el contrato de arrendamiento financiero de inmuebles. 4.º De la constancia en el Registro de los poderes y facultades del transmitente (Sociedad de *Leasing*). 5.º De la inscripción en el Registro de la Propiedad de su propia adquisición. El efecto jurídico que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria establece, consiste, por consiguiente, en hacer inatacable la adquisición llevada a cabo por los que tienen la consideración de terceros. La situación de protección del adquirente que del texto citado resulta, excepciona o enerva las acciones reivindicatorias, confesorias o cualquiera otra acción real en los términos que señala el artículo 37 del mismo cuerpo legal:

Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias, no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley.

Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior:

1.º *Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro.*

.....

4.º *Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de los acreedores, las cuales perjudicarán a tercero:*

a) *Cuando hubiere adquirido, a título gratuito.*

b) *Cuando habiendo adquirido por título oneroso hubiese sido cómplice en el fraude. El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude.*

En ambos casos, no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro del plazo de cuatro años, contados desde el día de la enajenación fraudulenta. En el caso de que la acción resolutoria, revocatoria o rescisoria no se pueda dirigir contra tercero, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, se podrán ejercitar entre las partes las acciones personales que correspondan.

5. PROBLEMÁTICA DOCUMENTAL Y REGISTRAL RELATIVA A LA OPCIÓN DE COMPRA

Limitada la regulación hipotecaria de la opción de compra al artículo 14 del Reglamento hipotecario, el cual no señala la forma en que debe o puede acreditarse ante el Registro de la Propiedad el ejercicio de la citada opción, la renuncia del optante a ejercitarla, y la constancia registral en ambos supuestos, el problema se complica aún más en el contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, en que la opción no constituye por sí sola un negocio jurídico independiente, ni un derecho real inscribible *per se*.

En efecto, el artículo 19 del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 y, particularmente, el Real Decreto de 31 de julio de 1980 en su artículo 2, establecen como necesaria, la inclusión de *una opción de compra a favor del arrendatario al término del arrendamiento*.

La expresada opción de compra, por disposición legal, forma parte de un negocio jurídico único inescindible: El contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, del cual resulta un derecho real nuevo y de reciente cuño legal, inscribible *per se* al amparo de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento.

El planteamiento precedente, creemos que es fundamental tenerlo presente a la hora de examinar la constancia documental y registral del ejercicio por el optante del derecho de adquisición preferente que le atribuye la ley como arrendatario financiero de un inmueble, así como la posible cancelación del mismo. La afirmación precedente, sin embargo, no debe entenderse como obstáculo a la aplicación de algunos de los criterios jurisprudenciales más recientes referidos a la opción, como contrato o como derecho real.

En aras de una mayor claridad expositiva, distinguiremos los supuestos siguientes:

A) *Ejercicio por el arrendatario financiero de la opción de compra del inmueble*

En los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles suele pactarse que, si el arrendatario decidiese ejercitar la opción de compra al término del arrendamiento, lo efectúe mediante acta notarial que será notificada a la Sociedad de *Leasing* con un plazo de antelación antes de que finalice dicho contrato.

La parte arrendadora contestará también por conducto notarial a la optante, sobre la procedencia o improcedencia de la opción anunciada y, en el primer caso, le hará saber, con un plazo también de antelación, el día en que deberá comparecer ante el Notario elegido para otorgar la correspondiente escritura de compraventa.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978, abordó la cuestión de si, pactada en la concesión de un derecho de opción de compra, que la escritura pública de ejercicio de la opción pudiera otorgarse unilateralmente por el optante, es decir, con su sola intervención, dicho pacto era válido y, por tanto, podía tener acceso al Registro.

El Órgano citado entendió que: *Si al perfeccionarse el contrato de opción quedaba ya prestada suficientemente la declaración negocial para que se produjera el efecto jurídico perseguido como eventualmente definitivo por las partes, de modo que no fuera necesario una nueva declaración para que el iter negocial desembocara en el resultado final; es decir, cuando el dueño lo haya consentido al pactarse la opción, y hayan quedado precisados los términos de su ejercicio, no hay obstáculos para*

admitir su validez. En este caso, la escritura en la que se constituyó el derecho de opción (otorgada, como es obvio, por ambas partes) y la escritura unilateralmente otorgada por el optante, tienen ambas el valor traditorio suficiente para invertir de dominio al adquirente.

No obstante, continúa diciendo la Resolución expresada, *dado que el optante para un válido ejercicio de la opción, y como consecuencia del entramado de recíprocas relaciones derivadas de aquélla, ha de haber cumplido las obligaciones que le atañen, es preciso que en el momento de otorgar la escritura en que conste su decisión de ejercitar la opción y consumir la prevista adquisición acredite ante el fedatario público la previa constitución del adecuado depósito o, al menos, requerir al Notario autorizante para su constitución, mediante la entrega a tal efecto de la contraprestación convenida a su cargo.*

La importancia de la doctrina establecida por el Centro Directivo en la Resolución citada, y su posible traslado al contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, nos parece fuera de toda duda. Así, *cuando en el Contrato de Leasing inmobiliario, aparezcan perfectamente configurados los términos y condiciones para el ejercicio de la opción, y la Sociedad de Leasing prestara en aquél su consentimiento por anticipado*, la escritura pública en la que se documente el contrato de financiación, unida a la que sirva para formalizar unilateralmente por el arrendatario el ejercicio de su derecho, tendrán los efectos traditorios para consumir la adquisición del dominio a favor del optante (usuario) y practicar el correspondiente asiento en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, el criterio de la Dirección de exigir la previa constitución de un depósito, cuya existencia deberá justificarse ante Notario, o de requerir a éste para su constitución, mediante la entrega a tal efecto de la contraprestación convenida en el contrato de arrendamiento financiero, es del todo plausible y aplicable asimismo al supuesto de nuestro estudio.

La constancia registral de la adquisición del dominio por el arrendatario financiero, cuando ésta se efectúe mediante el otorgamiento de escritura pública a la que concurriese también la Sociedad arrendadora, se llevará a cabo mediante la práctica de un asiento principal, esto es, mediante *inscripción*.

En cambio, en el caso arriba citado, la presentación en el Registro del contrato de arrendamiento financiero, unido a la escritura unilateralmente otorgada por el usuario-optante en la que se justificare el depósito a que se ha hecho referencia, permitirá, a nuestro juicio, por aplicación del artículo 23 de la Ley Hipotecaria, hacer constar la consumación del derecho a favor del arrendatario, mediante una *nota marginal*.

Este es el criterio que parece inferirse de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de septiembre de 1982,

la cual, aunque para el supuesto planteado entiende no aplicable el repetido artículo 23 invocado por el recurrente, sin embargo, viene a admitir su aplicación, cuando en la escritura de constitución de la opción se hubiese previsto que *la simple voluntad afirmativa del optante expresada en escritura pública fuera suficiente para que quedase perfeccionada la compraventa y consumada la tradición*.

B) *Renuncia del optante a ejercitar la opción al término del contrato de arrendamiento financiero de inmuebles*

La práctica establece la regla, que consideramos válida, de hacer constar mediante acta notarial, la entrega y devolución posesoria del inmueble en cuestión.

No obstante, teniendo en cuenta que, conforme al artículo 82 de la Ley Hipotecaria y párrafo segundo del artículo 174 de su Reglamento, *será necesaria nueva escritura para cancelar un derecho inscrito (en este caso, el derivado del contrato de arrendamiento financiero) que se haya extinguido por voluntad de los interesados*, creemos que en la misma escritura deberán hacerse constar, además de los particulares pertinentes relativos al contrato-base, la entrega y devolución posesoria arriba señalada. La expresada escritura será título suficiente para practicar el oportuno asiento principal de cancelación del derecho de arrendamiento con opción de compra. Asimismo, al margen de la constitución de este derecho, se hará constar la nota de referencia a la de cancelación del mismo.

C) *Cancelación de la opción de compra en el Registro de forma unilateral por la Sociedad de Leasing, mediante la simple justificación de impago de uno de los cánones previstos en el contrato. Problemas que plantea esta cláusula*

Evidentemente, la cláusula citada en los términos que se transcriben, no puede considerarse válida en el marco del contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, en el que la opción forma parte, como hemos visto, de un negocio jurídico único e inescindible. Por consiguiente, tan sólo podrá plantearse la resolución del contrato de *Leasing* inmobiliario en su totalidad (no la de una de sus partes) por incumplimiento por el usuario de cualquiera de las obligaciones previstas en aquél y, concretamente, del pago de cualquiera de los cánones pactados.

Sin reproducir aquí nuestro criterio anteriormente expuesto sobre la admisibilidad de una cláusula de las características expresadas (aparta-

do III, 2, D, de este estudio), nos limitaremos en este punto a tratar la forma de hacer constar dicha resolución, y en particular, a si procede o no la denominada cancelación automática a instancia de la sociedad arrendadora.

La falta de una doctrina y jurisprudencia que recoja una situación como la planteada, referida al contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, nos induce a apoyar nuestro criterio en la, sin embargo, abundante jurisprudencia que existe sobre las *ventas sujetas a condición resolutoria*, y muy especialmente, en la de 29 de diciembre de 1982, de la que extractamos sus considerandos más relevantes.

Parte la expresada Resolución del reconocimiento de que la llamada *cancelación automática* del párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, supone un procedimiento que debe ser examinado, en su aplicación, con todo tipo de cautelas dado el rigor con que se produce y los efectos cancelatorios que se derivan para el titular registral del asiento.

El pacto en cuestión, consiste en establecer en una escritura de compraventa que la falta de pago de una letra concede al vendedor la facultad de declarar resuelto el contrato pudiendo efectuarse la reinscripción a favor del transmitente con la constancia de la notificación judicial o notarial hecha al comprador de quedar resuelta la venta.

Pues bien, el Centro Directivo, además de otras consideraciones que no son del caso, entiende que, ante lo establecido en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, para que pueda procederse a la reinscripción del inmueble a nombre del vendedor, el Registrador habrá de tener en cuenta, no sólo si se han cumplido los requisitos y formalidades del citado artículo 59, sino también si se han realizado por el vendedor aquellas otras obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser, en su caso, la consignación, de acuerdo con el artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario, del valor del bien vendido o el importe de los plazos, que con las deducciones, si proceden, haya de ser devuelto.

Considera que es preciso no olvidar la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual, para el ejercicio de la acción resolutoria derivada del artículo 1.124 del Código Civil, o de la Resolución prevista en el artículo 1.504 del mismo Cuerpo legal, es necesario el exacto cumplimiento por parte del vendedor de sus obligaciones, así como una voluntad deliberadamente rebelde a dicho cumplimiento por parte del comprador. En consecuencia, solamente cuando el comprador requerido no se opone a la resolución y se haya procedido además, en su caso, a la consignación decretada en el artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario, podrá practicarse la cancelación del asiento a favor del comprador y reinscribirse el inmueble a nombre del vendedor.

Por último, la Resolución citada señala que al igual que sucede en

materia de hipoteca cambiaria como pusieron de relieve entre otras las Resoluciones de 23 de octubre de 1973 y 31 de octubre de 1978, en que para proceder a la ejecución hipotecaria se requiere que el acreedor presente y tenga en su poder las restantes letras todavía no vencidas a fin de evitar una doble ejecución, la derivada de la hipoteca y la derivada de la acción cambiaria, en los casos en que se haya pactado en una compraventa con precio aplazado que la falta de pago de una letra dé lugar a la resolución, será necesario que el vendedor ponga a disposición del comprador todas las letras todavía no vencidas y pendientes de pago por el deudor.

Las conclusiones que se derivan de lo expuesto, trasladadas al caso objeto de este estudio, son las siguientes:

1.^a Para que una cláusula como la analizada pueda surtir efectos en un contrato de arrendamiento financiero de inmueble, es indispensable, en primer lugar, que se haya pactado expresamente en aquél, de manera que el arrendatario preste su consentimiento por anticipado a que la resolución y posterior constancia registral de la misma pueda efectuarse en la forma indicada.

2.^a En el Registro habrá que presentar, para que en éste puedan llevarse a cabo las oportunas operaciones tabulares: El contrato de arrendamiento financiero (es decir la copia autorizada de la escritura expedida en su día a favor del arrendatario financiero, o si éste no la entregase, la que tuviere en su poder la Sociedad de *Leasing*; y el documento notarial o judicial en que se haga constar la notificación al arrendatario de quedar resuelto el contrato sin que éste se haya opuesto a la resolución. Es evidente que la entrega por el arrendatario de la escritura autorizada del contrato de arrendamiento financiero expedida a su favor puede considerarse como aceptación tácita de la resolución pretendida.

3.^a Para dar cumplimiento a la exigencia establecida en el artículo 175.6.^a del Reglamento Hipotecario, cuando haya lugar, según el contrato de arrendamiento financiero, a la devolución de cantidades por la Sociedad de *Leasing* llegado el caso de resolución de aquél, será preciso que se acredite por la Sociedad arrendadora su depósito o consignación en un establecimiento bancario o Caja oficial, a disposición del usuario o de los titulares de derechos de realización de valor inscritos con posterioridad al arrendamiento financiero.

4.^a Conforme a la reiterada jurisprudencia sobre la hipoteca cambiaria, entendemos también necesario cuando en el contrato que nos ocupa el pago de los cánones se haya documentado en letras, que conste que la Sociedad arrendadora ha puesto a disposición del arrendatario todas las letras no vencidas. Este requisito no será necesario en el supuesto

(controvertido en base al artículo 488 del Código de Comercio) de que se hubiere pactado el vencimiento anticipado de todas las cambiales todavía no vencidas y su pago (en concepto de cláusula penal) por el usuario del inmueble.

5.^a La resolución del contrato de arrendamiento financiero sobre el inmueble y la cancelación del derecho inscrito dimanante de este contrato, se hará constar mediante el correspondiente asiento principal, sin perjuicio de extender la oportuna nota de referencia a la cancelación efectuada, al margen de la inscripción donde se constituyó tal derecho.

V. CONCLUSIONES

Primera: El arrendamiento financiero de inmuebles constituye una figura nueva en el plano económico, jurídico y social. Su incipiente y embrionario tratamiento desde el punto de vista legislativo, debe servir de estímulo para buscar y encontrar soluciones a la extensa problemática que aquél plantea, sin acudir a construcciones artificiosas o a moldes jurídicos concebidos para cumplir otros objetivos sociales.

Segunda: El contrato de arrendamiento financiero de inmuebles es, a nuestro juicio, un contrato mixto en el que se funden dos formas contractuales de contenido atípico: El arrendamiento y la opción de compra, dando lugar a una nueva figura, con causa única y sometida a un régimen jurídico diferenciado del de aquéllas.

Tercera: El contrato de arrendamiento financiero de inmuebles es, asimismo, un típico acto de empresa en su acepción doctrinal. Las empresas dedicadas al arrendamiento financiero cumplen una función mediadora que, en cuanto acto de comercio, se inserta en el marco de los contratos mercantiles.

Cuarta: El arrendamiento financiero de inmuebles se encuentra sujeto a un régimen jurídico establecido para organizar adecuadamente las relaciones de tipo socio-económico que del mismo se derivan. Dicho régimen presenta un carácter distinto al eminentemente social que reviste el conjunto normativo constituido por la Ley de Arrendamientos Rústicos y Urbanos de cuyo ámbito regulador debe entenderse excluida la figura objeto de nuestro estudio. Las normas de la legislación expresada sólo podrán ser invocados como derecho supletorio, en cuanto no se opongan a la naturaleza especial del Contrato de *Leasing* inmobiliario.

Quinta: Para determinar el carácter rústico o urbano de los inmuebles objeto de arrendamiento financiero, se recomienda acudir a los

criterios dimanantes de la legislación urbanística, así como de las disposiciones que, de acuerdo con ésta, y teniendo en cuenta las reglas sobre clasificación y calificación del suelo establecen un régimen jurídico en consonancia con su naturaleza.

Sexta: Pueden ser objeto de arrendamiento financiero, los edificios en proyecto o en construcción, siempre que las partes desde el momento mismo del contrato, y mediante un compromiso suscrito como expresión de su voluntad negocial, se obliguen a destinar el inmueble al uso estipulado, realizando para ello las actividades necesarias hasta la total consecución de tal fin.

Séptima: Los edificios en proyecto o en construcción podrán acceder al Registro de la Propiedad, y servir de soporte al derecho establecido sobre los mismos a favor del arrendatario financiero, siempre y cuando cuenten con un proyecto de ejecución que haya recibido de manera positiva el visado urbanístico y la licencia municipal correspondientes. La propiedad superficiaria, una vez que el proyecto en que aquélla se concrete reúna los requisitos citados, podrá también ser objeto de arrendamiento financiero.

Octava: Las cláusulas de exoneración de responsabilidad establecidas en las CONDICIONES GENERALES de los contratos de arrendamiento financiero son admisibles, en principio, si se prevé en ellas, la excepción para el caso de dolo, y no se vulnera el principio de conmutatividad como manifestación del de orden público económico.

Ahora bien, mientras en el supuesto de dolo una exoneración generalizada acarrearía la nulidad de la cláusula, en el segundo supuesto, ante la falta de una jurisprudencia reiterada en tal sentido, se recomienda prever los mecanismos correctores precisos para lograr el adecuado equilibrio de las prestaciones, evitando enriquecimientos patrimoniales injustificados, y por ende, calificaciones denegatorias.

Creemos también aconsejable una configuración moderada de las denominadas cláusulas penales a la vista de lo señalado en el artículo 1.154 del Código Civil y concordantes sobre la materia.

Novena: La cesión del arrendamiento financiero de inmuebles entendida como contrato plurilateral que se conforma a través del encuentro de tres declaraciones de voluntad: La de la Sociedad de *Leasing*, la del arrendatario financiero y la del cesionario, debe admitirse, siempre y cuando se produzca la subrogación íntegra del adquirente en los mismos derechos y obligaciones que tuviera el arrendatario cedente.

Décima: Consideramos que la denominada *tácita reconducción*, ya se entienda como prórroga del primitivo contrato de arrendamiento, o como uno nuevo pactado de modo presunto, es incompatible con la naturaleza del contrato de *Leasing*, su función económico-jurídica y el sistema de organización de intereses pactado en el Contrato.

Undécima: El contrato de arrendamiento financiero de inmuebles regulado en el Real Decreto de 31 de julio de 1980, origina un nuevo derecho de naturaleza jurídica real, inscribible *per se* al amparo de los artículos 1 y 2, apartado segundo, de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento y cuya inscripción gozará de los mismos efectos atribuidos con carácter general a este tipo de derechos por nuestra legislación hipotecaria (prioridad, legitimación y fe pública registral).

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

NOTAS

Un tema de oposición

SUMARIO: *Inscripción de las adquisiciones de bienes inmuebles por personas casadas bajo el régimen de gananciales: distintos supuestos.—Inscripción de los correspondientes actos de disposición.—El embargo de dichos bienes.*

INSCRIPCION DE LAS ADQUISICIONES DE BIENES INMUEBLES POR PERSONAS CASADAS BAJO EL REGIMEN DE GANANCIALES: DISTINTOS SUPUESTOS

1. La reforma del Código Civil realizada por la Ley de 13 de mayo de 1981 imponía como necesaria la adaptación de las disposiciones del Reglamento Hipotecario a la nueva normativa instaurada por la citada Ley, a cuyo efecto se ha procedido por Decreto de 12 de noviembre de 1982 a tal adaptación teniendo en cuenta la doctrina que resultaba de las Sentencias del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General existentes en la materia, habiéndose procedido sobre esas bases a la reforma en los términos que ha continuación veremos:

1.º *Supuesto.—Actos de adquisición por ambos cónyuges*

La materia aparece actualmente regulada en el artículo 93-1 del Reglamento Hipotecario que dice «Se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas. En la misma forma se inscribirán los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, siempre que la liberalidad fuese aceptada por ambos y el donante o testador no hubiese dispuesto lo contrario».

Se distinguen, como vemos, en este párrafo dos tipos de actos adquisitivos: los realizados *intervivos* y los *mortis causa*, y la normativa recogida en el mismo responde a la doctrina de diversas Resoluciones de la Dirección General que se hicieron eco de las críticas realizadas al antiguo artículo 95 que al obligar a inscribir a nombre de ambos cónyuges y para la sociedad conyugal todas las adquisiciones realizadas a título oneroso, dejaban a dicho precepto en clara contradicción con el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, por cuanto éste sólo exigía las circunstancias del adquirente mientras que el Reglamento exigía además las del cónyuge no adquirente. Así pues, con esta reforma, se distinguen ahora dos tipos de adquisiciones a título oneroso: las realizadas por ambos cónyuges conjuntamente, y las realizadas por uno solo de ellos aunque también hayan de revestir carácter ganancial. A las primeras de ellas se refiere el primer apartado del artículo 93 disponiendo que tales adquisiciones se inscribirán a nombre de marido y mujer «con carácter ganancial».

Como vemos en el texto reformado la primera diferencia existente con el régimen anterior es que ahora han de inscribirse con carácter ganancial en vez de «para la sociedad conyugal» como decía el anterior artículo 95. El cambio tiene importancia por cuanto en el régimen anterior no resultaba totalmente claro su carácter ganancial, ya que los términos «sociedad conyugal» eran bastante más amplios que el de «sociedad ganancial», ya que la sociedad conyugal englobaba otros bienes de diversa naturaleza.

En el régimen actual se exigen para este tipo de inscripción los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio.
- b) Que ésta se haga a costa del caudal común.
- c) Que la adquisición se haga por ambos cónyuges para la comunidad.

Igual forma de inscripción se realizará cuando el carácter ganancial del bien resulte por atribución de los cónyuges, atribución que puede realizarse de modo expreso, es decir atribuyéndoles de común acuerdo la condición de bien ganancial, o bien de modo tácito cuando la adquisición se realiza de forma conjunta pero sin atribución de cuotas.

La inscripción se realizará en la misma forma cuando se trate de bienes donados o dejados en testamento siempre que concurren los requisitos siguientes:

- a) Que la atribución sea conjunta y sin especial designación de partes.

- b) Que se haga constante la sociedad.
- c) Que la liberalidad sea aceptada por ambos.
- d) Que el donante o testador no hubiese dispuesto lo contrario.

Se ha limitado el Reglamento a transcribir el artículo 1.353 del Código Civil reformado, mas este precepto plantea actualmente un problema derivado de la falta de acomodación del mismo al artículo 637 del propio Código, por lo que en el supuesto de aceptación de la liberalidad por uno solo de los esposos surge la duda respecto a la forma en que habrá de practicarse la inscripción, cuestión no excesivamente grave cuando se trate de disposición testamentaria dado que existe procedimiento para exigir que el heredero acepte o repudie a fin de dar paso al derecho de acrecer, pero que reviste mayor crudeza en el supuesto de donación habida cuenta que el donatario no tiene más límite para la aceptación que la de hacerla en vida del donante y notificarla en forma auténtica a éste, con lo que si el documento se presenta con la aceptación de solo uno de ellos es evidente que la inscripción no podrá verificarse a favor de ambos dado el carácter esencial de la aceptación según el artículo 630 del Código, y tampoco podrá inscribirse como ganancial por faltarle el requisito de haber sido aceptada la liberalidad por ambos, sin que pueda actuar el derecho de acrecer que establece el artículo 637 por cuanto la aceptación aun puede tener lugar.

La cuestión, como decimos, surge porque en el régimen anterior y según resultaba del artículo 1.398, los bienes donados conjuntamente a los esposos sin designación de partes correspondían, por mitad, a la mujer como dote y al marido como capital, es decir con la consideración de privativos, norma concordante con el número 2.º del artículo 1.396 y con el propio 637 que señala que se entenderá por partes iguales, mas al reformarse el Código se ha cambiado la naturaleza de la atribución pasando como hemos visto en el actual artículo 1.353 a tener la consideración de gananciales y desapareciendo tal asignación por mitad, a pesar de que tal disposición queda en contradicción con el artículo 1.346-2.º actual, que dispone que las adquisiciones a título gratuito son privativas, pero el legislador olvidó acomodar el artículo 637 al nuevo criterio, con lo que queda en contradicción con el 1.353. En tal caso no cabe más solución que la de inscribir con carácter privativo solo en cuanto a una mitad a favor del aceptante, pero consignando expresamente en la inscripción que la naturaleza de tal atribución queda supeditada a la posible posterior aceptación del otro donatario, y sin perjuicio de que si ésta no tiene lugar acrezca al aceptante la otra mitad con igual carácter.

2.º *Supuesto.—Bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales*

Viene recogido en el propio artículo 93 apartado 4 al decir «Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirán con esta indicación a nombre del cónyuge adquirente».

Aquí la adquisición se realiza por uno solo de los esposos, pero es de resaltar que para nada se hace referencia a la procedencia del dinero, ya que se ha omitido la frase «a costa del caudal común» que resulta del apartado 1 del mismo precepto para el supuesto anterior y del artículo 1.347 del Código Civil, por lo que tal como aparece redactado solo se precisa de un único requisito para que en la inscripción se haga constar que el bien es para la sociedad de gananciales, aunque se inscriba solo a nombre del adquirente: la declaración de que la adquisición se realiza para la sociedad de gananciales.

Sin embargo entendemos que la solución no es correcta por cuanto quedaría en contradicción con el artículo 1.355 del Código Civil que exige «el común acuerdo» para atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, y así lo ha recogido el artículo 93-1 del Reglamento en el supuesto anteriormente examinado, por lo que aun cuando el Reglamento haya omitido la exigencia de que la adquisición se realice a costa del caudal común habrá que entender que igualmente es aplicable tal requisito, pues de otro modo y aunque en la escritura se manifestase que el dinero es privativo habría que inscribir para la sociedad de gananciales, resultando entonces la atribución del carácter ganancial contra la manifestación de voluntad del adquirente que dice que el dinero es privativo, y contra el precepto antes citado que exige el común acuerdo para tal supuesto.

Pero ¿cómo inscribir en tal supuesto? El Reglamento ha omitido la solución porque únicamente ha pensado en la manifestación de voluntad de adquirir o no para la sociedad de gananciales, circunstancia ésta que no necesariamente aparecerá en todas las escrituras. En tal supuesto entendemos que ante la falta de prueba de la privatividad del dinero con que se realiza la adquisición, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.361 del Código Civil, el caso debe considerarse incluido en el artículo 94-1 e inscribirse a favor del adquirente y con carácter presuntivamente ganancial.

3.º *Supuesto.—Bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales*

La cuestión aparece recogida en el apartado 1 del artículo 94 del Reglamento al decir «Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial».

El supuesto es distinto al examinado en el apartado anterior, puesto que se silencia el que la adquisición se realiza para la sociedad de gananciales, pero cabría aún diferenciar en él tres casos diferentes: el primero cuando se guarde silencio respecto a esa circunstancia y también respecto a la procedencia del dinero con que se realiza la adquisición; el segundo cuando guardando silencio respecto a la atribución se manifiesta que el dinero es privativo y el tercero cuando con igual silencio en orden a la atribución se expresa que el dinero es del caudal común. Solo el primer caso es el previsto en el Reglamento, por lo que al no distinguir los diversos supuestos parece que la inscripción habrá de verificarse en todos ellos en idéntica forma, es decir a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial.

Sin embargo la solución de equiparar todos los supuestos no es excesivamente acertada, pues se está dando mucha más importancia a la declaración del destino que a la de la procedencia del dinero, y ambas proceden de la misma persona. Por otra parte la equiparación del último supuesto con los anteriores plantea una clara contraposición con el artículo 1.347 del Código Civil que dispone en su número 3.º: «Son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común...», con lo que de tal precepto resulta que «son gananciales» y no solo presuntivamente gananciales, por lo que sería más adecuada la inscripción con carácter ganancial y no presuntivamente ganancial por cuanto la declaración en orden a la procedencia del dinero atribuye legalmente tal carácter al bien adquirido tal como hemos visto.

4.º *Supuesto.—Bienes adquiridos durante la sociedad de gananciales con carácter privativo*

Lo recoge el artículo 95 del Reglamento al decir «Se inscribirán como bienes privativos del cónyuge adquirente los adquiridos durante la sociedad de gananciales que legalmente tengan tal carácter».

Este es el supuesto general a cuyo efecto deberán tenerse en cuenta las normas establecidas en el artículo 1.346 del Código Civil especial-

mente en los números 1 a 5. Sin embargo el problema fundamental lo plantea la prueba de la privatividad del precio o contraprestación a cuyo efecto hay que distinguir dos supuestos:

- a) Prueba documental pública (1).
- b) Confesión del otro cónyuge.

En cuanto a la primera, resultará de difícil aplicación, circunstancia que ya lo era en el régimen anterior, pues queda limitada única y exclusivamente a aquellos supuestos en que el cónyuge adquirente reciba en presencia de Notario una donación de metálico con la que seguidamente adquiera el bien, o cuando enajene un bien privativo y con el precio obtenido, seguidamente, realiza la adquisición. No parece suficiente el supuesto de venta de valores privativos ante Corredor de comercio y la inmediata adquisición, ya que según Resolución de la Dirección General de fecha 19 de junio de 1975 no admite tal medio como justificativa del carácter privativo del dinero invertido en la adquisición del nuevo bien. Tampoco el procedente de venta anterior de bienes inmuebles (Resolución de 20 de enero de 1983). Tampoco parece admisible el que el dinero conste en cuenta corriente o libreta de ahorro a nombre del cónyuge adquirente por cuanto carece del carácter de prueba documental pública, con lo que el precepto como vemos resulta de difícil aplicación.

En cuanto a la privatividad por confesión del otro cónyuge resulta de más sencilla aplicación y será el supuesto más frecuente. A tal efecto el Reglamento dispone en el artículo 94-4 que «Si la privatividad resultare solo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquella». De ello se deduce que la simple confesión es suficiente para inscribir el bien con carácter privativo, si bien haciendo constar en el asiento que ello resulta de la confesión del otro cónyuge, lo cual es una simple aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.324 del Código Civil que dispone que «Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos será bastante la confesión del otro...»

Regula el artículo 95-5 el supuesto de que la privatividad sea parcial al disponer que «si la justificación o confesión de privatividad se refiriese solamente a una parte del precio o contraprestación la inscripción se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla en la participación indivisa que se indique en el título y a nombre de

(1) Véase el artículo 95-2: «El carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública».

uno o ambos cónyuges, según proceda, para su sociedad de gananciales, en la participación indivisa restante del bien adquirido», con lo que se recoge la normativa del artículo 1.354 del Código Civil.

La confesión o justificación de privatividad puede hacerse incluso con posterioridad a la inscripción según resulta del apartado 6 del mismo artículo al disponer que «La justificación o confesión de privatividad hechas con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal», si bien es de resaltar que el precepto tendrá escasa aplicación en lo que se refiere a la justificación, y únicamente será útil por lo que se refiere a la confesión y no dejará de plantear problemas en orden a los gravámenes anotados o inscritos en el tiempo que medie entre la inscripción y la confesión, debiendo entender que respecto a terceros y herederos forzosos la confesión no tendrá efectos retroactivos y habrá que considerarla como una simple rectificación del Registro que no podrá perjudicarles, como resulta del inciso final del artículo 1.324 del Código Civil. En cuanto a la nota marginal parece necesario exigir el consentimiento del otro cónyuge al menos cuando la inscripción se haya verificado conforme al artículo 93-1 del Reglamento y el carácter privativo resulte por justificación, ya que en el supuesto de que sea por confesión entraría en juego el apartado 6 del referido artículo 95 que recoge la doctrina de los actos propios al disponer que «No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona».

Lo que evidentemente no hace falta expresar en la inscripción es la limitación que resulta del párrafo final del artículo 1.324 del Código, es decir que «la confesión no perjudicará a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges», pues tal limitación resulta de un precepto legal y por consiguiente no precisa de su constancia registral.

5.º *Supuesto.—Vivienda familiar*

No plantea problema alguno cuando la vivienda se adquiere constante matrimonio por cuanto en tal caso se rige por las normas anteriormente examinadas. Quizá la única cuestión importante en tal supuesto es la de si debería hacerse constar en el título adquisitivo si se destina a tal función, lo cual facilitaría sumamente la comprobación de tal requisito en orden a los actos de disposición, mas como ni la Ley ni el Reglamento exigen tal circunstancia parece imposible exigirla, antes al contrario es al tiempo de la enajenación, como veremos posteriormente, cuando es precisa tal manifestación.

La cuestión surge cuando habiendo sido adquirida la vivienda por uno de los cónyuges con anterioridad a la celebración del matrimonio se destina a vivienda familiar, bien haya sido íntegramente satisfecho el precio antes de la celebración del matrimonio, o bien satisfecho solamente alguno de los plazos en los casos de venta con precio aplazado. En el primer caso el bien aparece como privativo aunque para la enajenación será preciso el consentimiento del consorte. En el segundo caso hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 1.357 y 1.354 del Código Civil al disponer el primero de ellos que «Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354». Y éste último dispone que «Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas».

La materia aparece desenvuelta en los apartados 2 y 3 del artículo 91 del Reglamento al decir «2. El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad no alterará la inscripción a favor de éste si bien en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado. 3. La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357-2 del Código Civil requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y se practicará mediante nota marginal».

Aquí el precepto reglamentario puede plantear algún problema, pues si bien cuando los plazos posteriores son satisfechos por el cónyuge titular registral no existe duda alguna, no sucede así cuando alguno o todos los plazos posteriores son satisfechos con dinero ganancial, pues la declaración de que tal circunstancia no alterará la inscripción de éste parece un tanto utópica, por cuanto, como hemos visto, en tal caso el artículo 1.357-2 en relación con el 1.354 establece la existencia de un condominio por cuotas que debería alterar la inscripción a favor del primitivo titular. Por ello resulta anormal que esta atribución de cuota en tal condominio se haga constar por una simple nota marginal cuando lo procedente debería ser la inscripción.

Otra cuestión que plantea el referido precepto es la del momento en que deberá determinarse tal cuota proporcional, cuestión que no dudamos resolver en el sentido de que lo sea al verificar el último pago aplazado que es cuando definitivamente podrá saberse cuál es la cuota que

corresponde a la sociedad de gananciales y cuál al titular primitivo. Lo contrario obligaría a alterar la cuota en cada supuesto de pago parcial, lo que parece excesivo, máxime por cuanto para tal alteración se precisará el consentimiento de ambos cónyuges por tratarse de una determinación de titularidad.

Y queda por último en esta materia el problema de la vivienda adquirida y satisfecha íntegramente por uno de los cónyuges con anterioridad a la celebración del matrimonio y que posteriormente se destina a vivienda familiar, lo cual tiene su evidente repercusión en orden a los actos dispositivos, máxime por cuanto tal circunstancia no resultará del Registro, pero es cuestión que examinaremos más adelante al referirnos a los actos dispositivos.

6.º *Supuesto.—Bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo*

Este caso está previsto en el art. 95,5 del Reglamento Hipotecario, teniendo en cuenta lo que anteriormente hemos expuesto y lo dispuesto en el artículo 1.354 ya examinado, la inscripción se practicará a nombre del cónyuge que aporte dinero privativo en cuanto a la cuota proporcional que le corresponda en relación al total precio, y con carácter ganancial a favor de ambos si concurren las circunstancias del apartado 1 del artículo 93, o a favor del adquirente y para la sociedad de gananciales si se trata del supuesto del apartado 4 del mismo artículo, en cuanto al resto proporcional de dicho bien.

Aun cuando ya no se trate de bienes adquiridos en régimen de la sociedad de gananciales conviene simplemente mencionar dos nuevos supuestos para que quede completo este esquema. Son los recogidos en los artículos 90 y 92 del Reglamento. Dicen así:

Artículo 90. 1. Los bienes que con arreglo al Derecho Foral o especial aplicable correspondan a una comunidad matrimonial se inscribirán a nombre del cónyuge o de los cónyuges adquirentes, expresándose, cuando proceda, el carácter común, y, en su caso, la denominación que aquella tenga.

Si los bienes estuviesen inscritos a favor de uno de los cónyuges y procediera legalmente de acuerdo con la naturaleza del régimen matrimonial, la incorporación o integración de los mismos a la comunidad, podrá hacerse constar esta circunstancia por nota marginal.

2. Los bienes adquiridos por ambos cónyuges, sujetos a cualquier régimen de separación o participación, se inscribirán a nombre de uno

y otro, en la proporción indivisa en que adquirieran conforme al artículo 54 de este Reglamento (2).

Artículo 92. Cuando el régimen económico-matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquel o aquellos haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare.

En cuanto a la opinión que en esta materia puede merecer la reforma del Reglamento estimamos que quizá se ha desaprovechado la ocasión de simplificar la materia acomodándose a los preceptos sustantivos, que era la principal finalidad de la reforma. Para ello baste recordar, además de lo ya expuesto, que en el Código Civil solo existen dos clases de bienes: los privativos y los gananciales, y por consiguiente solo deberían existir dos tipos de inscripciones correspondientes a dicha clasificación. El hecho de que dentro de los gananciales se puedan a su vez distinguir dos grupos: aquellos que por disposición del Código son gananciales (arts. 1.347 y 1.353) y aquellos otros que también por presunción legal lo son (artículo 1.361) no altera su carácter de gananciales, y por consiguiente igual normativa les debería ser aplicable, máxime por cuanto según veremos más adelante, los actos dispositivos se rigen por normas semejantes.

Pero es que además a idénticas soluciones se hubiese llegado con la simple observancia del artículo 9 de la Ley Hipotecaria.

Veamos:

a) Bienes adquiridos conjuntamente por ambos cónyuges para la comunidad a título oneroso, o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición, o en forma conjunta y sin atribución de cuotas.

Se inscribirían a favor de ambos, ya que ambos son adquirentes y el bien con carácter ganancial por reunir los requisitos del 1.347, por atribución conjunta (1.355-1.º) o por presunción legal (1.355-2.º).

b) Bienes adquiridos a título oneroso por un solo cónyuge para la sociedad de gananciales.

Siguiendo nuevamente el artículo 9 de la ley la inscripción se practicaría a favor del adquirente y con carácter ganancial por estar incluidos en el número 3.º del artículo 1.347 del Código.

c) Bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges sin expresar que adquiere para la sociedad conyugal.

Observando igualmente la norma del repetido artículo 9 se inscribi-

(2) 3. Si el régimen económico-matrimonial vigente fuera el de participación se hará constar el consentimiento del cónyuge del disponente si resultare del título y la disposición fuera a título gratuito.

rían a nombre del adquirente y su carácter ganancial vendría dado por el artículo 1.361 del Código Civil.

d) Bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges con dinero privativo justificándose tal circunstancia o con confesión del otro cónyuge.

Se inscribirían a favor del adquirente con tal carácter sin perjuicio de que en el último caso no perjudique tal carácter a los herederos forzosos y acreedores, según el propio Código dispone.

La distinción que el texto reglamentario hace de inscripciones «con carácter ganancial», «para la sociedad de gananciales» y «presuntivamente gananciales» no parece demasiado acertada, pues las dos primeras son de distinción francamente imprecisa, y la tercera es tan ganancial como las anteriores, sin perjuicio de que la prueba en su día pueda demostrar lo contrario, cosa que también puede suceder con bastantes de las anteriores, siendo además anómalo que el Reglamento establezca y limite el tipo de prueba que justifique el carácter privativo, lo cual es materia de tipo sustantivo.

INSCRIPCION DE LOS CORRESPONDIENTES ACTOS DE DISPOSICION

Para su estudio veamos previamente las normas sustantivas que regulan tal materia.

La norma general para los bienes gananciales resulta del artículo 1.375 del Código Civil al decir que «la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges», corroborada por el artículo 1.377 al expresar que «para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia». Y respecto a los actos a título gratuito dispone el artículo 1.378 que «Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges». Por último los artículos 1.387 y 1.389, para el supuesto de cónyuge menor o sujeto a tutela, atribuyen la facultad dispositiva al cónyuge tutor o representante legal, si bien para los actos dispositivos relativos a inmuebles exige autorización judicial.

Previas estas indicaciones de carácter general veamos las normas del Reglamento hipotecario dictadas para desenvolver la materia en relación con los supuestos examinados en el apartado anterior.

Supuesto 1.º. Actos dispositivos de bienes inscritos conforme al artículo 93-1 del Reglamento

Dispone el artículo 93 en sus apartados 2 y 3 lo siguiente: «2. Para la inscripción de los actos de administración o de disposición, a título oneroso, de estos bienes será preciso que se hayan realizado conjuntamente por ambos cónyuges o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria.

3. Los actos de disposición a título gratuito de estos bienes se inscribirán cuando fueren realizados por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos concurriendo el consentimiento del otro.»

Que tal norma reglamentaria es innecesaria resulta evidente, pues aquí el Reglamento no regula nada relativo a la inscripción, ya que lo que está regulando es quién tiene la facultad para el acto dispositivo, lo cual es materia del Código Civil, que también lo establece en los artículos 1.375 a 1.378 en idénticos términos, por lo que no vemos la necesidad de introducir una normativa que ya existe en un texto legal de rango superior. La única diferencia puede estribar en el texto del artículo 1.375 que habla de «disposición conjunta» con lo que podría parecer necesaria la presencia simultánea de ambos cónyuges al acto dispositivo, pero esta pequeña diferencia de terminología resulta rápidamente salvada por los artículos 1.376 a 1.378 que ya hablan de «consentimiento» de ambos cónyuges, y el consentimiento igualmente puede ser prestado simultánea o sucesivamente y así lo confirma el artículo 1.322 al permitir que tales actos sean expresa o tácitamente confirmados.

Sí conviene resaltar en cambio que la autorización judicial subsidiaria nunca es aplicable a los actos a título gratuito conforme a los artículos 1.378 y 1.322 del Código.

2.º Supuesto. Actos dispositivos relativos a bienes inscritos conforme al apartado 4 del artículo 93.

Vienen regulados en el inciso final del propio apartado 4 de dicho artículo que dispone «Para la inscripción de los actos de disposición de estos bienes se estará a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo y para los actos enumerados en el apartado 2 del artículo siguiente, se estará a lo que en él se dispone».

Como decíamos anteriormente una vez más se pone de manifiesto la inutilidad de la norma reglamentaria, porque según dispone el artículo 1.347 del Código los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común (y siempre se presume común por

el artículo 1.361) son gananciales, y por tanto los actos dispositivos se otorgarán, según dispone el propio Código, por ambos cónyuges, por lo que el Reglamento lo único que hace es remitirse a las normas del supuesto anterior, puesto que tan gananciales eran aquéllos como éstos.

La única novedad consiste en disponer que los actos de agrupación, segregación, división, declaración de obra nueva, constitución del régimen de propiedad horizontal y actos análogos pueden ser realizados solamente por el que aparece como titular registral. Novedad que puede plantear más de un problema habida cuenta del menor rango del Reglamento con relación al Código. Aquí el problema es de carácter sustantivo por cuanto encaja en la determinación de si tales actos son de disposición o de administración, cuestión poco pacífica, pues no todos los enumerados son de idénticas características, y respecto a buena parte de ellos la doctrina se ha inclinado por considerarlos como actos dispositivos. Pero veamos lo que sucede con la norma reglamentaria según se siga uno u otro sistema.

Si estimamos que se trata de actos dispositivos es evidente que el Reglamento se coloca en franca contradicción con el Código y con su propia normativa, pues, como hemos visto, para los actos dispositivos se requiere el consentimiento de ambos esposos y la solución no es aceptable, y si por el contrario se consideran como actos de administración en tal caso la norma carece en absoluto de utilidad habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 1.384 del Código Civil, por cuanto, según dicho precepto, «serán válidos los actos de administración de bienes... realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren...» y es claro que estos bienes sólo figuran a nombre de uno de ellos (3).

3.º Supuesto. Actos dispositivos sobre bienes presuntivamente gananciales comprendidos en el artículo 94-1

Su regulación aparece en los apartados 3 y 4 del propio precepto que disponen «3. Para la inscripción de los actos de disposición a título oneroso de los bienes inscritos conforme al apartado 1 de este artículo será necesario que hayan sido otorgados por el titular registral con el consentimiento de su consorte o en su defecto con autorización judicial. 4. Los actos a título gratuito se registrarán por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior».

La norma es una pura repetición de lo ya visto anteriormente por lo

(3) Véase artículo 94-2, que dice: «Serán inscribibles las agrupaciones, segregaciones o divisiones de estas fincas, las declaraciones de obra nueva sobre ellas, la constitución de sus edificios en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros actos análogos realizados por sí solo por el titular registral».

que parece anómala la repetición, máxime si como decíamos tal materia aparece específicamente regulada en el Código Civil, por lo que nada hubiese perdido el Reglamento con su supresión.

4.º Supuesto. Actos dispositivos relativos a bienes gananciales cuando uno de los cónyuges esté sujeto a tutela, ausente, imposibilitado de prestar consentimiento, hubiese abandonado la familia o existiere separación de hecho

En estos casos hay que estar a lo dispuesto en el artículo 1.389 párrafo segundo del Código Civil que exige la autorización judicial, y que aparece complementada por lo dispuesto en el artículo 96-2 del Reglamento al disponer que «Las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal».

El Reglamento utiliza la nota marginal con cierta generosidad, pues tal como se deduce de la norma puede existir una clara contradicción con el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, ya que las resoluciones declarando la incapacidad afectan a la administración y disposición de los bienes gananciales y según el artículo 2 citado son objeto de inscripción, incluso de la especial en el libro de incapacitados, con lo que se ha sembrado la duda en tal materia.

5.º Supuesto. Actos dispositivos relativos a bienes privativos

Aquí debemos distinguir dos supuestos: a) bienes privativos probados y b) bienes privativos por confesión del otro consorte.

En cuanto al primer supuesto se rige por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 95 que dispone «Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se llevarán a cabo exclusivamente por el cónyuge adquirente aun antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta».

El precepto no parece demasiado feliz. Nunca se ha puesto en duda que el titular de bienes privativos tenga la facultad dispositiva respecto de los mismos, antes, durante y después del matrimonio, pues su naturaleza no sufre alteración alguna por consecuencia del matrimonio, por lo que suena un tanto anormal la expresión «aun antes de la liquidación» como si hubiese alguna etapa en la que tal disposición resultase coartada. Por otra parte la excepción que supone la vivienda familiar confirma la regla general por nadie discutida.

Por lo que se refiere al segundo caso lo regula el apartado 4 del mismo

precepto al disponer «Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia».

Tampoco resulta de mucha utilidad la norma expresada, pues inscribir el bien como privativo es lógico que los actos dispositivos sean otorgados simplemente por el titular registral, luego el problema, si existe, se planteará al momento de la inscripción previa, pero no al momento de la inscripción del acto dispositivo, pues la calificación como privativo ya consta en el Registro.

La cuestión, como decimos, cuando realmente presenta importancia es en el acto de adquisición por cuanto al disponer el artículo 1.324 del Código que «Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos será bastante la confesión del otro...» parece implicar que este efecto probatorio ninguna trascendencia reviste respecto a los terceros, ya que sus efectos se limitan a «entre cónyuges», por lo que la duda surgía en orden a si la inscripción debía practicarse como privativa o como presuntivamente ganancial, pero habida cuenta que la inscripción sólo se practica a nombre del adquirente indicando tal circunstancia, el acto dispositivo posterior viene condicionado por tal circunstancia, ya que sería anómalo exigir un consentimiento que ya fue prestado con anterioridad al hacer la confesión. Sin embargo sí que es de resaltar el hecho de que el Reglamento silencie la referencia a los acreedores que resulta del artículo 1.324 del Código Civil.

6.º Supuesto. Actos dispositivos relativos a la vivienda familiar

La materia aparece regulada en el artículo 94-1 del Reglamento al decir «Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio para la inscripción del acto de disposición que recaiga sobre inmueble que constituya la vivienda habitual de la familia, deberá constar el consentimiento del otro cónyuge a no ser que se justifique que no tiene tal carácter o que el disponente lo manifestare así».

En primer lugar es de resaltar la omisión de no contemplar la posibilidad de la autorización judicial subsidiaria que recoge el artículo 1.320 del Código Civil.

En segundo lugar parece poco acertada la posibilidad de la justificación de que la vivienda familiar no es la vivienda familiar, pues el precepto parte de la premisa de que lo que está regulando es el supuesto

de disposición de vivienda familiar y no de otra, por lo que ello envuelve un contrasentido. Quizá quiera referirse a vivienda que habiendo sido la familiar haya perdido después tal carácter, más aparte de que tal circunstancia no se exige en ningún precepto del Reglamento como de constancia registral obligatoria, salvo en los supuestos en que resulte la existencia de comunidad, parece excesivo que si tal constancia se da baste la simple manifestación del disponente para enervar lo que resulta del asiento.

Por último como ya vimos al tratar de los actos adquisitivos será difícil constatar cuándo la vivienda enajenada es la vivienda familiar, por lo que parece que en todo acto de disposición de viviendas en que no actúen ambos cónyuges será preciso expresar que no es la vivienda habitual a fin de posibilitar la inscripción, pues aun cuando se pudiese estimar que el señalar en la comparecencia de la escritura un domicilio distinto de la vivienda que es objeto de la enajenación pudiese implicar la manifestación de que no reúne tal carácter, ello es difícilmente admisible por cuanto en los supuestos de abandono del hogar, separación de hecho o incluso en trámite de separación legal o divorcio se puede vivir en domicilio distinto de la vivienda habitual, por lo que parece obligada la justificación o la manifestación del disponente.

EL EMBARGO DE DICHOS BIENES

La materia aparece regulada en el nuevo artículo 144 del Reglamento Hipotecario que dispone «Para que sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes comunes durante la vigencia de la sociedad conyugal, incluso cuando uno solo de los cónyuges aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges o que el embargo ha sido notificado al cónyuge no demandado, en el supuesto del párrafo siguiente».

Esta es la norma general que en cierto modo confirma la postura adoptada por la Dirección en reciente Resolución de 10 de noviembre de 1981 que difiere de la anterior recogida en Resoluciones de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966, que consideraron cumplido tal requisito, que era igualmente exigido por el artículo 144 anterior, siempre que con la demanda al marido se hubiese efectuado la notificación a la mujer. Actualmente tal solución no parece admisible por cuanto el párrafo primero del citado artículo 144 solo admite la notificación para el supuesto del párrafo segundo del mismo artículo al decir «Cuando se persigan bienes comunes, a falta o por insuficiencia de los privativos, por deudas propias de uno solo de los cónyuges, en el supuesto previsto en el ar-

título 1.373 del Código Civil, bastará que haya sido notificado el embargo al cónyuge no deudor», de donde claramente se deduce que la norma general es la demanda a ambos cónyuges y la excepción la simple notificación en los supuestos en que concurren los requisitos del párrafo segundo.

Así pues en el caso normal y tratándose de procedimientos ejecutivos por deudas gananciales en que aparezca como deudor uno solo de los cónyuges habrá que acudir al sistema ya admitido procesalmente por los Tribunales de dirigir la demanda también contra el cónyuge no deudor a los solos efectos de lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario (4).

Supuesto distinto es el de los bienes inscritos como privativos por confesión del otro cónyuge a que se refiere el apartado 4 del artículo 95 del Reglamento en los que de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 144 «el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor».

Esta norma plantea bastantes dudas, precisamente porque trata de aferrarse de una manera excesiva al tracto aparente, sin tener en cuenta que tal tracto aparente aparece roto en múltiples supuestos como son los actos dispositivos del apartado 4 del artículo 93 y apartado 1 del artículo 94, en que han de disponer ambos cónyuges cuando solo aparece como titular uno de ellos, pero en el caso que nos ocupa el problema sube de tono porque parece imposible considerar legitimado procesalmente al cónyuge no deudor para ser demandado. Ciertamente que si se ha dirigido la demanda contra el cónyuge deudor no favorecido por la confesión habría que denegar la anotación por aparecer los bienes inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la que se sigue el procedimiento, con lo que parece ser que nos encontramos ante un callejón sin salida, pero lo cierto es que quizá el Reglamento no se ha expresado con la debida precisión, pues debería haber dicho que también se dirigiese la demanda (o notificase ésta) al cónyuge no deudor favorecido por la confesión, y ello por aplicación del artículo 1.324 del Código Civil, ya que según este precepto la confesión no perjudica a los acreedores, ya sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges, con lo que respecto a éstos la

(4) Después de redactadas estas notas, que lo fueron para una aspirante de las pasadas oposiciones, han aparecido dos Resoluciones de la DGRN de 28 de marzo y de 15 de abril de 1983 que contienen la doctrina siguiente: basta para practicar el embargo sobre un bien ganancial por obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges que la demanda al deudor se notifique al otro cónyuge, ya que la demanda conjunta a los esposos no guardaría relación con el carácter individual de la calidad de deudor.

Esta doctrina está ajustada a las normas de Derecho Procesal, pero queda en clara contradicción con la normativa recogida en el párrafo 1.º del artículo 144.

confesión carece de efectos, por lo que los bienes siguen conservando su condición de gananciales y por tanto les sería aplicable la norma general, pero lo que no parece admisible es que puede dirigirse la demanda contra quien no aparece como deudor sin hacerlo a su vez contra el cónyuge deudor, con infracción de la relación jurídica procesal (5).

Consecuencia de la relación especial que supone la vivienda familiar el artículo 144 en su párrafo quinto dispone que la vivienda familiar de pertenencia exclusiva de uno de los cónyuges para poder ser embargada requiere que la demanda se haya dirigido contra el cónyuge titular y que se haya notificado el embargo al otro cónyuge, circunstancia que será de difícil apreciación por cuanto en el Registro no constará, salvo en los supuestos de comunidad, su carácter de vivienda familiar.

Por último resta examinar el supuesto de embargo después de la disolución de la sociedad de gananciales, lo que aparece regulado en el apartado cuarto del citado artículo al disponer «Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos».

La norma recoge los diversos supuestos de disolución al admitir demanda contra ambos cónyuges (nulidad, separación, capitulaciones, divorcio, etc.) o contra los herederos (supuestos de disolución por fallecimiento de uno de ellos o ambos) acomodándose al supuesto general de demanda contra todos ellos, ya que después de la disolución de la sociedad de gananciales se constituye una comunidad por cuotas y hay que dirigir la demanda contra todos sus titulares.

E. CANO

Registrador Mercantil de Valencia

(5) Añade el párrafo 3.º del artículo 144: «Llegado el caso de enajenación de los bienes embargados, se cumplirá lo pertinente de los artículos 93 y siguientes de este Reglamento».

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR JUAN MANUEL REY PORTOLÉS

LA ESTAMPACIÓN O NO DE LA NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN DE CARGAS QUEDA AL MARGEN DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y, EN CONSECUENCIA, CUMPLIDAS LAS NOTIFICACIONES PERTINENTES ESTABLECIDAS POR LA LEY SOBRE LA BASE DE DICHA CERTIFICACIÓN, ES CANCELABLE, AUNQUE NO SE HUBIESE CONSIGNADO LA CORRESPONDIENTE NOTA MARGINAL DE LIBRAMIENTO DE AQUÉLLA, LA INSCRIPCIÓN DE VENTA HECHA POR LOS EJECUTADOS A UN TERCERO DESPUÉS DE CELEBRADA LA SUBASTA Y CEDIDO SU REMATE, PESE A NO HABERSE REQUERIDO DE PAGO, DÁNDOLE OPORTUNIDAD DE INTERVENIR EN EL PROCEDIMIENTO, AL REFERIDO TERCERO. HIPOTECAS A FAVOR DEL BANCO HIPOTECARIO DE ESPAÑA: ESPECIALIDADES.

Resolución de 13 de abril de 1982 (B. O. del E. de 3 de junio).

RESOLUCION de 13 de abril de 1982, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Esteban Pérez Alemán, en nombre y representación de don José Bruno Hernández Medina, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santa María de Guía (Las Palmas) a inscribir una escritura de compraventa y mandamiento judicial derivados de un proceso de ejecución hipotecaria, en virtud de apelación del recurrente.

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Esteban Pérez Alemán, en nombre y representación

de don José Bruno Hernández Medina, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santa María de Guía (Las Palmas) a inscribir una escritura de compraventa y mandamiento judicial derivados de un proceso de ejecución hipotecaria, en virtud de apelación del Registrador de la Propiedad;

Resultando que con fecha 7 de agosto de 1975, los cónyuges don Miguel Roca Suárez y doña Rosa Brito Lasso otorgaron escritura de préstamo y constitución de hipoteca sobre una finca de su propiedad, en favor del «Banco Hipotecario de España, S. A.», estableciéndose que los prestatarios quedaban sujetos a la Ley de 2 de diciembre de 1872 al Real Decreto-ley de 4 de agosto de 1928 y a los Estatutos del Banco, que, como consecuencia de la falta de pago de varios plazos, la Entidad acreedora inicia el procedimiento de ejecución; que el día 12 de abril de 1978 se expide por el Registrador de la Propiedad una certificación de cargas de la que resulta hallarse inscrita la finca a favor de don Rafael Dombidáu Santana y su esposa, doña Lucrecia Gil Sánchez, y de don Ramón Naranjo Hernández y su esposa, doña María Rosa Ramírez García, y sin hacerse constar que se ha puesto nota al margen de la inscripción de haberse expedido la certificación de cargas; que cumplidos los demás trámites, se otorga por el Juez de Primera Instancia número 8 de Madrid, el día 28 de mayo de 1980, escritura de venta a favor del rematante don José Bruno Hernández Medina; que el día 30 de junio de 1980 se libra un mandamiento al Registro de la Propiedad de Guía por el que se da cumplimiento al auto de 16 de junio de 1980, en el que se ordenaba la cancelación de la inscripción de hipoteca en favor del «Banco Hipotecario de España, S. A.», así como la de todas las demás inscripciones o anotaciones que hayan podido realizarse con posterioridad a la inscripción de la hipoteca;

Resultando que presentados en el Registro de la Propiedad de Guía el anterior mandamiento judicial y la escritura de compraventa, fueron calificados con las siguientes notas: «No se practica operación respecto al mandamiento que precede, por los siguientes defectos: 1.º No determinarse, con referencia a los datos registrales, las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de hipoteca que deban cancelarse. 2.º No haberse requerido de pago, no interviniendo en el procedimiento de ejecución, el actual titular registral de la finca hipotecada, don Luis Granados Henríquez, el cual la adquirió por compra a don Rafael Dombidáu Santana y a don Ramón Naranjo Hernández, con el consentimiento de sus respectivas esposas, doña Lucrecia Gil Sánchez y doña M.ª Rosa Ramírez García, en escritura autorizada el 24 de abril de 1980, por el Notario de Guía don Francisco Luis Navarro Alemán, cuya primera copia fue presentada a las diez horas del día 6 de mayo de 1980, asiento 1.839, folio 275 del diario 49, que causó la inscripción 4.ª de la finca 5.902, practicada el 8 de julio de 1980, en el tomo 654 del archivo, libro 55 de Mogán, folio 124. Y, siendo subsanable el 1.º de los defectos señalados e insubsanable el 2.º, no se toma anotación preventiva. Santa María de Guía a 4 de diciembre de 1980». Respecto de la escritura de venta, la nota es del siguiente tenor literal: «Se deniega la inscripción del precedente documento al que se acompañó posteriormente copia de la escritura de capitulaciones alegadas en el mismo por el defecto de no otorgarse el título que se califica por sí ni en nombre del actual titular registral, don Luis Granados Henríquez, el cual no fue requerido de pago ni intervino en el procedimiento de eje-

cución hipotecaria conforme consta en el apartado 2.º de la nota de calificación registral del auto dictado el 16 de junio de 1980, por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Madrid, testimonio del cual se acompañó asimismo al título objeto de esta calificación. Defecto que se considera insubsanable no tomándose anotación preventiva. Santa María de Guía, 9 de enero de 1981»;

Resultando que posteriormente se presenta en el Registro de la Propiedad de Guía un mandamiento judicial comprensivo de un auto complementario del de 16 de junio de 1980, por el que se acuerda la cancelación de la inscripción 4.ª en favor de don Luis Granados Henríquez, que se calificó con la siguiente nota: «No se practica operación respecto al documento que precede, mandamiento que libra, por duplicado, el Juzgado de Primera Instancia de este partido, de 24 de diciembre de 1980, en cumplimiento de exhorto del número 8 de los de igual clase de Madrid, dimanante de autos número 1441 de 1979, al que se adjunta testimonio literal del auto dictado por el exhortante en 9 de diciembre de 1980, dictado por el propio Juzgado exhortante, por subsistir con el mismo carácter de insubsanable el segundo de los defectos señalados en la nota de calificación registral del citado auto de 16 de junio último. Santa María de Guía, 9 de febrero de 1981»;

Resultando que por el Procurador de los Tribunales don Esteban Pérez Alemán, en nombre de don José Bruno Hernández Medina, se interpuso recurso gubernativo contra las anteriores calificaciones, alegando: Que tanto si se atiende a la fecha en que fue expedida la certificación de cargas, como si se atiende a las especiales normas del Banco Hipotecario, se ha de llegar a la conclusión de ser perfectamente inscribible el mandamiento judicial en que ordena la cancelación de la hipoteca y de las sucesivas titularidades registrales, así como la escritura de venta otorgada por el Juez en favor del rematante; que la petición y expedición de la certificación de cargas viene impuesta en todo procedimiento de apremio, sea hipotecario o no, exigencia que se deriva tanto de la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria como del número 1.º del artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el Registrador de la Propiedad tiene además la obligación de hacer constar por nota al margen de la correspondiente inscripción que se ha expedido la certificación de cargas y la fecha de la expedición, tanto para el proceso del artículo 131 de la Ley Hipotecaria como en los demás ejecutivos, según dispone el párrafo 2.º del artículo 143 del Reglamento Hipotecario; que la fecha de la expedición de la certificación de cargas determinará, de una parte, quienes han de ser citados en el procedimiento, y de otra, la cancelación de las inscripciones que se hayan practicado con posterioridad a la misma, que estos efectos procesales y sustantivos derivan del hecho de la expedición de la certificación de cargas, sin que estén vinculados al cumplimiento o no por el Registrador de su obligación de extender la nota marginal; que los preceptos especiales que regulan la ejecución de las hipotecas constituidas en favor del Banco Hipotecario de España determinan la misma solución práctica, tal y como señala el artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, al disponer que «cuando la finca hipotecada cambie de dueño, quedará de derecho subrogado el adquirente en todas las obligaciones que por razón de ella hubiere contraído su causante con el Banco. El adquirente dará conocimiento al Banco de su adquisición dentro de los quince días al en que se consume,

y si no lo hiciese, le perjudicarán los procedimientos que aquél dirija contra su causante para el cobro de sus créditos»; que se acompaña una certificación expedida por el Secretario general del Banco Hipotecario de España de fecha 16 de marzo de 1981, de la que resulta que desde el año 1975 —en que se formalizó el préstamo— hasta su reembolso por venta judicial no se había practicado en dicho Banco ningún asiento de cambio de dueño; que de conformidad con lo expuesto, el procedimiento de venta del inmueble perjudicará a los nuevos adquirentes que no comunicaron al Banco su adquisición;

Resultando que el Registrador de la Propiedad informó: Que los efectos procesales y sustantivos, señalados por los artículos 143, 1.º, del Reglamento Hipotecario y del artículo 131, regla 17, de la Ley, no derivan del simple hecho de la expedición de la certificación de cargas, sino que ésta determina únicamente el momento a partir del cual se producen dichos efectos, lo cual tiene su reflejo registral mediante la correspondiente nota marginal; que con referencia al pretendido incumplimiento por el Registrador de la obligación de extender la nota marginal debe señalarse que del mandamiento en que se ordenaba la expedición de la certificación de cargas no resultaba la certeza del procedimiento de ejecución, y que estando dirigida la nota marginal al tercer poseedor, éste carácter no lo puede tener nunca —dado el artículo 95 de los Estatutos del Banco Hipotecario— el adquirente de finca hipotecada a favor de dicho Banco, ya que asume automáticamente la deuda; que la tesis del recurrente relativa a que el adquirente no comunicó oportunamente al Banco su adquisición, y que, por tanto, le han de perjudicar los procedimientos que éste dirija contra su causante, debe ser también rechazada, ya que se basa en una certificación librada por el Banco Hipotecario con posterioridad a las fechas de las respectivas calificaciones recurridas; que la necesidad del requerimiento de pago al adquirente de la finca hipotecada viene impuesta por el artículo 126 de la Ley Hipotecaria, requerimiento que se ratifica en los artículos 127 y 131 de la Ley, así como en el 235 del Reglamento; que en caso de haber dado conocimiento de la adquisición al Banco, el adquirente no queda privado de su derecho a intervenir en el procedimiento de ejecución; que, por último, la escritura no se otorga por el deudor por sí ni en su nombre, infringiendo de esta manera el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del (sic) artículo 20 de la Ley Hipotecaria;

Resultando que el Presidente de la Audiencia dictó auto por el que se revocaba la nota calificatoria, alegando, entre otros fundamentos, el relativo a la imposibilidad de notificar al nuevo adquirente, dada la fecha de su adquisición, que es posterior a la de la aprobación del remate, y en la necesidad de evitar que la culminación del procedimiento de ejecución pueda quedar al arbitrio del deudor;

Resultando que el Registrador de la Propiedad de Guía se alzó de la decisión presidencial;

Vistos los artículos 126, 127 y 131 de la Ley Hipotecaria, 143, 225, 226 y 233 del Reglamento para su ejecución, 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de 2 de diciembre de 1872, el Real Decreto de 3 de noviembre de 1928 y las Resoluciones de 6 de noviembre de 1933 y 22 de mayo de 1943;

Considerando que antes de entrar en el examen del presente expediente se hace necesario advertir el estrecho marco en que se mueve el recurso gubernativo que solamente ha de resolver sobre la práctica o extensión

de los asientos registrales solicitados, y sin que pueda decidir sobre aquellas cuestiones que por muy relacionadas que lo estén sean ajenas a la nota de calificación, sin perjuicio de que los interesados, como indica el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, puedan acudir, si lo desean, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos;

Considerando que inscrito un título de dominio, como es la escritura de venta otorgada por los deudores ejecutados a favor de una tercera persona y que fue autorizada en fecha incluso posterior a la providencia judicial que aprobaba la cesión del remate hecha por el ejecutante a un tercero, el único obstáculo que señala la nota de calificación —y único que puede examinarse— para proceder a la cancelación del asiento registral practicado a favor del actual titular, que impide a su vez la inscripción de la escritura calificada, consiste en determinar si era o no necesario que en el procedimiento de ejecución seguido se le hubiese requerido de pago a dicho actual titular que adquirió después de expedida por el Registrador la certificación de cargas, a que hace (*sic*) referencia los distintos preceptos legales que regulan esta materia;

Considerando que la certificación con la inserción literal de la última inscripción de dominio y con la relación de cargas del inmueble sujeto a ejecución que ha de expedir el Registrador a petición de Juez o Tribunal con arreglo a lo establecido en los artículos 1.489, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 131, regla 4.ª, de la Ley Hipotecaria, y 143, 1.º, de su Reglamento, es de una importancia primordial, ya que determina las personas a las que es necesario, si no hubiesen sido requeridas de pago, el notificarles la existencia del procedimiento por si les conviniese intervenir en el mismo, notificación que no es preciso realizar a todos aquellos que hayan inscrito, anotado o presentado su título en el Registro con posterioridad a la expedición de dicha certificación, en la que como es natural no pueden aparecer mencionados, y todo ello con independencia de que el Registrador, amparado en la libertad de criterio de que goza en su función calificadora, estimara en su día que era o no necesario extender la nota marginal correspondiente, ya que tal obligación queda al margen del procedimiento judicial en el que aparecen cumplidas las notificaciones pertinentes establecidas por la Ley sobre base de la certificación registral expedida,

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 13 de abril de 1982.—El Director general, Fernando Marco Baró.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Las Palmas.

SUMARIO: I *Cuestiones previas*: 1. ¿Qué proceso de ejecución se siguió?—2. ¿A qué se alude en el considerando primero?—II. *Acotaciones*: 1. A los hechos.—2. Al escrito de interposición del recurso.—3. Al Informe.—4. Al auto del Presidente.—5. A los considerandos.—III. *Cuestiones que debieron esclarecerse para el cabal enfoque del fallo*: 1. Concepto de tercer poseedor: A) En la extensión objetiva de la hipoteca. B) En la limitación por intereses. C) En la limitación por cifra de distribución de la responsabilidad D) En la ejecución hipotecaria: a) terceros «pre-nota»; b) terceros «post-nota».—2. Momento en que se adquiere el dominio en las ejecuciones hipotecarias.—3. Vigencia e interpretación del artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872.

I. CUESTIONES PREVIAS

1. Uno de los aspectos que queda en la penumbra dentro de la precedente Resolución es el de determinar qué clase de procedimiento (1) de ejecución se ha utilizado en el caso sometido a su consideración, toda vez que se involucran por doquier preceptos relativos al procedimiento ejecutivo ordinario, al especial de que goza el Banco Hipotecario de España, al judicial sumario y hasta al ejecutivo extrajudicial, sin que en ningún momento se discierna con claridad cuándo se citan tales artículos con carácter simplemente analógico o supletorio.

En la rúbrica del Boletín y en el párrafo inicial de encuadre dirigido al Presidente de la Audiencia, se habla simplemente de *proceso (por cierto) de ejecución hipotecaria*; en el resultando primero de que se *inicia el procedimiento de ejecución* y la misma expresión incolora (*procedimiento de ejecución seguido*) se utiliza en el considerando segundo.

Yo me aventuro a suponer que se siguió el procedimiento especial de que disfruta el Banco Hipotecario de España y cuyo fundamento legal, como recuerda la interesante Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981 (2), se encuentra:

(1) Mejor sería decir con la moderna procesalística (GUASP y tantos otros) proceso en lugar de procedimiento, expresión ésta que alude más a los trámites que a la institución-cauce que desenvuelven, pero entre los hipotecaristas está mucho más consagrada esa segunda terminología y no digamos nada entre los verustos preceptos de la legislación hipotecaria (cfr. art. 126 *fine*; 127, dos últimos párrafos; 131, etc., de la Ley Hipotecaria, 143, 222 a 236 —y sus rúbricas— del Reglamento Hipotecario, etcétera). La palabra procedimiento también tiene la ventaja de poderse predicar sin demasiada inexactitud del ejecutivo extrajudicial, al que ortodoxamente no se puede tildar de proceso. Más consideraciones terminológicas y de naturaleza jurídica en JAIME GUASP *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 1951, págs. 43 y ss.

(2) *Boletín Oficial del Estado* de 14 de enero de 1982, Suplemento al núm. 12. En dicha sentencia (de la que fue ponente el Magistrado don LUIS DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN) el Pleno del Tribunal Constitucional desestimó tres recursos acumulados de amparo, promovidos por dos sociedades prestatarias del Banco Hipotecario de España, S. A., a las que esta Entidad había ejecutado por su procedimiento especial expeditivo al considerar que la inexistencia de fase cognitoria violaba su derecho a la tutela jurisdiccional, a la defensa y a la utilización de medios de prueba protegido, para cualquier clase de procesos, por el artículo 24 de la Constitución. El Tribunal, con consideraciones de inescapable lectura, declaró que ni el proceso especial a favor del Banco Hipotecario, ni su pariente próximo, el procedimiento judicial sumario, son contrarios a dicho precepto constitucional: 1.º Porque «el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico» (la escritura de constitución de hipoteca), por lo que se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados, 2.º, porque la oposición no está en absoluto suprimida, sino sólo restringida «hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más» (sólo son oponibles en el proceso especial una demanda de tercería que se funde en título anteriormente inscrito, y en el judicial sumario las excepciones del art. 132 de la Ley Hipotecaria), y 3.º, porque la «ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo». Por lo demás, la sentencia homenajea mercedamente a ROCA SASTRE, citándole nominalmente, como excepción a la costumbre forense de ese y otros tribunales. (Véase un resumen comentado de esta sentencia a cargo de EDMUNDO ÁNGULO RODRÍGUEZ en A D C, enero-marzo de 1983, págs. 251 a 256.)

— En el Decreto-ley de 5 de febrero de 1869 que reguló las bases para la actuación de las instituciones de crédito, cuyo objeto fueran operaciones de préstamo hipotecario o de crédito territorial y cuyos artículos 16 y siguientes establecieron, con carácter general, el secuestro y la posesión interina de las fincas y *si la institución de crédito no creyere suficientemente asegurados sus intereses con la posesión y los productos de la finca se le facultaba para pedir al Juez la enajenación en pública subasta y la rescisión del préstamo* (3), vía procedimental que fue respetada por el artículo 1.560 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

— En los artículos 33 a 35 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 que hicieron una aplicación singular de la anterior disposición en favor del Banco Hipotecario de España que por aquella misma Ley se creaba (4).

— En los artículos 10 a 12 del Real Decreto-ley de 4 de agosto de 1928 que acentuó el carácter oficial del Banco y, entre otros aspectos, perfiló su Estatuto Orgánico (5).

— Y en los artículos 91 a 94 del Real Decreto de 3 de noviembre del mismo año 1928 por el que se aprobaron unos nuevos Estatutos del Banco Hipotecario, como consecuencia de la reforma introducida en su organización por el Decreto-ley anterior. Precisamente el último párrafo del artículo 92 del Real Decreto de 3 de noviembre decía: *No obstante lo dispuesto en este artículo y el anterior, que son reproducción exacta de sus correspondientes de la Ley de 2 de diciembre de 1872, en los procedimientos judiciales a que se refieren podrán introducirse, a petición del Banco, las modificaciones pertinentes con arreglo a las Leyes de Enjuiciamiento Civil e Hipotecaria*, permitiendo así, a sorprendente iniciativa de la Entidad actora, una conmixti6n procedimental que evidenciaba la parquedad y la obsolescencia de que adolecían, ya para entonces, los privilegios de ese orden concedidos en la hora fundacional.

Me apoyo para cimentar mi hipótesis de que fue ése el cauce procesal seguido, no tanto en el hecho de que se entablara la acción ante un Juzgado de Madrid (cfr. artículo 122 párrafo tercero de los Estatutos citados), pues a la misma consecuencia se llegaría con la habitual cláusula de sumisión expresa en tal sentido, sino más bien:

— En el dato que refiere el primer resultando de que, según la escritura de constitución del préstamo, *los prestatarios quedaban sujetos a la Ley de 2 de diciembre de 1872, al Real Decreto-ley de 4 de agosto de 1928 y a los Estatutos del Banco*, extremo que de otro modo hubiera sido superfluo resaltar.

(3) Orden de facultades, primero comiso y después, en su caso, alienación de la finca, que patetiza el entronque de este procedimiento con el *actio quasi Serviana* o *hypothecaria* del Derecho romano, sólo que ahora el *ius distrahendi* ha de ejercitarse necesariamente en forma pública y no privadamente. Vide ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 7.ª ed., vol. IV-2.ª, pág. 1036.

(4) La Ley, cuyo cometido primordial era el de disponer «la forma en que deberán satisfacerse los intereses de las diferentes clases de deuda del Estado», autorizaba al Gobierno para conceder (¿oíctroi todavía?) al Banco de París y de los Países Bajos la facultad de crear el Banco Hipotecario de España, que por una parte creaba el artículo 13 fijando su domicilio, capital y duración, y, por otra, decía el artículo 14 que «*su constitución definitiva habrá de realizarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la concesión*». El artículo 1.º de los Estatutos de 1928 pone de manifiesto que el Banco, creado por la Ley de 1872, fue autorizado por Real Decreto de 31 de enero de 1873 y fundado en escritura otorgada en 15 de abril de 1873 ante don MANUEL CALDEIRO (los subrayados son míos).

(5) Este Decreto-ley supuso un paso decisivo en la «oficialización» del Banco, pues, como contrapartida a los privilegios constitutivos que se le confirmaban, se le impuso una participación progresiva del Estado en sus beneficios, una desviación de parte de sus recursos hacia la Caja para el fomento de la pequeña propiedad y una libre designación por el Gobierno del cargo de gobernador del Banco.

— En que, al parecer sin fase cognitoria previa (6), lo que excluye la eventual utilización del ejecutivo ordinario, la ejecución concluye por auto de adjudicación, cuyo testimonio no es lo que se presenta a inscripción, como procedería de haberse utilizado el judicial sumario (art. 131, regla 17 de la Ley Hipotecaria), sino una escritura pública autorizada en cumplimiento de aquél, título que no puede ser otro que el previsto en el artículo 1.514 de la Ley riuaria aplicado supletoriamente para desenvolver las alusiones a la palabra *venta* que se contienen en los preceptos reguladores del procedimiento especial.

— Y en que tanto el escrito de interposición del recurso, cuanto el informe del Registrador arguyen un precepto de la Ley de 2 de diciembre de 1872, el 36, que, si no estrictamente procedimental, tiene un carácter y topografía próximos, y evidencia que las actuaciones, en la mente de todos los intervinientes, se habían desenvuelto probablemente al amparo de los artículos normadores del proceso singular a favor del Banco Hipotecario de España.

2. Pues bien, supuesto lo anterior, no sé si se aludirá a una pretendida inidoneidad de dichas normas especiales (que, considerándolas derogadas, no serían aptas para encauzar la ejecución), tanto en el cabalístico considerando primero, cuanto en el inciso del segundo en que el Centro Directivo autolimita su cognición al único obstáculo que señala la nota denegatoria. En efecto, alcanzando la calificación registral de los documentos judiciales, según el artículo 99 del Reglamento Hipotecario vigente en la fecha de la nota (hoy el art. 100 tiene idéntica redacción), entre otros aspectos, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, si este último se considerara derogado, sería posible desacatar, por incongruente, el mandamiento cancelatorio y tendría sentido el que la Dirección sugiriese el que no entraba en el tema por no haberse suscitado.

Pero acontece que la vigencia del procedimiento especial de ejecución a favor del Banco Hipotecario de España es un tema que no se ha cuestionado nadie que yo sepa (7) y acaso no haya porqué cuestionárselo ya que la subsistencia de las normas que lo regulan puede fundarse:

(6) Puede entenderse así la frase del primer resultando «cumplidos los demás trámites», ya que, en rigor, no cabría tildar de meros trámites la posible oposición de los demandados ex artículos 1.463 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la hipotética sentencia de remate (arts. 1.473 y concordantes de la misma Ley adjetiva).

(7) La mayoría de los autores se limitan a citar su existencia y a reproducir, con muy escasas glosas, su regulación. ROCA SASTRE: *Op. cit.*, págs. 1175 a 1177; CAMY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.ª ed., tomo VI, págs. 851 a 854; CHICO: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, II, págs. 991 y 992; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, 2.ª ed., III-3.ª, págs. 243 y 244, etc. Últimamente, en una obra, como ha escrito DÍEZ DEL CORRAL (recensión en A. D. C., cit., págs. 143-6), mucho más densa de lo que permite suponer su volumen (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, ed. por la Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, página 432, nota 25), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS sigue dando por vigentes «las reglas específicas que regulan el procedimiento ejecutivo en favor de las compañías de crédito territorial», si bien, posteriormente (pág. 461 y nota 19 de la misma), al negar que haya casos de asunción automática de la deuda hipotecaria por la simple transmisión del bien hipotecado y examinar el del artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, afirma que «es muy discutible que la norma antes transcrita (dicho art. 36) de la Ley 1872 (que excede del carácter de norma procedimental) esté, por su carácter de norma civil (cfr. art. 1.976 del Código Civil), todavía vigente. La norma se reproduce en el Real Decreto-ley de 4 de agosto de 1928, pero parece que quedó reducida al rango reglamentario tras la II República (cfr. Decreto de 15 de abril de 1931)». Vide, por último, la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981 que en ningún momento se cuestiona la vigencia de las normas expresadas, cuya inconstitucionalidad sobrevenida tampoco aprecia (ANGULO en el comentario citado en la nota 2 hace ver cómo el litigio constitucional «no se plantea desde el prisma de la igualdad —no se trata de determinar cuál sea el privilegio de que dispone el Banco Hipotecario de España—, lo que hubiera obligado a examinar la razonabilidad de la diferente regulación de la ejecución hipotecaria cuando el acreedor es aquella entidad oficial de crédito, extremo no abordado por las partes —al menos según el

— En la disposición final o artículo 2.182¹ de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exceptúa de la derogación general de todas las normas reguladoras del procedimiento civil a las *establecidas por la Ley Hipotecaria y demás leyes especiales*.

— En el citado artículo 1.560 de la propia Ley de trámites que específicamente salva la vigencia del Decreto-ley de 5 de febrero de 1869, basamento legal del privilegio ulterior del Banco Hipotecario.

— En el artículo 2.º del Decreto-ley de 15 de abril de 1931 que, dentro de la revisión de la obra Legislativa de la Dictadura, redujo al rango de preceptos meramente reglamentarios, sólo válidos y aplicables *en cuanto se conformen con el texto anterior y superior de leyes votadas en Cortes* (cual la de 1872), los titulados Decretos-leyes de la Dictadura que al llegar el día primero de junio del susodicho año 1931 no hubiesen sido objeto de otra distinta y expresa declaración (tal y como aconteció con el Decreto-ley de 4 de agosto de 1928).

— En la disposición transitoria quinta de la vigente Ley Hipotecaria que en su párrafo segundo dispone: *En todo caso podrá utilizarse el procedimiento ejecutivo ordinario o el admitido por leyes especiales cuando proceda*.

— En los artículos 131-6.º y 133 de la propia Ley Hipotecaria que, como apunta PEÑA, prevén que la administración o posesión interina de las fincas hipotecadas estén conferidas por otra Ley distinta de ella (8).

— Y en el silencio tanto del Decreto-ley 34/1962 de 20 de julio que nacionalizó el Banco Hipotecario de España, al que configuró como una entidad de derecho público incluida en el artículo 1.º de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, cuanto de la Ley 13/1971 de 19 de junio de organización y régimen del crédito oficial que ulteriormente volvió a decretar para él la forma de sociedad anónima (ahora de íntegro capital estatal: artículo 24,2) que hoy ostenta, puesto que estas disposiciones se limitaron a establecer el régimen operativo que en cada coyuntura se ha considerado más idóneo para la Entidad, pero sin alterar, como en las transformaciones sociales (cf. art. 137,1 de la Ley de Sociedades Anónimas), su esencial identidad (arts. 15 del Decreto-ley y 24,3 de la Ley) y, por ende, sus privilegios originarios. No obstante, mientras en el artículo 3.º del Decreto-ley 34/62 se decía que el Banco se regiría en su organización y en su funcionamiento por dicho texto, por su Reglamento y disposiciones oficiales, etcétera, y mientras la disposición transitoria 2.ª añadía que en tanto dicho Reglamento general no se aprobase por Decreto de Consejo de Ministros, *regirán los actuales Estatutos y demás normas de aplicación*, en el artículo 25 de la Ley 13/71 se dispone escuetamente que *Las Entidades Oficiales de Crédito se regirán por las normas de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas y por los Estatutos que apruebe el Consejo de Ministros a propuesta del de Hacienda*.

resumen de sus respectivas posiciones que efectúa la propia sentencia— y en el que tampoco se decide a entrar el Tribunal. Quizá —pienso yo— ese alambicado enfoque de vulneración del artículo 14 de la Constitución Española sea el único desde el que quepa dudar de la vigencia del procedimiento a favor del Banco Hipotecario de España, pues no parece tener hoy su privilegio otro fundamento que una razón de pura reminiscencia histórica, pero de haber sido así lo habría apreciado *ex officio* el Tribunal Constitucional, basado en el principio *iura novit curia*, del que ya ha hecho aplicación en otros fallos —Sentencias de 26 de enero de 1981, R. A. núm. 65/80; 6 de abril de 1983, R. A. núm. 385/82, 11 de mayo de 1983, R. A. núm. 148/82, etc.—

(8) LA RICA *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, libro homenaje editado por el Centro de Estudios Hipotecarios, I, Madrid, 1976, pág. 94, nota 53, sólo piensa como otra Ley al respecto en la de Enjuiciamiento Civil, cfr. artículos 1.505 y 1.521 y ss.

Como es sabido, de acuerdo con la disposición transitoria 1.^a de aquella Ley, se constituyó el 7 de febrero de 1972 la Sociedad Anónima Banco Hipotecario de España por escritura ante el Notario de Madrid don Félix Pastor Ridruejo (núm. 403 de su Protocolo), y la misma se ha modificado no hace mucho por la de fusión por absorción, previa escisión, del Banco de Crédito a la Construcción autorizada el 7 de junio de 1982 por el también Notario de Madrid don Emilio Garrido Cerdá como sustituto de su compañero de residencia don José Luis Martínez Gil (núm. 1.347 del Protocolo de éste); pues bien, en los Estatutos refundidos aprobados por el Consejo de Ministros en sus sesiones de 9 de diciembre de 1971 y 30 de abril de 1982 no hay una reiteración clara del privilegio procedimental (9) que desarrollara el anterior Estatuto orgánico de 1928. Los rastros más claros de su supervivencia se pueden encontrar a lo sumo en el artículo 1 (*Banco Hipotecario de España, S. A. es una Sociedad Anónima de nacionalidad española, que se regirá por los presentes Estatutos, por las Leyes de Crédito Oficial y de Sociedades Anónimas y por las demás disposiciones que le sean de aplicación*) y al comienzo del artículo 2 (*La Sociedad tiene por objeto la realización de las funciones de todo orden que en relación al fomento del crédito inmobiliario le atribuye la Ley de creación del Banco de 2 de diciembre de 1872; las que la Ley de Crédito Oficial atribuye a las Entidades Oficiales de Crédito, en relación con el crédito hipotecario...*, etcétera). Pero, en todo caso, la voluntad legal de subsistencia del proceso especial yo creo que se desprende del artículo 31 de la propia Ley de Crédito Oficial que prevé que el Gobierno aprobará un Reglamento (*non nato* hasta la fecha que yo sepa) regulador de las condiciones generales de las operaciones activas de las Entidades Oficiales de Crédito con el fin de lograr su adecuada normalización y garantías. *Se autoriza expresamente al Gobierno —añade— para que en este Reglamento se incluyan los procedimientos especiales que tengan reconocidos los Bancos señalados en el artículo 23, singularmente en lo referente a la recaudación ejecutiva de sus préstamos en función de las modalidades específicas de éstos* (9 bis).

Si, pues, el proceso especial de ejecución a favor del Banco Hipotecario de España, S. A., subsiste en los términos de los artículos 33 a 35 de la Ley de 1872, combinable incluso, a voluntad de la actora (Entidad, al fin y al cabo, de crédito oficial y titularidad pública, no se olvide), con

(9) El otro privilegio que la Ley constitutiva le otorgó, el de emisión de cédulas hipotecarias, ha sido renovado, o si se prefiere reatribuido *ex novo*, pero extendiéndolo a otras entidades, por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y disposiciones complementarias.

(9 bis) Del modelo uniforme de demanda de ejecución hipotecaria por impago que utiliza el Banco y que me ha sido facilitado gentilmente por la asesoría jurídica de una de sus sucursales, entresaco las siguientes frases harto significativas para mi propósito de indagar la subsistencia del procedimiento especial y su aplicación práctica (Del preámbulo) «El Banco se ve en la necesidad de acudir ante los Tribunales de Justicia entablado la presente demanda de secuestro y posesión interina de la finca hipotecada...», (De los «Hechos») «4.º La parte prestataria quedó sometida en la mencionada escritura —la de constitución de la hipoteca— a lo establecido en la Ley de 2 de diciembre de 1872 de creación del Banco y a las prescripciones de la misma Ley y Estatutos, relativas a los préstamos hipotecarios y a los procedimientos a seguir en caso de secuestro y enajenación de los inmuebles hipotecados» 6.º «El Banco le requirió —al prestatario— para que, conforme a los artículos 33 y 34 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, satisficiera dichos semestres dentro del término de dos días, con los intereses de demora, costas y gastos ocasionados, bajo apercibimiento que de no hacerlo el Banco Hipotecario de España acudiría al Juzgado competente pidiendo el secuestro y posesión interina de la finca hipotecada, el cual se decretaría a los quince días de presentada la demanda, sin necesidad de nuevo requerimiento, y se procedería en su día a la venta en pública subasta de la misma finca»; (Del «Suplico») «Se sirva dictar providencia accediendo a esta demanda, al solo efecto de que con arreglo al artículo 33 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 empiece a contarse el plazo de quince días desde la presentación de la misma, transcurrido el cual sin que D. haya satisfecho los trimestres vencidos pueda el Banco utilizar cualquiera de los dos procedimientos previstos en su Ley Fundacional...»

preceptos no incompatibles de la ejecución ordinaria o judicial sumaria, y si sus reglas, excluidoras prácticamente de toda cognición, han sido expresamente declaradas compatibles con el artículo 24 de nuestra actual Constitución, no parece que sea la idea de la inidoneidad del procedimiento empleado la que anide en el —para mí— críptico considerando primero. Es más, si su admonición apuntara en esa dirección, no tendría sentido la cita limpiada en el Vistos tanto de la Ley de 2 de diciembre de 1872 como del Real Decreto de 3 de noviembre de 1928 (10).

En otro momento he pensado si no se aludiría a la posible declaración de responsabilidad por parte del Registrador que omitió en su día la nota marginal de expedición de la certificación de cargas, de suerte que el considerando primero vendría a manifestar que, naturalmente, no es competencia de la Dirección General el pronunciarse sobre aquel extremo, pero esa otra posibilidad no es congruente con el recordatorio de la legal remisión a los tribunales ordinarios *para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos*, ni con la respetuosa referencia a la libertad de criterio del calificador contenida en la parte final del tercer considerando (11).

Por todo lo dicho hasta aquí, concluyo reconociendo mi incapacidad para vislumbrar el trasfondo que sugieren las referidas frases de la Dirección y sentado esto y que, como avancé al principio, el procedimiento utilizado fue —hipotizo— el especial del Banco Hipotecario de España, estoy ya en condiciones de comentar con cierto pormenor la Resolución de que me ocupo.

II. ACOTACIONES

1. Tratábase de la ejecución de un crédito con garantía de hipoteca constituido en favor del «Banco Hipotecario de España, S. A.» en la que, al expedirse la certificación de cargas (12), se consignó, como ordena el artículo 353 párrafo segundo del Reglamento Hipotecario que la finca perseguida ya no pertenecía a los cónyuges inicialmente hipotecantes, sino a dos matrimonios que parece la habían adquirido de aquéllos; pero, por lo

(10) Se silencia, empero, inexplicablemente, pese a su degradación normativa, el Real Decreto-ley, luego mero Reglamento, de 4 de agosto de 1928, porque aunque la disposición final 2.ª del Decreto-ley de 20 de julio de 1962 lo derogaba expresamente, sólo lo hacía *en cuanto* se opusiese al texto de esta última disposición, en la que, como queda dicho, no se hacía ninguna referencia a los privilegios del Banco.

(11) Otras hipótesis sobre el trasfondo a que pudiera estar aludiendo el considerando primero tampoco armonizan con su enunciado: tal la posible ineficacia del título de venta inscrito por no haber sido aparentemente otorgado por el nuevo propietario real —el adjudicatario definitivo del remate—, pues esa apreciación, además de incorrecta, según espero demostrar, le estaría vedada al calificador del mandamiento por el artículo 1.º, 3, de la Ley Hipotecaria; tal la comisión de un delito de estafa, pues el artículo 101 del Reglamento Hipotecario (hoy, art. 104) no sólo vincula al Registrador, sino también, vía Ley Enjuiciamiento Criminal, a la propia Dirección General; o tal la condición o no de deudor hipotecario del señor Granados, ex artículo 36 de la Ley de 1872, porque sobre esa cuestión sí entra —indirectamente— el Centro Directivo y, además, nada tiene que ver con la validez de los títulos.

(12) Certificación de cargas no prevista explícitamente en el proceso especial, pero sí en el artículo 1.489, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 131, regla 4.ª, de la Ley Hipotecaria, aplicables supletoriamente en aquél, *ex necesse* o ante la probable petición de la Entidad actora (artículo 92 *fine* de los Estatutos de 3 de noviembre de 1928). Repárese en la habilidad del Centro Directivo para no precisar la norma exacta en que se fundamentaba la posibilidad de expedición de la certificación de cargas dentro del proceso especial, ya que aunque en el Vistos cita los artículos 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 131 de la Ley Hipotecaria y 143 de su Reglamento, y luego los reitera, para la ejecución *in genere* o *in abstracto* en el tercer considerando, cuando se trata de referirse a la que *in concreto*, en el procedimiento del expediente, había librado el Registrador, se limita a manifestar que aquella era la certificación «a que hace(n) referencia los distintos preceptos legales que regulan esta materia».

que fuera, se omitió por el encargado del Registro en aquel entonces, reflejar el hecho de la expedición, mediante la nota al margen de la inscripción hipotecaria, prevenida en el párrafo segundo del artículo 143 del Reglamento Hipotecario (13). La ejecución siguió adelante por todos sus trámites, de suerte que se remató la finca a favor de un postor (parece ser —considerando segundo— que lo fue el ejecutante) quien, además,

(13) Aunque el artículo 143 se ubica bajo la rúbrica «tercer poseedor de bienes anotados» y su párrafo inicial se remite al último del artículo 38 de la Ley, que presupone también una anotación preventiva de embargo, anotación superflua e inusitada cuando se ejecuta una hipoteca, por lo que podría pensarse que la nota marginal que el mismo ordena sólo debe estamparse, en los casos de efectuación hipotecaria, cuando el procedimiento utilizado lo previene específicamente (art. 131, 4.º, de la Ley Hipotecaria y 235, 3.º, de su Reglamento) y no en otros, ya destacó ROCA SASTRE (*op. cit.*, pág. 1044 y nota 1 de ella) que la referencia que dicho primer párrafo del artículo 143 del Reglamento hace al artículo 126 e incluso al 134 de la Ley demuestra que también cuando se canaliza la acción hipotecaria por el procedimiento ejecutivo ordinario (o por el singular subjetivo del Banco Hipotecario, puntualizo yo) debe consignarse la nota marginal. Refuerza esta conclusión el párrafo segundo del susodicho precepto reglamentario que prevé que, en defecto de anotación practicada con arreglo al artículo 1.433 de la Ley procesal, se pondrá la nota «al margen de la correspondiente inscripción». A mi juicio, con esa previsión se abrazan dos hipótesis que ya me han acaecido en mi práctica profesional 1.º, que, pese a lo decretado por el artículo 43, 2, de la Ley Hipotecaria, no se hubiese tomado anotación preventiva de embargo en una ejecución por débito no hipotecario (posibilidad admitida por la Resolución de 22 de noviembre de 1929), en cuyo caso la nota marginal se debe estampar al margen de la inscripción de dominio del ejecutado (así lo entiende LA RICA: *Op. cit.*, 1, pág. 286, 1. y también, aunque imaginando ilógicamente que el ejecutado sea un tercer poseedor, RAMOS FOLQUÉS «El tercer poseedor de bienes anotados y la vía de apremio», *R. C. D. I.*, núm. 294, noviembre de 1952, pág. 786, en cambio, RUIZ ARTACHO en «Naturaleza y efectos de la nota marginal del procedimiento judicial sumario y de sus similares de los arts. 235 y 143 del Reglamento Hipotecario. Su importancia en el aspecto procesal y en el hipotecario», *R. C. D. I.*, núms. 302-303, julio-agosto 1953, págs. 532 y ss., opinó que en ese caso de omisión de la anotación preventiva no procedía la estampación de la nota marginal del artículo 143, 2, del Reglamento Hipotecario, pues se dudaría de si por ella afectaría el resultado del procedimiento —venta o adjudicación— al tercer poseedor, siendo así que «las simples notas marginales no disfrutan del privilegio que a las anotaciones concede el artículo 71 de la Ley Hipotecaria». Sin dejar de reconocer que la postura de los dos primeros autores se presta a la corruptela de sustituir la costosa anotación de embargo por la más barata y no muy temporalmente distante nota marginal de expedición de certificación de cargas, coincido con ellos en que debe practicarse esta última incluso en ausencia de la primera, no sólo porque lo ordena un precepto reglamentario —que también podría referirse sólo al otro supuesto a que en seguida aludiré—, sino porque se me hace difícil que su existencia no excluya la buena fe de los adquirentes que saben por ella que se está siguiendo un procedimiento en el que regularmente se ha debido trabar un embargo —derecho real procesal—, cuya cierta mención, exceptuando al art. 29 de la Ley Hipotecaria, se impone así reglamentariamente; siendo prioritaria la sujeción procesal a la adquisición del tercero y avisado indirectamente éste de la traba, debe ceder su titularidad a la disponibilidad judicial previa. Con todo la cuestión es dudosa y su solución no afecta para nada al presente comentario), y 2.º, que se esté utilizando un proceso de efectuación hipotecaria, donde el embargo —y su anotación— sería reiterativo y anómalo (y, por tanto, no debe practicarse, pero véanse los arts. 42, 43, 45 y 47 de la Ley de hipoteca naval que prevén la extensión del embargo y la Resolución de 22 de noviembre de 1974, aunque precisamente en ella la práctica de la innecesaria anotación hizo surgir dudas sobre si se había ejercitado la acción real o la personal. Claro que puede tener utilidad la anotación en los casos en que se persiga mayor cantidad por principal o accesorios —v. gr., por intereses ultraquinquenales no prescritos, por costas excedentarias de las inicialmente presupuestadas, etc.—, o en que convenga afectar otros bienes del deudor que no hubiesen sido hipotecados, pero entonces, por todas esas extralimitaciones, lo que se está usando es una acción personal y no la acción real hipotecaria, que no puede ir más allá de los confines del gravamen de que luego hablaré. Sobre la problemática acumulación en un mismo proceso de las acciones real hipotecaria y personal, *vide* CAMY: *Op. cit.*, VI, págs. 681 a 684), en cuyo caso la norma marginal se extendería al margen de la inscripción de hipoteca, tal y como ordenan para el judicial sumario y el ejecutivo extrajudicial sus preceptos específicos y para los demás procesos (el ejecutivo ordinario y, probablemente, el especial del Banco Hipotecario) el propio artículo 143, 2, del Reglamento Hipotecario. Que este precepto reglamentario es aplicable a todo procedimiento de apremio, incluida cualquier variedad de procedimiento hipotecario, lo remacha, por último, su párrafo tercero, que contempla el «desamparo» de los bienes ejecutados, actitud procesal típica y propia, aunque no exclusiva de la ejecución hipotecaria por la vía ordinaria (cfr. art. 126 de la Ley Hipotecaria). No encuentra, pues, clara justificación, a salvo lo que luego diré sobre el alegado artículo 36 de la Ley de 1872, la omisión de la nota marginal en el caso de autos porque, aunque el procedimiento, singular del Banco Hipotecario nada dispone directamente sobre ese extremo ni sobre tantos otros, desde el momento en que, vía 92 */ine* de los Estatutos, se integra aquél con la solicitud de la certificación prevenida en el artículo 1.489, 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Registrador pasa a estar vinculado por la regla del artículo 143, 2, del Reglamento Hipotecario, de la que, además, y en último caso, se destila por «analogía legis» un criterio de estampación de la nota en cualquier evento.

cedió el remate (14) en favor del definitivo adjudicatario, don José Bruno Hernández Medina (15). En esta fase procesal acaeció que las cuatro personas que seguían apareciendo como titulares *ex tabulis* del inmueble, lo venden a don Luis Granados Henríquez en escritura pública de fecha 24 de abril, que se presenta el 6 de mayo y se inscribe el 8 de julio, todo del año 1980. Mientras que en el otro lugar de la acción, en el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Madrid, se ultiman los trámites subsiguientes a la adjudicación del remate, en concreto:

— Se otorga (no se dice ante quién ni en nombre de quién y el último alegato del Informe tampoco contribuye a esclarecer del todo este último aspecto) escritura de venta a favor del cesionario del remate con fecha 28 de mayo de 1980, es decir, mientras estaba presentada y pendiente de despacho la otra escritura de venta a favor del señor Granados.

— Y se dicta un auto con fecha 16 de junio, siempre del año ochenta, distinto por ello de la resolución aprobatoria del remate, en el que se ordenaba (16) la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada, *así como la de todas las demás inscripciones o anotaciones que hayan podido realizarse con posterioridad a la inscripción de la hipoteca.*

Para la ejecución del anterior auto y por vía de auxilio judicial (art. 165,2 del Reglamento Hipotecario), se libra el oportuno mandamiento que fue objeto, en 4 de diciembre de 1980, de la primera de las tres notas de calificación que se transcriben y que, en síntesis, oponía dos defectos, el primero tildado de subsanable y el segundo de insubsanable:

1.º No aplicación del artículo 233 del Reglamento Hipotecario, al que se remite el párrafo tercero del genérico artículo 175, segunda del mismo.

2.º Omisión del requerimiento de pago, con la consiguiente falta de intervención en el procedimiento del requerible, que a juicio del calificador tenía que haberse hecho al actual titular registral de la finca, señor Granados.

Pocos días después, el 9 de enero de 1981, se califica el otro título presentado, la escritura de venta judicial y, lógicamente, al no haberse

(14) La cesión del remate es una frecuente fórmula que está demandando a gritos su estudio doctrinal, pues las normas se limitan a aceptar su posibilidad (arts. 1.499, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 228 del Reglamento Hipotecario) sin arrojar luz sobre su problemática sustantiva y fiscal, muy ligada al tema de cuándo se produce la traslación dominical en las ejecuciones judiciales, tema este último que sí me verá compelido a abordarlo al final.

(15) Quien probablemente en la escritura ulterior manifestaría estar casado bajo un régimen capítular que hizo conveniente solicitar por el calificador el instrumento en que se contenía, tal y como se desprende de la nota puesta al pie de aquella escritura.

(16) Sin duda al amparo del artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario que desenvuelve con gran amplitud para cualquier «procedimiento de apremio contra bienes inmuebles» los dictados del artículo 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regla 17.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y, en menor medida, regla 10.ª del artículo 235 de su Reglamento. Implícitamente el artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario apoya la cancelación de la propia hipoteca ejecutada y consumida porque no puede decirse que fuera preferente a sí misma, siendo así que sólo las cargas *preferentes* subsisten con arreglo a dicho precepto, aparte de la analogía *legis* con aquellos preceptos más explícitos y con el artículo 206, 2.º, del Reglamento Hipotecario (cfr. también art. 174 del mismo y el párrafo segundo del artículo 92 de los Estatutos de 1928, que prevé que la misma providencia aprobatoria de la subasta declarará «rescindido» el préstamo).

despachado el anterior mandamiento cancelatorio, se le objeta el insubsanable defecto de la falta de tracto (17).

Finalmente, se subsana mediante auto complementario el primero de los defectos señalados al mandamiento calificado inicialmente, de manera que un nuevo mandamiento ordena, ya expresamente y no de un modo genérico, cancelar la inscripción 4.^a de la finca en cuestión practicada a favor del señor Granados (18). Como es natural, subsistiendo el segundo defecto —insubsanable— del primer mandamiento, el Registrador se ve impelido a objetar al nuevamente presentado, el mismo defecto de que, a su juicio, adolecía aquél y que consistía, como he dicho, en *no haberse requerido de pago, no interviniendo en el procedimiento de ejecución, el actual titular registral de la finca hipotecada*.

2. Contra las notas de calificación anteriores se recurre gubernativamente por el rematante de la finca. El escrito de interposición del recurso ensaya, hábilmente, una doble estrategia: el acudir a las normas hipotecarias comunes y el acudir a las especiales del Banco ejecutante.

En la primera dirección va sentando tres premisas concatenadas:

1.^a La petición y expedición de la certificación de cargas viene impuesta en todo procedimiento de apremio, sea hipotecario o no (y cita la regla 4.^a del art. 131 de la Ley Hipotecaria y el apartado 1.^o del art. 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Le faltó ligarlos con el asunto de autos vía art. 92 del Decreto estatutario).

2.^a El Registrador tiene la obligación de hacer constar por nota al margen de la correspondiente inscripción que se ha expedido la certificación de cargas y la fecha de la expedición, en todos los procesos ejecutivos (y aquí sí la generalidad del art. 143,2 del Reglamento Hipotecario está bien apreciada y realzada).

3.^a Los efectos procesales y sustantivos de la expedición de la certificación de cargas, singularmente delimitación de quiénes han de ser citados en el procedimiento y de qué asientos deben ser cancelados genéricamen-

(17) En esta segunda nota se incurre probablemente en una imprecisión, que luego se reitera en la tercera, y que consiste en referirse al otro documento calificado como *testimonio* de un auto judicial, cuando, en puridad, se trata de un *mandamiento* del Juzgado, por más que sea práctica habitual el reproducir íntegramente en los mandamientos la resolución judicial que ejecutan y luego añadirle el apéndice con la oportuna orden, poco más o menos así « *y para que pueda llevarse a efecto lo acordado en el precedente (auto, providencia), dirijo a V. S. el presente, por duplicado, etc.* ».

(18) La parquedad expositiva de la Resolución impide apreciar si se ordena también cancelar específicamente el asiento a favor de los dos matrimonios que transmitieron al último titular o si se produjo desde ellos y en nombre de ellos una transferencia judicial al rematante, como opina la mejor doctrina, desarrollando el artículo 143, 3, del Reglamento Hipotecario que se debe hacer en todos los procesos de ejecución con finca transferida a un nuevo sujeto conocido en autos. El Registrador, al final de su Informe, reprocha, por último, el que « *la escritura no se otorga por sí ni en su nombre, infringiendo de esta manera el artículo 1514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 20 de la Ley Hipotecaria* », pero es muy dudoso, por la cita de estos preceptos y por el singular «deudor», que se esté refiriendo a los cónyuges hipotecantes o a los dos matrimonios intermedios, más bien parece denotar ese resumen de su Informe que acepta el efecto y consecuencia del artículo 95 de los Estatutos del Banco (idéntico al art. 36 de su Ley constitutiva que se cita de adverso: al final diré dos palabras sobre ambos), de suerte que denomina deudor, por asunción *ex lege* de la obligación hipotecaria —en su opinión—, al último titular registral, señor Granados, en cuyo nombre no se efectúa la alienación judicial. De ser así, no estaría sino reafirmando y argumentando el defecto, también recurrido, opuesto a la escritura de venta. Por su parte, la Dirección, en el considerando segundo, denomina «deudores ejecutados» a los dos matrimonios que hicieron de puente entre los hipotecantes y el último titular registral, con lo cual evidencia que, en su sentir o en el del Juzgado los deudores por asunción (¿automática?, ¿voluntaria?, no se sabe) de la obligación hipotecaria eran ellos y nunca lo llegó a ser el último eslabón de la cadena. Pero lo que ahora me importa destacar es que si le atribuimos toda su significación a esas dos palabras («deudores ejecutados») es fácil que el procedimiento se hubiera dirigido *ab initio* o desde la incorporación del certificado de cargas contra los dos matrimonios- puente y que la venta forzosa se hubiera otorgado en nombre de ellos, con la consiguiente improcedencia de la cancelación de su asiento.

te, *derivan del hecho mismo de su expedición* sin que estén vinculados al cumplimiento o no por el Registrador de su obligación de extender la nota marginal expresiva del trámite. Solo que esta tercera premisa, quizá por la aparente evidencia lógica de su enunciado, casi se presenta en el resumen del escrito como una *petición de principio*, dada la ausencia absoluta de razonamiento en su pro, siendo así que en ella radica el nudo de la cuestión suscitada. Si esa proposición es cierta, la conclusión no puede ser otra que la que pretende el recurrente y acepta la Dirección. Pero insisto en que, por lo mismo, se echa de menos en el resumen una explicitación de las razones del aserto, por muy palmario que parezca.

A renglón seguido, se intenta la segunda táctica, la del recurso a los privilegios del Banco Hipotecario, y es evidente que su cita a *mayor abundamiento* y, por tanto, en segundo lugar, demuestra lo *pantanosos* del terreno que se pisa. De todas maneras la alegación de un año y contradictorio precepto, como el artículo 36 de la Ley de 1872, hay que reconocer que se efectúa con manifiesto comedimiento y habilidad. No se pretende hacer valer su proposición primera que, según doctrina mayoritaria de la que discreparé, parece consagrar una asunción *ex lege* de la deuda hipotecaria, *cuando la finca hipotecada cambie de dueño*, sino sólo la segunda que, en aparente contradicción con la anterior, solo impone esa consecuencia (o mejor la oponibilidad o perjudicabilidad procedimental), si se incumple la carga de la notificación oportuna de la traslación dominical. Claro que esa visión escorada y parcial del artículo ofrecía el inconveniente de que, hasta el momento de su alegación, no se había justificado si se había producido o no la *dación de conocimiento* que exigía la Ley y de ahí que el recurrente se apreste a colmar ese vacío, mediante una certificación a todas luces extemporánea entonces. En efecto, la presentación de ese certificado, no podía ser tenida en cuenta en el momento procesal en que se aportó, porque probablemente venía vedada por el artículo 124,1 *a contrario* del Reglamento Hipotecario, toda vez que el documento de marras, desde esa inteligencia del artículo 36, podía considerarse sin demasiado esfuerzo como *necesario para la inscripción denegada* y, por tanto, inadmisibile tanto para su hipotética aportación *ex officio*, como para su aportación tardía.

De todas suertes se comprende que el recurrente solo quisiera ver en el infortunado artículo 36 su faceta de oponibilidad *sub conditione* del procedimiento, porque es fácil que no resultara atractiva para él, la admisión de su tradicional interpretación como comprensivo de una regla de asunción automática de la deuda hipotecaria. Ciertamente la conversión taumatúrgica de cualquier adquirente de última hora en deudor hipotecario, con su consiguiente legitimación pasiva en la ejecución, hubiera significado, ni más ni menos, que darle la razón al calificador. Para evitar esa consecuencia que, si puede ser privilegiada para el Banco Hipotecario en la fase de seguridad de la hipoteca, resultaría endemoniada en la de efectución de la misma, el recurrente debería haber afrontado una cuestión previa, también algo vidriosa: determinar cuándo se transfiere el dominio a un licitador triunfante en subasta judicial, si al aprobarse el remate en su favor aunque hubiese concurrido *a calidad de ceder*, si al cederse el remate o al aprobarse la cesión, o si al instrumentarse el negocio en escritura pública (19). Solo demostrando la exclusión de ese tercer

(19) Luego pergeño mi opinión sobre este problema.

momento de cualquier posible interpretación (y para ello, como expondré, habría que sortear el Escila del artículo 1.515 y el Caribdis del 1.533,2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), se llegaría al resultado de impedir que el último titular registral hubiera adquirido la condición de deudor hipotecario por habersele transmitido la propiedad por quienes acababan de dejar de ser dueños sustantivos por expropiación judicial. Y aún entonces, se alzaría el planteamiento de si la titularidad formal que ex artículo 38,1 de la Ley Hipotecaria seguían conservando, pese a la fase en que se encontraba la ejecución, los dos matrimonios intermedios, no les legitimaban tabularmente para engendrar el temido deudor hipotecario de última hora. Demasiado peligroso el camino de dar al citado artículo 36 su consabida interpretación inercial de asunción *ex lege* como para discurrir por él y de ahí que se comprenda la cautela del escrito de interposición, limitándose a querer extraer del precepto el aspecto más favorable para su tesis.

3. El informe del Registrador también aparece, en su resumen, bien construido: inicialmente, se apresta a refutar dos de las tres premisas que se habían querido sentar de adverso y la extemporánea aplicación que el recurrente pretende hacer del artículo 36 de la Ley de 1872 (que ahora se cita en su versión —idéntica— del artículo 95 estatutario), y luego, ya al contraataque, se intenta extraer todas las posibilidades y consecuencias, incluso anómalas, a la doctrina de la asunción automática de la deuda en las hipotecas a favor del Banco Hipotecario. Veámoslo con detalle.

A) Refutaciones:

1.º De la premisa 3.ª de la estrategia inicial del recurrente: a su petición de principio de que las consecuencias de la expedición de la certificación de cargas se producen por ese simple hecho y no por su reflejo tabular, se responde con otra petición de signo contrario que ha de reconocerse que se arroja, en el resumen, con el mismo aparato dialéctico (ninguno) que su antitética: los efectos de la expedición, efectos que se describen sectorialmente mediante la referencia al artículo 143,1 del Reglamento Hipotecario por un lado y a la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por otro, no derivan de ese *factum* que solo tendrá interés cronológico, sino de la constancia del mismo en el Registro mediante la correspondiente nota marginal. Afirmación contra afirmación, pues.

2.º De la premisa 2.ª ídem: aun suponiendo que, con carácter general, cupiera admitir la obligación de estampar la nota marginal del párrafo segundo del artículo 143 del Reglamento Hipotecario, esa regla se halla exceptuada en el proceso especial de autos (20) porque *estando dirigida la nota marginal al tercer poseedor, este carácter no lo puede tener nunca. . el adquirente de finca hipotecada a favor del Banco Hipotecario, ya que asume automáticamente la deuda*. Luego espero referirme a este arduo problema de si es posible o no la existencia de un tercer poseedor en las

(20) Aparte de la otra razón exculpatoria que se aduce: «del mandamiento en que se ordenaba la expedición de la certificación de cargas (cuyo duplicado —supongo— se debió desenterrar del oportuno legajo) no resultaba la certeza del procedimiento de ejecución» Certeza que no identidad. Y, en efecto, puedo atestiguar por mi práctica que, en algún caso, es dudoso discernir si se reclama la típica certificación de cargas como trámite de un proceso de ejecución, o como medio probatorio en un juicio bautizado en el mandamiento no siempre de uniforme manera seguido del apellido de su número en la estadística-registro anual del Juzgado. De todas maneras, en la duda es siempre aconsejable reclamar una aclaración o, en último término, poner una nota marginal (el problema, a veces, ser dónde) que siempre es posible como de «mera oficinas».

fincas gravadas a favor del Banco Hipotecario, lo que también me exigirá precisar someramente el concepto de tercer poseedor; ahora, básteme poner en duda que la nota del artículo 143,2 del Reglamento Hipotecario vaya solo dirigida al tercer poseedor, tal y como lo concibe por ejemplo Roca SASTRE (*vide infra*) y, al parecer, el informante, es decir, como mero adquirente derivativo-traslativo (u originario) del dominio del inmueble hipotecado o de cuota, porción o parte material de dicho dominio. Como mínimo se me debe reconocer que están interesados en y por ella todos los sujetos a que se refiere, con gran amplitud, el artículo 225 del Reglamento Hipotecario, precepto que, como en tantas ocasiones, no parece inadecuado trasvasar a cauces procesales similares al en que se incardina. Son los que CAMY, *ob. cit.*, pp. 705-6, denomina *terceros poseedores de segundo grado*, pero es preferible retomar luego, también, este hilo del tema.

3.º De toda la estrategia basada en el párrafo segundo del artículo 36 (= 95 estatutario) de la Ley de 1872: Aquí la refutación es fácil por la extemporaneidad del certificado de la Secretaría del Banco. El Registrador, al calificar, no podía saber si, por no haberse comunicado a la Entidad acreedora la traslación dentro de los quince días posteriores al en que se consumó la adquisición dominical, el procedimiento dirigido contra los causantes del último titular registral debía perjudicar a éste. Quizá debió exigir que se le justificara el hecho positivo de la notificación, para dar opción a probar lo contrario y solo entonces articular subsidiariamente el único defecto que quedó en pie. Pero tampoco parece inadecuado presumir el regular cumplimiento de las leyes por todos los ciudadanos, incluso de leyes *envejecidas*, que por lo demás suelen *rejuvenecerse* en las escrituras, máxime cuando la notificación no se sujeta por la norma a forma solemne alguna: bastaba *dar conocimiento* al Banco, sin más.

B) Contraataque:

Sobre la tácita premisa, discutible pero en modo alguno absurda, de que el último titular registral había devenido, por mor de la legislación especial, deudor hipotecario, va desgranando el informante las conclusiones que justificaban su recelosa calificación:

1.ª Siendo adquirente, y además deudor, de la finca hipotecada, debió ser requerido de pago como exigen, para los meros adquirentes, todos los procesos de efectucción hipotecaria: y aquí cita los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria, por un lado, el 131 de la misma, por otro, y el 235 de su Reglamento, por último.

2.ª Siendo adquirente al que hay que presumir que ha puesto en conocimiento del Banco su adquisición dominical, tenía derecho a intervenir en el procedimiento de ejecución (se omiten preceptos aunque son notorios).

3.ª Siendo adquirente-deudor hipotecario, la escritura de venta judicial debió de otorgarse en su nombre (arts. 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 20 de la Ley Hipotecaria).

4. Del auto del Presidente de la Audiencia, revocatorio de la nota calificatoria (probablemente se quiso decir de las notas en general), se entresacan en el resumen dos fundamentos de la máxima consistencia procesal:

1.º La imposibilidad de notificar el procedimiento al nuevo adquirente, como pretende el Registrador, dada la fecha de su adquisición, que es posterior a la de la aprobación del remate (incluso —considerando segundo— a la de la aprobación de su cesión).

2.º La necesidad de evitar que la culminación del procedimiento de ejecución pueda quedar al arbitrio del deudor.

El primer fundamento parece que elude el problema cuasisustantivo, antes apuntado, de cuándo se entiende transferido el dominio en las ejecuciones judiciales culminadas en escritura (cf. art. 224 del Reglamento Hipotecario). Al contrario, con óptica estrictamente procesal destaca la inutilidad (mejor que imposibilidad) de notificar el procedimiento a un nuevo adquirente que ya no podría aprovecharse de las dos ventajas tradicionales que por ejemplo condensa la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, a saber, pagar o intervenir en la subasta. Esto segundo, por la irrepetibilidad del trámite; lo primero, porque supondría una insólita y cuasiretractual causa de quiebra de la licitación no contemplada por la Ley (arts. 1513 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 131-15 de la Ley Hipotecaria) o, si se quiere, una injustificada mejora (o igualación) de postura en una subasta ya definitivamente conclusa.

El segundo fundamento apunta a la conveniencia de sofocar los medios de dolo procesal (del que, por lo demás, no se traslucen atisbos en el expediente desde el ángulo del señor Granados), de modo análogo a lo que por ejemplo, en otros ámbitos, ha declarado la jurisprudencia sobre la acción reivindicatoria o intenta yugular la regla undécima del artículo 137 del Reglamento Hipotecario. Sólo que, en nuestro caso, la oportunidad de fraude la brinda una determinada interpretación de preceptos legales, cuya exégesis, por ello y por otras razones, debe discurrir por otros senderos, como luego intentaré.

5. Por último, el comentario de los tres únicos considerandos de la Resolución puede ser breve pues:

— El primero encierra un *mensaje* que ya ha confesado no saber captar. Su insípida doctrina de que el recurso gubernativo ha de ceñirse a *resolver sobre la práctica o extensión de los asientos registrales solicitados* y ser congruente con la nota, además de archisabida, se limita a ser una recitación de los artículos 126 y 123 en relación con el 118, todos del Reglamento Hipotecario. La viabilidad del mal llamado recurso judicial, como alternativa del gubernativo, es algo que también declaran las normas con mayor pormenor (arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 132 de su Reglamento).

— El segundo es el habitual considerando de fijación de la controversia cuya complicada trama hay que reconocer que se resistía al resumen. Quizá la Dirección simplifica demasiado, porque aunque el único obstáculo que señalaba la nota era la necesidad o no de requerir de pago al actual titular registral, no cabe duda que una cuestión conexas de inevitable resolución, aunque fuera indirecta o tácitamente (como así ha sido) era la de decidir si dicho titular había devenido o no deudor hipotecario y si le había de perjudicar o no el procedimiento seguido contra sus causantes; en otros términos, había que pronunciarse sobre la vigencia, alcance y sentido tanto de la proposición primera como de la segunda del artículo 36 de la Ley de 1872 y de sus reiteraciones reglamentarias. Y de verdad que hubieran sido de agradecer algunas orientaciones sobre tan oscuro tema,

— En fin, en el considerando tercero se encierra el núcleo de la decisión gubernativa y aún diría que en la frase en que se afirma que *tal obligación* (la del Registrador de estampar la nota marginal) *queda al margen del procedimiento judicial en el que aparecen cumplidas las notificaciones pertinentes*. La Dirección se inclina así, sin demasiados argumentos tampoco, por una visión *procesalista* del conflicto, sin dar excesiva trascendencia a sus implicaciones registrales. Es así —parece razonar— que en el juicio de ejecución se ha citado a todas las personas que prescribe la Ley sobre la base de la certificación registral, luego el mismo es irreprochable y el mandamiento cancelatorio que lo efectúa no puede ser objetado por ningún motivo. Pero también hubiera sido posible una visión más *registral* del problema: el cumplimiento de las notificaciones procedimentales se revisa en múltiples ocasiones por el Registrador (v. gr. arts. 131, 17 de la Ley Hipotecaria, 286 de su Reglamento, etc.) no porque sea una instancia fiscalizadora de la judicatura, respecto de la que se mueve en un distinto plano, sino, cual cancerbero de los derechos inscritos, para vigilar que la cancelación de los mismos se verifica en los términos de los artículos 82 y concordantes de la Ley hipotecaria, es decir, con, sin o contra el consentimiento del titular registral, pero, por lo menos, con su oportunidad de audiencia cuando una norma le reconoce tal derecho (21). En ese sentido multitud de autores (22) ponen de manifiesto que la nota marginal del

(21) La omisión de las notificaciones se considera obstáculo que surge del Registro en la Resolución de 24 de agosto de 1981 que amplío en la nota siguiente.

(22) ROCA SASTRE: *Ob. cit.*, IV-2.º, pág. 1044 «La nota marginal hace las veces de notificación a los que con posterioridad a ella inscriben su adquisición»; LA RICA: Libro homenaje, citado, I, pág. 286, implícitamente «La extensión de esta nota marginal produce efectos de importancia. Por lo pronto, los que inscriban sus títulos después de la fecha de aquella no tienen derecho a ser notificados del procedimiento»; CAMY: *Comentarios*, cit., VI, pág. 705, al hilo de la Resolución de 22 de mayo de 1943: «...constituyendo así (dicha nota) una verdadera notificación»; PUIG BRUTAU: *Ob. cit.*, III-3.º, pág. 197 «Estas notas producen el efecto de notificar al adquirente la pendencia del procedimiento», etc.

A la misma conclusión se llega con el examen de las dos Resoluciones referenciadas en el Vistos. En la de 6 de noviembre de 1933 se había seguido el judicial sumario por todos sus trámites, incluida la expedición de certificación de cargas y su reflejo registral por nota, se habían adjudicado los bienes al acreedor por falta de postores y se había ordenado la cancelación genérica de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a aquella expedición. El Registrador inscribe la adjudicación, pero añade en la nota al pie: «Y en cuanto a anotaciones e inscripciones posteriores sólo existe una anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda por débito de utilidades, constituida sobre la primera de las fincas de este mandamiento, cuya cancelación se deniega en atención a estimarse carga preferente a la del actor» (dicha anotación, muy posterior a la expedición de la certificación de cargas y su correspondiente nota, se practicó el día anterior a la celebración de la segunda subasta infructuosa). El debate ulterior se orientó de modo principal sobre sí, efectivamente, el débito anotado era preferente o no y oponible o no, en consecuencia, a un tercer adquirente, pero la Dirección, «saliéndose por la tangente» y después de reproducir el equivalente al artículo 226. 2.º, del Reglamento Hipotecario actual, afirmó en sus dos últimos considerandos

«Que así como la omisión de aquella notificación respecto de las personas mencionadas en la certificación originaria defecto que impediría la inscripción al no poderse afirmar que los acreedores no notificados y ajenos, por tanto, a lo actuado, consentan explícita ni implícitamente en la cancelación de sus respectivas inscripciones o anotaciones la nota del Registro, acreditativa de haberse expedido la certificación, da a conocer a todo tercer adquirente posterior de derechos sobre los bienes hipotecados que existe ya incoado el procedimiento judicial sumario y el Juzgado en que se sigue, a fin de que puedan, como aquéllos, intervenir en el procedimiento para defender tales derechos, aunque, claro está, en el estado en que dicho procedimiento se encuentre, o sea en las diligencias posteriores al momento en que acrediten su derecho ante el Juzgado.»

Y «Que los efectos atribuidos por los autores a la nota, ya que la Ley no los expresa, explican suficientemente la diferencia, siendo para algunos los correspondientes a los de una anotación de prohibición absoluta de enajenar y gravar y para otros los de una verdadera condición resolutoria, puesto que se ordena la cancelación de las inscripciones posteriores sin oír, ni siquiera hacer saber a los interesados en ella, la cancelación de las mismas; y aunque todo ello tenga excepciones preferentemente marcadas, no pueden éstas extenderse a las anotaciones producidas, como la que dio origen a este recurso, al margen de los elementos personales y reales que para tales efectos la deben caracterizar».

Es una lástima que con estas últimas ininteligibles palabras el Centro Directivo no aclarase el arduo problema de si los gravámenes no comprendidos en la certificación y, por tanto, posteriores a

párrafo segundo del artículo 143 del Reglamento Hipotecario sirve o hace las veces de una notificación registral *ad incertam personam* que justifica luego la sujeción de esta última, si deviene cierta, a las consecuencias o resultados del proceso. Podría decirse que la genérica notificación *ex tabulis* complementa a las notificaciones *in iudicio* y tiene el mismo rango

la nota de su expedición, han de hacer valer su eventual preferencia al ejecutado, en el mismo proceso de ejecución, a través de una tercera de mejor derecho cuando y mientras sea ello posible (artículo 1.533, 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o si puede y debe hacer valer esa preferencia el Registrador y criterios para apreciarla: el elemental-cronológico que evita siempre el problema o el complejo-sustantivo que requiere arduos esfuerzos de interpretación de leyes (cfr arts 131, 17.º, de la Ley Hipotecaria y 225 y 233 de su Reglamento, que siguen el criterio de la simple «posterioridad», y los artículos 175, 2.º, y 235, 10.º, del propio Reglamento que implican valoraciones de preferencia)... Desde luego, lo que sí resulta claro es que el Registrador debe apreciar, *ex officio* incluso, la prioridad cronológica de una traslación dominical frente a una ejecución ordinaria (no hipotecaria), pese a haberse inscrito aquella después de la nota de expedición de cargas (véase la recentísima Resolución de 12 de septiembre de 1983 que reitera copiosa jurisprudencia anterior reseñada en su Vistos). Pero es dudoso si un juicio semejante debe efectuarlo el calificador respecto de derechos reales distintos del dominio y —lo que resulta más problemático— respecto de créditos personales anotados cuya fecha de constitución normalmente le resulta ignota y cuya condición privilegiada, en su caso, no sólo se halla difusa en la ley, sino hasta en su propio asiento: en esta Resolución de 1933 sí lo hizo y la Dirección parece que se limitó a discrepar de su calificación.

La Resolución de 22 de mayo de 1943 operó sobre unos supuestos fácticos algo más complejos, también se siguió un judicial sumario y se cumplió con el doble trámite (certificación y nota) de la regla 4.ª del artículo 131, entonces de la Ley Hipotecaria de 1909; después de vencido el plazo para pagar, el deudor enajenó una de las fincas perseguidas a una sobrina emancipada por concesión a ese solo efecto: al padre de la menor, que estaba personado voluntariamente en autos en nombre de su hija, se le hizo saber que podía intervenir en la subasta o abonar antes del remate la cantidad de que respondía la finca, y padre e hija fueron también requeridos para que reconociesen al actor como administrador judicial de la finca que ellos habitaban. Desiertas tres subastas, se adjudicó el inmueble al ejecutante en pago de su crédito, y «aprobando el remate, el Juzgado decretó la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las verificadas después de expedida la certificación prevenida en la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley, haciendo constar que no se llevaron a cabo las notificaciones indicadas en la regla 5.ª ante el resultado negativo de las certificaciones del Registro». La nota de calificación hacía hincapié, para negarse a la cancelación del asiento de la sobrina (mejor, del de un causahabiente negocial de ella que había adquirido la finca a última hora mientras se intentaba subsanar la primera calificación desfavorable con una notificación tardía, pero en forma), en el dato de que la notificación hecha al padre en nombre de su hija era defectuosa, toda vez que, ostentando ella capacidad procesal ex artículo 317 (de entonces) del Código Civil, debió habersele efectuado a ella con la mera asistencia de su progenitor. La Dirección, sobre la base de que esa deficiencia había sido ya desestimada judicialmente en un incidente de nulidad de actuaciones, lo que aconsejaba su no revisión registral indirecta, accedió a la cancelación del asiento del último titular afirmando que:

«Esta nota marginal (la del art. 131, 4.ª, de la Ley Hipotecaria), si bien no tiene virtualidad para provocar el cierre del Registro, ni paralizar las facultades dispositivas del deudor, llama la atención de los sucesivos adquirentes sobre la existencia del procedimiento, impidiendo que se invoque de buena fe el principio de publicidad hipotecaria; y no es admisible que por detalles de las actuaciones relativas a la simple citación o requerimiento de los terceros interesados, colocadas bajo la apreciación, autoridad y responsabilidad del Juez, se frustre el ejercicio de la acción ejecutiva.»

Ultimamente, la Resolución de 24 de agosto de 1981, inexplicablemente silenciada en el Vistos, reitera que «la nota marginal que debe extender el Registrador al expedir la certificación registral exigida en la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley tiene como fundamento hacer constar en el Registro la incoación del procedimiento entablado a fin de que pueda ser conocido por los futuros adquirentes del inmueble hipotecado, o en su caso por los terceros interesados y que les sirva a la vez de NOTIFICACION a los efectos procesales oportunos, entre los cuales se encuentra el de poder intervenir en la subasta, así como que no sea necesaria la expresión individualizada de sus respectivos asientos para que puedan en su día ser cancelados». En el caso se trataba de la inscripción del testimonio de un auto de adjudicación dictado conforme a la regla 17.ª del artículo 131, del que resultaba que no se había notificado el procedimiento al titular de una anotación practicada después de la nota de expedición de cargas, pero cuyo título (el mandamiento que la decretó) se había presentado antes y comprendido, por tanto (art 345 del Reglamento Hipotecario), en la certificación La Dirección, aunque confirma la no inscribibilidad, con carácter general, de un auto como el testimonio, haciendo aplicación del criterio que claramente se desprende de los artículos 225 y 226, 2.º, del Reglamento Hipotecario, exceptúa el caso concreto sometido a su consideración, por el motivo discutible y singular de que en el juicio ejecutivo seguido por el anotante se había expedido, a su vez, certificación de cargas, de la que resultaba la existencia de la hipoteca anterior y de su vertencia actual, lo que subsanaba la omisión padecida con aquél, toda vez que por ese medio de conocimiento (?) *sui generis* pudo el mismo «intervenir en el procedimiento y ejercitar su derecho en la forma establecida en el artículo 131 de la Ley».

Como puede apreciarse, las tres Resoluciones resumidas destacan el papel de «cuasidictio» registral que corresponde a la nota, y la segunda incluso alude a su función enervadora de la protección del principio de publicidad que, de otro modo, se dispensaría a los sucesivos adquirentes de buena fe. Pero, precisamente, todo lo que signifique potenciar los efectos de la susodicha nota implica coliso-

que éstas. Luego, del mismo modo que la omisión de las citaciones personales reglamentarias impediría la inscripción de las cancelaciones ejecutorias en el judicial sumario o del auto reanudador del tracto interrumpido, así también podría concluirse que la omisión de la notificación general del artículo 143,2 del Reglamento Hipotecario imposibilita también aquellas cancelaciones si hubiese sobrevenido un adquirente tardío. Es como si el proceso se hubiese desenvuelto a la vez ante dos órganos, el judicial y el registral; el peso de la tramitación general, toda la *iurisdictio* si se quiere, recae en aquél, pero algunos trámites sustanciales, viabilizadores de la ejecución ulterior, se confían a éste. Y si precisamente en esa instancia complementaria, por descuido o discrepancia interpretativa, se omite uno de esos trámites capitales, podría sostenerse que equivale a su incumplimiento en la instancia principal y con el mismo alcance.

Por eso, a mi juicio, en vez de fundarse en una visión *cerrada* del proceso desarrollado ante los Tribunales en el que *aparecen cumplidas* (todas) las *notificaciones pertinentes establecidas por la Ley sobre la base de la certificación registral expedida* la Dirección debió refutar el obstáculo registral —falta de notificación genérica— con razones también registrales derivadas de la eficacia *erga omnes* de la hipoteca (arts. 104 de la Ley Hipotecaria y 1.876 del Código Civil). En efecto, imaginemos por un instante que la situación de nuestro supuesto se hubiese producido en una ejecución por débito ordinario y subdistingamos entonces según se hubiera cumplido o no el trámite de anotación preventiva prescrito obligatoria, pero no sustancialmente, por los artículos 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 43,2 de la Ley Hipotecaria. Pues bien, si habiéndose extendido anotación de embargo, se omitiese luego, por cualquier razón, la nota marginal de expedición de certificación de cargas y, verificado el remate, sur-

nar con el espíritu de la Resolución que comento, en la que, casualmente, se había omitido. Contradictorios precedentes, pues, invoca la nuestra, y contradictoria igualmente resulta la de 1981, pues, también en ella, de no haberse producido la «notificación indirecta» que apreció la Dirección, no había posibilidad ya de notificar útilmente el procedimiento al omitido, a menos que se retrotrajeran los trámites hasta el momento en que se cometió la falta: ello hubiera equivalido en la práctica, casi, a una especie de incidente u oposición por nulidad de actuaciones (cfr. arts. 1.467-3º, 1.473 y 1.474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por motivos registrales, que entonces no arredraba, teóricamente al Centro Directivo, bien que lo rehuyese merced al subterfugio aludido, mientras que en nuestro caso, quizá además porque el error se cometió en el Registro, en ningún momento admite, ni sugiere siquiera, que se hubiese producido aquella nulidad.

Y como estoy hablando del papel de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas según la jurisprudencia, permítaseme concluir esta ya larga nota con una breve digresión acerca de un problema que, en torno a ella, se está produciendo en la práctica. Es frecuente que, iniciado un proceso de ejecución hipotecaria y expedida la correspondiente certificación con nota, se desista del procedimiento por mil motivos, pero fundamentalmente por pago de la fracción demorada y de sus intereses de todo tipo más de las costas causadas; en tal caso se siente la necesidad de reflejar en el Registro, quizá no sólo por razones psicológicas que, en contra de lo que parece indicar la nota marginal, la hipoteca a que se refiere se halla otra vez aletargada y no encierra un riesgo de ejecución actual. Pues bien, más de una vez y más de dos me han llegado entonces a mi Oficina mandamientos judiciales ordenando «cancelar» la meritada nota. La solución práctica que he dado y que someto humildemente a la crítica pública ha sido la de denegar dicha cancelación, por cuanto la nota refleja un *hecho* —el de la expedición de certificación de cargas— que, en sí mismo, como todo hecho acaecido, es imborrable y, por tanto, no cancelable; pero, sentado lo anterior, y para atender esa innegable necesidad que se siente de reflejar tabularmente el desistimiento, me he decidido a hacer constar por nota marginal de «mera oficina», y amparándome en su número abierto, el *hecho* también de haberse presentado un mandamiento cancelatorio de la nota marginal precedente (la de cargas) al que no se había dado cumplimiento (por incongruencia del mandato con el juicio en que se había decretado, aunque este detalle lo omito) y la estampación de esa nota de oficina la he hecho constar al pie del propio mandamiento, a continuación de la de denegación y poniendo de relieve su carácter. Me agradecería que se despertasen opiniones autorizadas sobre el problema que suscito, las cuales apuntasen soluciones menos artificiosas y al tiempo profundizasen en la naturaleza y efectos de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, efectos entre los cuales acaso se descubriese algunos de posible cancelación en forma (el meritorio artículo de JUAN RUIZ ARTACHO que cito en la nota 13 puede ser un buen punto de partida para ese estudio que sugiero).

giese un adquirente registral, la solución al conflicto mucho me temo que hubiese sido idéntica a la que, en un proceso de ejecución hipotecaria, ha dado ahora nuestra Resolución. En cambio, si faltara la publicación *erga omnes* de la traba procesal, o sea si faltara la anotación preventiva de embargo y, además, se omitiese la nota marginal de expedición de certificación de cargas, en otras palabras, si la ejecución por débito ordinario se hubiese desenvuelto sin reflejo alguno en el Registro, tengo para mí que, surgido nuestro tercer adquirente (*bonae fidei*) de última hora, la solución hubiese sido diametralmente la contraria a la de la hipótesis anterior, es decir, se habría protegido a dicho tercer adquirente oneroso sobre la base de los artículos 1.473,2 del Código Civil y 17, 32, 34 y 40 *in fine* de la Ley Hipotecaria. Si mis hipotéticas conclusiones son ciertas y podría apuntalarlas doctrinal y jurisprudencialmente, creo que quedaría demostrado con el rigor que postulaba BACON que el fundamento profundo de la Resolución se encuentra, no en el alcance de la aposición u omisión de la nota de cargas, sino en la oponibilidad o no del gravamen actuado del que aquella nota no es más que un trámite ejecutorio. Si *posita causa* —anotación de embargo (23)— *sequitur effectum* —perjuicio de la ejecución a adquirente post-certificación sin nota—, y si *sublata causa* —la susodicha anotación— *non datur effectum* —el referido perjuicio u oponibilidad de la ejecución—, queda demostrado empíricamente que el fundamento del fallo gubernativo radica, en el fondo, aunque no lo diga su inexpresivo tercer considerando, en la sujeción hipotecaria. Ciertamente, cualquiera que sea el poseedor de los bienes hipotecarios, la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los mismos al cumplimiento de la obligación asegurada, y esa vinculación irremediable al cumplimiento no debe detenerse por la ausencia de una nota registral que avisa de la vertencia actual del procedimiento ejecutorio, siendo así que la inscripción misma de la hipoteca advierte a todos de su vertencia potencial y de su prioridad de rango sobre cualquier mutación jurídico real que acaezca tras ella. Otra cosa será que se deba indemnizar por quien sea (24) al adquirente que, aún sabedor de la prioridad hipotecaria, se ha visto privado de la oportunidad de pujar por el inmueble, liberarlo del gravamen o hacer valer otros derechos de limitación de responsabilidad (arts. 112, 113, 114, 120 y 121 de la Ley Hipotecaria) o al que, si procesalmente todos los plazos para esas alegaciones u oportunidades le hubieran precluido, se le han ocasionado unos gastos adquisitivos y se le han despertado unas expectativas de los que debe verse resarcido.

En suma y para concluir estas acotaciones, he de manifestar, una vez más, mi acuerdo con el fallo de la Dirección, aunque no tanto con su motivación puramente procesal, óptica desde la cual aún aparece más y mejor argumentada incluso la entreverada decisión del Presidente de la Audiencia

(23) La omisión de la inscripción hipotecaria es inimaginable dado su carácter constitutivo.

(24) Desde luego mucho antes que por cualquier infractor de un trámite discutible, por aquéllos que enajenaron la finca cuando sabían o podían saber que había sido rematada en subasta judicial. cfr. artículos 1.269 del Código Civil y 519 y ss., 19 y ss., y 101 y ss. del Código Penal.

III. CUESTIONES QUE DEBIERON ESCLARECERSE PARA EL CABAL ENFOQUE DEL FALLO

Una actitud no *escapista* frente a los problemas suscitados por los hechos-base de la Resolución cuyas diversas partes he procurado analizar, exigiría abordar y esclarecer varias cuestiones, la mayoría ya rozadas, tales como:

- La de la vigencia y sentido del artículo 36 de la Ley de 1872.
- La de cuándo se adquiere el dominio en las ejecuciones hipotecarias.
- Y la de qué se entiende por tercer poseedor y hasta cuándo, es decir, hasta qué momento procesal puede generarse esa figura, tema estrechamente conexo, además, con el del significado y efectos de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas.

Pero como también entiendo que no debo (ni sabría) elaborar un estudio monográfico de todos los temas que surjan al socaire de las Resoluciones cuyo comentario se me adjudique, me limitaré a pergeñar unos gruesos trazos sobre los tres apuntados, que plumas más diestras se encargarán de afinar o enmendar.

1. Invirtiendo el orden de las cuestiones planteadas y comenzando por la fijación del concepto de tercer poseedor, creo que se ha seguido con él en la doctrina un prejuicioso método deductivo en vez de un método inductivo. Quiero decir que no pocos autores han partido de una noción previa e indemostrada de tercer poseedor, apoyada a lo sumo en las pseudodescripciones parciales de los artículos 127,4 y 132,2 de la Ley Hipotecaria, y después han querido explicarla resaltando sus consecuencias legales, cuando opino que el proceder lógico hubiese sido el inverso: repasar los efectos jurídicos, para, desde ellos, construir la figura. Hoy ya el peso de la doctrina histórica y actual y de los preceptos elaborados bajo su influencia es ya demasiado (vide ad. ex. el art. 81,2 de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión) como para negar que tercer poseedor (en puridad, tercer adquirente) lo es únicamente, como apunté antes, un adquirente derivativo (u originario) de solo el dominio o derecho real hipotecados o fracción de ellos que, además, no asuma la deuda garantida.

Así ROCA SASTRE, cual es sabido; lo define prolijamente como *el adquirente de todo o parte de la finca o derecho real inmobiliario hipotecado que reúna la condición de tercero por no estar personalmente sujeto a la correspondiente obligación garantizada, directa ni indirectamente, y es ajeno a la originaria constitución de la hipoteca, haya o no inscrito su adquisición, y que, en consecuencia, queda afectado realmente por el gravamen que la hipoteca implica* (25). CAMY, después de ponderar con acierto la dificultad y versatilidad del concepto de tercer poseedor en función de la fase de hipoteca que se considere lo conceptúa como *aquel que adquiere registralmente el derecho gravado con la hipoteca inscrita, sin asumir a la vez la deuda ni realizar su adquisición en la cualidad de heredero del deudor o del hipotecante no deudor* (26). SANZ describe al tercer poseedor con estas tres pinceladas: *1.º Es tercero en el acto de constitución de la*

(25) Ob. cit., IV-1.º, pág. 310.

(26) Ob. cit., VI, pág. 694.

hipoteca. 2.º Es un adquirente del dominio de la finca hipotecada. 3.º No es deudor personal en la obligación garantizada (27). Y, en fin, para no extenderme en más citas GUILARTE entiende, en principio, por tal, siguiendo a Cossío, al que adquiere los bienes hipotecados, sin asumir la deuda a la vez ni realizar su adquisición en la cualidad de heredero del deudor o del hipotecante no deudor (28).

Hay, pues, un consenso doctrinal en que para ser tercer poseedor se ha de verificar una adquisición derivativo-traslativa y no una adquisición derivativo-constitutiva (29), por lo que no podrá ser tercer poseedor el que adquiere algún derecho real limitado sobre finca o derecho real limitado ya hipotecados aunque se asimilan al adquirente pleno, además de los adquirentes de cuota o porción material concreta, los que lo sean de algún desdoblamiento del dominio (30).

Pero entonces, de aceptarse este pie forzado conceptual, habrá que perfilar tras CAMY, según antes dije, la figura de los *terceros poseedores de segundo grado* entendiendo por tales el ilustre hipotecarista a aquellos *acreedores de créditos garantizados en forma real sobre los bienes hipotecados, en virtud de asientos extendidos con posterioridad a la inscripción de hipoteca, pero antes de la nota de expedición de cargas* (31). Mas no incidamos en el defecto metodológico que antes reproché y repasemos ya los preceptos legales sobre los que se ha montado la figura del tercer poseedor y analicemos brevemente en qué medida son aplicables al genuino tercer adquirente y a esos segundones proteiformes que un examen cuidadoso pone al descubierto.

(27) *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo I, Madrid, Ed. Reus, 1947, pág. 437

(28) VICENTE GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, tomo XXIII, Edersa, Madrid, 1979, págs. 514-5.

(29) ROCA, *Ibidem*.

(30) Cita aquí ROCA, además de los legales supuestos de dominio directo y dominio útil y nuda propiedad y usufructo, el de derecho superficiario y dominio del suelo. Desde ese enfoque y apurando los supuestos se debería también considerar terceros poseedores a los adquirentes de fracciones de un dominio que los viejos y nuevos tiempos van desdoblado o seccionando de muy diversas maneras: suelo y vuelo; unidades de tiempo (propiedad por temporadas o multipropiedad); aprovechamientos diversos («corralizas» de la Ley 379 de la Compilación navarra), etc. De todas maneras estos terceros poseedores, por desdoblamiento, plantean problemas específicos de no cómoda solución. Recuerdo ahora un supuesto de mi práctica profesional en que, habiendo surgido un tercer poseedor de mitad indivisa de la finca hipotecada, ésta se remató por un precio superior al importe del principal, de sus intereses y de las costas garantizadas; pero, comoquiera que las costas realmente producidas excedían no poco de las cubiertas por la cifra asignada para tal concepto en la escritura de constitución, y dado que pese a ello se había aplicado el importe del remate a la satisfacción de tales costas excedentarias, me suscitó perplejidad la inscripción del auto de adjudicación, porque una mitad de la finca respondía indefinidamente, mientras que la otra con el límite señalado ex artículos 120-121 de la Ley Hipotecaria, aunque, en definitiva, era un problema de liquidación del débito perseguido, de fácil cálculo matemático, que parece que no debía interferir en la efectución registral de la ejecución.

(31) *Ob. cit.*, VI, págs. 705-6. A mi juicio se queda estrecho CAMY al incluir sólo a los «acreedores de créditos garantizados en forma real» (ulteriores hipotecas y anotaciones, pienso) en ese gran hallazgo conceptual de «terceros poseedores de segundo grado» y habría que acudir al artículo 225 del Reglamento Hipotecario, extraviándolo del judicial sumario, y comprender en él también a los titulares de derechos reales limitados, de derechos condicionales y, en general, de otros inscribibles que, por su rango, deben declararse extinguidos al realizarse el crédito preferente. Esta última nota, la de su extinguididad combinada con la de la inscribibilidad, creo que son las decisivas para marcar los contornos de la institución, de manera que todos los titulares de derechos registrables y aun de situaciones jurídicas intrínsecas de tal índole que vayan a verse afectados por una ejecución hipotecaria antecedente pueden y deben encuadrarse dentro de esa vasta noción de «terceros poseedores de segundo grado». Pero, así y todo, sólo habríamos integrado ese concepto, el de tercer poseedor de segundo grado, en el aspecto del derecho a ser citado o del derecho a intervenir en la ejecución hipotecaria y todavía nos faltaría perfilarlo en los otros muchos aspectos en que se rastrea la noción de tercer poseedor y que suelen ser analizados como formando parte de la fase de seguridad hipotecaria, cuando, de suyo, no es sólo así. A ese cometido de descubrir terceros poseedores de segundo grado, en otras facetas hipotecarias, no sólo procesales, me dedico en el texto.

A) El tercer poseedor en la limitación de la extensión objetiva de la hipoteca (arts. 112 y 113 de la Ley Hipotecaria).

ROCA no se replantea aquí (32) el concepto de tercer poseedor, por lo que parece operará el general que ya hemos visto da del mismo. CAMY excluye en este caso a los adquirentes a título gratuito y parece que también a los no inscribientes, puesto que sólo diferencia a los terceros protegidos por los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria del tercero hipotecario, en que aquéllos no precisan de la buena fe (33). GUILARTE también excluye injustificadamente de la protección a los causahabientes gratuitos (34). Díez PICAZO y GULLÓN, a propósito del artículo 112 escriben, sin más: *Por tercer poseedor como sabemos ha de entenderse el adquirente que trae causa del constituyente de la hipoteca* (35). PUIG BRUTAU explica brevemente que *este nuevo dueño o tercer adquirente es la persona ajena a la obligación asegurada* (36). PEÑA no se plantea específicamente, en sede de extensión objetiva de la hipoteca, la noción de tercer poseedor, que desarrolla luego, con carácter general (37), calificándolo con Roca como *el tercer adquirente del bien mismo y no de cualquier derecho real, por ejemplo una servidumbre*, aunque lo sea a título gratuito y no inscriba (arg.: art. 131-3.^a3 de la Ley Hipotecaria), ni, por tanto, sea tercero hipotecario. Finalmente también CHICO considera que surge aquí el tercer poseedor *cuando el propietario de la finca hipotecada la enajena a una tercera persona que no asume la responsabilidad personal del pago de la deuda* (38).

Desde luego, es verdad que la letra del artículo 112 cuando habla de *nuevo dueño* induce a pensar que solo puede ser tercer poseedor el adquirente del dominio o de alguno de sus desdoblamientos antes referidos, pero también hubiera sido posible darle toda su amplitud en dicho precepto a los términos *tercer poseedor* (abrazando así incluso a un arrendatario) e interpretar que el nuevo dueño de lo que lo es realmente es de *las acciones o mejoras que no se entiendan hipotecadas* como en todo momento presupone el artículo 113. Piénsese que si el fundamento de los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria se encuentra en que como dice PUIG BRUTAU (39) *la hipoteca no puede extenderse a elementos procedentes de persona ajena a la obligación garantizada*, con la interpretación que tradicionalmente se da a los mismos, ampliada vía artículos 127,4 y 134,2 de la Ley Hipotecaria, se protege, sí, las incorporaciones y expensas de un nuevo comunero, censalista o enfiteuta, nudo propietario o usufructuario, superficiario, etc., pero se deja acaso desamparado a personaje tan importante como el arrendatario (40), sobre todo el no sometido a leyes especiales que le permitieran seguir, tras el remate, en la posesión de la finca (cf. art. 74 L. A. R.), pues es dudoso que pueda hacer valer frente al rematante o adjudicatario el artículo 1.573 del Código Civil, toda vez que las mejoras y acciones suyas se alienarían con la finca, al entenderse hipotecadas.

(32) *Ob. cit.*, IV-1°, págs. 588 a 592.

(33) *Ob. cit.*, VI, págs. 488 a 491.

(34) *Ob. cit.*, pág. 502.

(35) *Sistema de Derecho civil*, III, Tecnos, 1981, pág. 569.

(36) *Ob. cit.*, págs. 136-7.

(37) En las págs. 455-6 de su citada obra.

(38) *Ob. cit.*, II, pág. 708.

(39) *Ob. cit.*, III-3°, pág. 136.

(40) Piénsese también en cualquier poseedor por título no real precarista, comodatario, secuestrario, administrador, etc.

Es también discutible hasta qué momento puede surgir este tercer poseedor de los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria; aunque su prelación creditual sobre el acreedor hipotecario en cuanto a accesiones y mejoras inescindibles (art. 113,3) ha sido criticada por injusta y peligrosa, parece inevitable concluir que para esas incorporaciones inescindibles puede aparecer hasta que se anuncien, o mejor celebren, las oportunas subastas, y para las susceptibles del *ius tollendi* de su autor acaso el *dies ad quem* pueda prorrogarse más allá, pero habría que formular muchas matizaciones para las que no dispongo de tiempo.

B) El tercer poseedor en la limitación de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto a los intereses (arts. 114, 115 y 146 de la Ley Hipotecaria).

El tercero en estos preceptos ya ha sido más estudiado, suscitándose especialmente su relación con el tercero hipotecario. CHICO ORTIZ (41) resume así las posturas:

— Amplia (ROCA SASTRE) para quien son terceros en el artículo 114 y concordantes quienes con posterioridad a la hipoteca hayan adquirido el dominio o un derecho real sobre la finca hipotecada aunque no hayan inscrito su título en el Registro de la propiedad.

— Restringida (SANZ y el mismo CHICO): lo son solo quienes, siendo terceros poseedores, sean terceros hipotecarios conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

— Intermedia (MORELL, MONTERO LEÓN): lo son solo los terceros poseedores que simplemente hayan inscrito su derecho.

Pero a mí me interesa tanto el problema de la inscripción o no, como el de la índole del derecho (dominio pleno, derecho real limitado, derecho personal incluso) que ha de ostentar el tercero para considerarle tal y en ese sentido:

1.º CAMY (42), CHICO (43) y SANZ (44) no se pronuncian limitándose a hablar siempre, en el ámbito del artículo 114 de *tercer poseedor* como si se tratase de un concepto unívoco y claro. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN refieren la norma del artículo 114 como protectora solo de un *nuevo propietario* (45).

2.º ROCA es explícito en extender la limitación de intereses a cualquier adquirente de derecho real, ejemplificando incluso con un segundo acreedor hipotecario (46). En el mismo sentido PUIG BRUTAU (47). Y PEÑA con admirable concisión y densidad se pregunta (48): *¿Qué condiciones ha de reunir este tercero? Es concepto distinto —responde— del tercero hipotecario (arg.: art. 9.º L. H. M.). Basta con que sea tercero interesado en dichos bienes (cf. art. 146 de la Ley Hipotecaria y, por analogía, 116 de la Ley Hipotecaria), es decir, adquirente del dominio o de un derecho real (así también en relación con la distribución del crédito entre varias fincas: confróntese art. 121, fine, de la Ley Hipotecaria).*

(41) *Ob. cit.*, págs. 727-8.

(42) *Ob. cit.*, pág. 531.

(43) *Ob. cit.*, págs. 716 y ss.

(44) *Ob. cit.*, págs. 442 y ss., aunque en la pág. 444 ejemplifica con un acreedor hipotecario posterior.

(45) *Ob. cit.*, pág. 578.

(46) *Ob. cit.*, págs. 596-7.

(47) *Ob. cit.*, pág. 125.

(48) *Ob. cit.*, pág. 434, nota 14.

3.º Finalmente, SANCHEO REBULLIDA es el autor que, no sin dudas, sugiere el concepto más amplio de sujeto protegido por el artículo 114 y concordantes: *No está claro —escribe— si el tercero protegido por ese precepto es sólo el tercero hipotecario... o también los terceros civiles (acreedores ordinarios que no puedan, de otro modo, satisfacer su crédito)* (49).

En punto al problema de la inscripción yo creo con la mayor parte de los autores reseñados, que el tope legal o convencional no puede rebasarse ni siquiera en perjuicio de terceros no inscritos, siempre que éstos hagan valer sus derechos oportunamente y soslayen, en su caso, el obstáculo temporal representado por el artículo 313 y concordantes de la Ley Hipotecaria. En cambio, frente a la ampliación del artículo 115 de dicha Ley sólo están protegidos de acuerdo con su párrafo segundo *los derechos reales inscritos con anterioridad a ella*. Más ardua aún se me presenta la cuestión de la índole de los derechos del tercero protegido frente a intereses no cubiertos: no me parece lógico amparar sólo a un adquirente del dominio o desmembración suya; de acuerdo con el espíritu y la letra de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (50) debe protegerse también al adquirente de un simple derecho real, en particular (pero no solo) de un ulterior derecho de hipoteca. La contraposición entre los párrafos segundo y tercero del artículo 115 abona esta solución y lo mismo la analogía con el artículo 116. Pero aún se podría dar un paso más y considerar escudable en los aludidos preceptos y sobre todo en el artículo 114 a *cualquier interesado en los bienes hipotecados*, como dice el artículo 146: simples acreedores con anotación e incluso sin ella. El artículo 114 y paralelos marcarían así el confin de la hipoteca en cuanto a los accesorios del crédito; por el exceso de los intereses trienales o quinquenales, cuya prescripción se hubiera interrumpido en su caso (art. 1966, 3.ª del Código Civil) y por el que no se hubiese solicitado oportunamente ampliación, el acreedor hipotecario no pasaría de ser, en conflicto con esos otros interesados que ejecuten diligentemente, un acreedor escriturario (cf. art. 147 de la Ley Hipotecaria) que debe de reaccionar por los cauces oportunos si quiere hacer valer su eventual (si la tiene) preferencia de fecha o rango.

¿Hasta qué momento de la ejecución puede aparecer un tercero invocando la protección del artículo 114 y concordantes? Aunque podría pensarse que hasta el momento de la satisfacción del débito perseguido, habría razones muy largas de explayar para no permitirlo más allá de la celebración de las subastas.

C) El tercer poseedor en la limitación de la responsabilidad cuando se hipotequen varias fincas (arts. 120 y 121 de la Ley Hipotecaria).

Las posturas aquí deberían ser similares a las expuestas en el apartado anterior, pues no en balde ambas limitaciones responden al mismo fundamento (no impedir las posibilidades ulteriores de crédito, territorial o no), pero la verdad es que los autores son todavía más parcos y más inco-

(49) Vide su colaboración a la obra de LACRUZ *Elementos de Derecho civil*, III, Bosch, Barcelona, 1980, pág. 165.

(50) Explicando el porqué de la distribución de responsabilidad en el caso de hipoteca de varias fincas, se dice en ella: «De este modo la carga real no se extiende a todo el valor de la finca, sino solamente a una cifra que puede ser muy inferior a su valor verdadero, quedando en libertad y en posibilidad el dueño de poder levantar sobre la misma finca otro crédito hipotecario que no perjudicará al antiguo en lo que alcance al valor de la cantidad hipotecada, pero que tendrá preferencia sobre otros créditos y aun sobre el mismo por la parte a que no estén afectos los bienes inmuebles o los intereses vencidos de las dos anualidades anteriores y la parte vencida también de la anualidad corriente».

herentes a la hora de precisar frente a quiénes funciona la distribución de responsabilidad ordenada por los artículos 119, 162 y 246 de la Ley Hipotecaria y 216 de su Reglamento.

ROCA SASTRE sí precisa que sólo sirven de salvaguardia al adquirente de la finca hipotecada o de un derecho real sobre ella (51). CHICO le reproduce (52). Díez-PICAZO y GULLÓN, con cierta extensión, afirman que dentro de los artículos 120 y 121 de la Ley Hipotecaria *el concepto de tercero debe entenderse en sentido amplio. Comprende al adquirente del dominio que no tiene que soportar más gravamen que el registralmente fijado y que, por consiguiente, haciendo frente a él, libera la finca. Son también terceros inmunes los adquirentes de derechos reales sobre las mismas fincas* (v. gr. otros acreedores hipotecarios) (53). PUIG BRUTAU, en esta sede, habla solo de terceros en general o, a lo sumo, de tercer adquirente sin precisar más (54). CAMY imagina sólo un acreedor posterior (55) y, en fin, por acabar, PEÑA precisa que el protegido es el *adquirente del dominio o derecho real hipotecado*, personaje este último, como se aprecia, distinto del adquirente de un derecho real sobre la finca hipotecada, aunque ya vimos la identidad que en la nota 14 de la página 434 encuentra entre los beneficiados por la protección del artículo 114 y aledaños y los favorecidos por el artículo 121, *fine*, de la Ley Hipotecaria (56).

Por mi parte, creo que el tercer poseedor del artículo 221 del Reglamento Hipotecario que puede pagar fraccionadamente la deuda (excepcionando, en apariencia, al art. 1.169 del Código Civil) y obtener la subsiguiente cancelación parcial es quizá un personaje más limitado que el protegido por los artículos 120 y 121, para los que patrocinaría una interpretación similar a la que apunté a propósito del artículo 114 y adláteres: como allí, la plus petición por encima de la cifra de distribución no solo debe detenerse ante el adquirente del dominio o de sus desmembraciones y de un derecho real limitativo, fundamentalmente de garantía, sino también ante cualquier interesado en los bienes hipotecados —en especial anotantes ulteriores—, cuya innecesidad de inscribir viene robustecida por el silencio al respecto del artículo 121 de la Ley Hipotecaria (el art. 313 de la misma obstaría solo a la oponibilidad de los derechos inscribibles y en tanto no se cumpliera con el trámite de la inscripción: arts. 585,2 y 586,2 del Reglamento Hipotecario). De nuevo sería problemática la fijación del momento ejecutivo hasta el cual esos terceros interesados podrían pretender amparo (¿subasta?, ¿liquidación?: me inclino por lo primero) (57).

D) El tercer poseedor como parte o interesado en la ejecución procesal.

Este aspecto es el mejor desenvuelto legalmente y el que más interesaba a propósito de la Resolución de mi comentario (58). Por su realce norma-

(51) *Ob. cit.*, pág. 630.

(52) *Ob. cit.*, págs. 750-1.

(53) *Ob. cit.*, pág. 563.

(54) *Ob. cit.*, págs. 143-4.

(55) *Ob. cit.*, pág. 542.

(56) *Ob. cit.*, pág. 427.

(57) Todavía podrían y deberían rastrearse los perfiles del tercer poseedor en otros trances, v. gr., frente a las novaciones hipotecarias (art. 144 de la Ley Hipotecaria), frente al máximo en las hipotecas de este nombre, etc.; pero además de conducirme muy lejos, es fácil que no afloraran soluciones diferentes de las que he apuntado a propósito del tercero frente al artículo 114 o frente a los artículos 120 y 121, pues, en todos estos casos, que fijan los contornos de la hipoteca, se trata de ver cómo colisionan esos terceros con el crédito hipotecario más allá de los confines de su garantía registral. Por eso sólo distinguiré otro apartado más destinado al tercero en la ejecución.

(58) Hasta el punto de que el examen del tercer poseedor en todas las otras facetas que anteceden sólo lo he abordado para «redondear» su tratamiento, pero no porque trascendiera al caso del expediente.

tivo cabe acaso prescindir de la opinión de los autores (58 bis) y destacar sólo los mandatos legales, distinguiendo al efecto las siguientes fases:

Primera.—Desde que se pretende la ejecución hasta que se consigna la nota marginal de expedición de la certificación de cargas.

Segunda.—Desde esa consignación hasta que procesalmente sea inútil intervenir.

a) Pues bien, en la primera etapa el tercer poseedor, probablemente entendido en su sentido estricto de adquirente total o parcial de los bienes hipotecados que no sea deudor personal, tiene derecho, inscriba o no su adquisición, a ser requerido *a limine* por el acreedor ejecutante:

- Artículo 131, tercera, 3.º y cuarta, de la Ley Hipotecaria.
- Artículos 126,1 y 127,5 de la Ley Hipotecaria.
- Artículo 235, segunda del Reglamento Hipotecario.

Y a que, en su caso, de no haberse efectuado el requerimiento anterior, se reproduzca éste por el órgano actuante, una vez conocida su existencia por la certificación registral (y probablemente también por personación voluntaria):

- Artículo 131 quinta, 1 de la Ley Hipotecaria.
- Artículo 143,1 del Reglamento Hipotecario (que presupone, empero, la inscripción de la adquisición del tercer poseedor).
- Artículo 235, cuarta, del Reglamento Hipotecario (58 ter).

Dentro de esta primera etapa y por la certificación registral misma, pueden surgir los que he denominado, siguiendo a CAMY, terceros poseedores de segundo grado, cuyo derecho consiste también en ser notificados a los mismos efectos que los genuinos terceros poseedores salvo los que son peculiares de una auténtica parte procesal como oponerse, desamparar los bienes y en general quedar subrogado en la posición del deudor:

— Artículos 131, quinta, 2 de la Ley Hipotecaria, y 225 del Reglamento Hipotecario. Del artículo 226,2.ª se desprende que han debido al menos presentar a registro su titularidad (lo que presupone, además, que sea inscribible).

— Artículo 235, cuarta,1 y sexta,2 del Reglamento Hipotecario.

(58 bis) Que por lo demás no se han preocupado excesivamente de esta perspectiva. Un análisis parecido, si bien circunscrito a los derechos de un ulterior acreedor hipotecario en caso de ejecución de una hipoteca anterior puede verse en VICENTE GUILARTE ZAPATERO: *La segunda hipoteca en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1966, págs. 203 y ss.

(58 ter) El motivo de ese requerimiento —así lo llama inexactamente la Ley— varía según el procedimiento seguido:

— En el judicial sumario y en el ejecutivo extrajudicial radica en ofrecer la doble oportunidad de o intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de la finca del tercer poseedor.

— En el ejecutivo ordinario persigue el ofrecer además otras posibilidades procesales: intervenir en el avalúo de los bienes (arg.: analogía con el art. 1490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desamparar los mismos (art. 126, 2, de la Ley Hipotecaria) u oponerse expresa o tácitamente a la ejecución (artículo 126, 3, de la Ley Hipotecaria).

— Y, en todo caso, sirve para continuar (o iniciar) el procedimiento contra dichos terceros poseedores *stricto sensu*, entendiéndose con ellos «las diligencias ulteriores como subrogado(s) en el lugar del deudor» (arts. 134 de la Ley Hipotecaria y 143, 1, del Reglamento Hipotecario, y no pretendo adentrarme ahora en el debatido problema del sujeto pasivo de la acción hipotecaria).

— Por excepción carecen del derecho a ser citados en el ejecutivo ordinario, por lo menos aquellos terceros poseedores de segundo grado que sean simples anotantes, según doctrina jurisprudencial (Resoluciones de 23 de noviembre de 1912 y 12 de noviembre de 1934) y, probablemente, todos los que no sean ulteriores acreedores hipotecarios (art. 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil *a contrario sensu*. Vide también Sentencia de 30 de mayo de 1903 y Resoluciones de 16 de marzo de 1940 y 22 de noviembre de 1974).

b) En la segunda etapa, los genuinos terceros poseedores siguen teniendo derecho a intervenir ahora *motu proprio*, en el procedimiento, inscribiendo antes su título (¿eco del art. 313 de la Ley Hipotecaria?), en cuyo caso se le exhibirán los autos y se entenderán con él las diligencias ulteriores *como subrogado en el lugar del deudor* (59):

— Artículo 134,1 de la Ley Hipotecaria.

— Artículos 38,4 de la misma y 143,1 de su Reglamento.

También tiene derecho, al menos en el judicial sumario (art. 131, duodécima) y en el ejecutivo extrajudicial (art. 235, sexta del Reglamento Hipotecario), ya que quizá no en el ejecutivo ordinario (cf. art. 1.506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a mejorar postura en segunda y ulteriores subastas.

En esta fase los terceros poseedores de segundo grado parece que también podrán inmiscuirse en el proceso, si no como parte subrogada, sí como interesados (GUASP) (60), a los limitados fines de:

— Pagar el débito perseguido con sus recortes institucionales, cosa siempre posible: artículos 1.158 y 1.210 del Código Civil y 131, quinta,2 de la Ley Hipotecaria (cf. *antes del remate*).

— Intervenir en la subasta, pues no van a ser de peor condición que los extraños (arts. 131, decimocuarta de la Ley Hipotecaria; 1.500 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 235, séptima del Reglamento Hipotecario).

— Y hasta mejorar postura, al menos en el ejecutivo extrajudicial (pero, literalmente, sólo si sus inscripciones o anotaciones son anteriores a la nota de expedición de certificación de cargas: art. 235, sexta del Reglamento Hipotecario).

La conclusión que cabe extraer de este *pizzicato* sobre los aspectos más sobresalientes de los artículos en que tradicionalmente se ha basado el concepto de tercer poseedor es la del desdoblamiento de la figura: los artículos 112 y 113 por un lado; 114 y concordantes, por otro; 120 y 121, por un tercero y los procesales, por un cuarto (amén de otros que silencio) protegen a unos sujetos ligeramente diversos en cada caso y necesitados de un cincelado particular que urge acometer doctrinalmente. El único personaje claramente protegido o privilegiado siempre por esos cuatro sectores normativos es el tercer poseedor entendido en sentido estricto, o sea tal y como resulta de las definiciones de ROCA, CAMY, SANZ y GUI-

(59) El sentido de esta última frase del artículo 134, 1. de la Ley Hipotecaria no debe desorbitarse; no se produce una asunción *ex lege* de la deuda por el interviniente extemporáneo, lo que podría ser lesivo para el acreedor y vulnera los artículos 1.205 del Código Civil y 118 de la Ley Hipotecaria, sino una subrogación en su posición procesal, a la que, a lo sumo, podría aplicarse lo dispuesto en el artículo 126, 3, de la Ley Hipotecaria.

(60) *La ejecución...*, cit., págs. 94 y ss., especialmente pág. 99.

LARTE que antes reproduce (y que discrepan solo en cuanto al requisito de la inscripción); pero, a su costado, se amparan y cobijan otros interesados, variables según supuestos (arrendatarios, acreedores hipotecarios, anotantes y así hasta reservatarios y fideicomisarios) a los que he intentado aglutinar bajo la rúbrica, acuñada por CAMY, de *terceros poseedores de segundo grado*.

2. La segunda cuestión que sería interesante elucidar para una apreciación más exacta del acierto de la Resolución que me ocupa y para resolver no pocas dudas, teóricas y prácticas, que de ordinario se suscitan, era la de precisar cuándo se adquiere el dominio en las ejecuciones hipotecarias.

Postergando a la nota 61 el rastrear el problema entre los autores, me limitaré ahora a apuntar un esbozo de solución para lo que creo imprescindible formular las siguientes distinciones:

1.^a Que el rematante sea copropietario o tercer poseedor de los bienes subastados, como imaginan los artículos 84,10.^o2 y 87,11,5 de la L. H. M. (hipótesis a las que cabe asimilar las de que el rematante sea deudor hipotecario-propietario o hipotecante no deudor, también dueño, de la finca subastada) en cuyo caso por las cuotas que les pertenecieran o por la totalidad del inmueble no habría traslación dominical alguna; de ahí que los citados preceptos de la L. H. M. prevean que, en esos casos, no se verificará la adjudicación por el órgano actuante en cuanto a los bienes o fracción de ellos ya pertenecientes al adjudicatario.

2.^a Que el proceso culmine con una adjudicación judicial no necesitada de formalización en escritura, bien por ser una adjudicación en pago de su crédito hecha al acreedor en cualquier clase de procedimiento no notarial (salvo en el ejecutivo ordinario, donde no ha debido ser postor: art. 224 del Reglamento Hipotecario), bien por ser una adjudicación judicial al rematante extraño cuando las reglas procedimentales no prevean trámite alienatorio ulterior (art. 131,17 de la Ley Hipotecaria), en cuyo caso el tránsito dominical se produce al tiempo de dictarse el auto aprobatorio de la adjudicación y eso aunque la tradición material o puesta en posesión (cfr. art. 131 *fine* de la Ley Hipotecaria) se produzca ulteriormente, pues parece que el fenómeno se incardinaría (dentro de los esquemas del art. 609 del Código Civil) más bien en la transmisión por ley que en la transmisión por contrato seguido de tradición. Así lo permiten suponer no sólo los términos claros de la L. H. M. (art. 84,10.^o3: *será título bastante para acreditar el dominio...*) cuanto el hecho inconcuso de que el testimonio del auto, aunque no vaya seguido de puesta en posesión, es directamente inscribible y, por tanto, la resolución que reproduce tiene inmediata trascendencia real (art. 2.^o, primero, de la Ley Hipotecaria).

3.^a Que las leyes prevean el otorgamiento de escritura pública, bien como título único y en todo evento (art. 235, décima del Reglamento Hipotecario), bien como título concurrente cuando la *adjudicación se hiciera a un tercero o al acreedor como mejor postor* (art. 224 del Reglamento Hipotecario); en el primer caso es inconcuso que con la escritura, provista de su natural tradición instrumental (art. 1.462,2 del Código Civil) se transfiere el dominio, dada su inmediata inscribibilidad y lo dispuesto en el artículo 87,11,4 de la L. H. M., y en el segundo parece que también (a pesar del art. 1.498 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, con imprecisa técnica, marca sólo el *postremus dies solutionis* para el deudor), pues solo

en ese momento se entregan al rematante los títulos de propiedad anteriores y se ponen a su disposición material los bienes ejecutados y si lo solicita se le da a conocer como DUEÑO a las personas que él mismo designe (art. 1.515 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y hasta ese instante sería admisible una tercería de dominio según el artículo 1.533,2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que además sinonimiza otorgamiento de escritura y consumación de la venta (61). Lo difícil es perfilar la posición del rematante (o cesionario del remate) hasta el otorgamiento de la escritura, pues el reconocerle una mera vocación o llamada al derecho real, similar a la que tendría un anotante ex artículo 42-1.^a de la Ley Hipotecaria, significaría reverdecir para él la desprestigiada categoría de los *iura ad rem* de contornos imprecisos y discutibles. Me limitaré por ello a reconocerle derecho personal a los frutos producidos desde la subasta hasta el día del otorgamiento y entrega (art. 1.095 del Código Civil), pero no derecho real sobre ellos hasta entonces a menos que gozase de la posesión interina de la finca hipotecada (art. 1.530,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), a plantear el grave problema del caso fortuito (arts. 1.452,1 y 1.182 del Código Civil) y a negarle a dicho rematante poder de disposición sobre los bienes (poder que permanece, por tanto, en el propietario real) hasta la instrumentación de su titularidad.

Esta última conclusión tiene gran interés práctico para el supuesto fáctico de nuestra Resolución, pues evidencia que la venta desde los dos matrimonios ejecutados hasta el señor Granados no parece que constituyera una *venditio rei alienae* fácilmente subsumible en el tipo del artículo 531 del Código Penal (aunque sí en algún otro de su misma sección) y que al encontrarse aquellos legitimados no sólo registral sino también sustantivamente para enajenar (si el embargo no impide la enajenación —artículo 71 de la Ley Hipotecaria— cuanto ni menos una hipoteca —art. 118 de la Ley Hipotecaria y tantos otros— por muy adelantada que esté su

(61) Así lo entienden también los procesalistas que han rozado la cuestión: FENECH: *Derecho procesal civil*, Agesa, Madrid, 1983. «... es la aprobación del remate y no el simple final de la subasta lo que hace procesalmente irrevocable la venta forzosa, aunque dicha aprobación NO PRODUCE POR SI MISMA LA TRANSMISION PATRIMONIAL ENGENDRANDO DERECHOS REALES (Sentencias de 1 de mayo de 1914 y 28 de junio de 1928, y RRDGR de 16 de octubre de 1906 y 25 de octubre de 1929), sino tan sólo efectos o derechos personales entre los sujetos intervinientes» (pág. 491, vide también págs. 502-3); «el plazo de caducidad de la acción de tercería se extiende, en consecuencia hasta inmediatamente antes de CONSUMARSE LA TRANSMISION DEL DOMINIO resultado del procedimiento de apremio (Sentencia de 5 de enero de 1899, 7 de octubre de 1903 y 3 de noviembre de 1972)» (págs. 523-4). Se muestra conforme con esta última afirmación MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ LÓPEZ. *La tercería de dominio*, Montecorvo, Madrid, 1980: «En definitiva, procede (la tercería de dominio) mientras no se haya consumado la venta y SE HAYA ADQUIRIDO PLENAMENTE LA PROPIEDAD por otra persona» (pág. 415). La opinión de HERCE QUEMADA, en su obra conjunta con GÓMEZ ORBANEJA *Derecho procesal civil*, 8.^a ed., vol. 2.^o, Madrid, 1979, es menos clara, pues se limita a decir que «la subasta es un verdadero contrato de compraventa caracterizado por la intervención del órgano jurisdiccional. Con la consignación del precio el rematante cumple la obligación que como comprador le incumbe. La aprobación del remate sólo supone el perfeccionamiento de dicho contrato que se consuma con el otorgamiento de la escritura», y a renglón seguido critica la necesidad de ésta (pág. 278). GUASP: *Derecho procesal civil*, 3.^a ed., I, I.E.P., Madrid, 1968, no se plantea el problema del momento exacto de la transmisión dominical dentro de la enajenación forzosa judicial y se limita a decir que «la transmisión por subasta se perfecciona tan pronto como existe un mejor postor definitivamente aceptado por el Juez» (pág. 461), considerando innecesario *lege ferenda* tanto la aprobación ulterior del remate como el otorgamiento de escritura. La misma inexpresividad en RAMOS MÉNDEZ *Derecho procesal civil*, Bosch, Barcelona, 1980, pág. 1047. Algo más explícito, en cambio, PRIETO CASTRO, ya desde su antigua obra *Exposición del Derecho procesal civil de España*, tomo II, Zaragoza, 1945: «El otorgamiento de la escritura es el acto de consumación de la venta, la aprobación del remate es sólo acto de perfeccionamiento (en nota: Tribunal Supremo, 5 de enero de 1899. El contenido del art. 1.498 no contradice esta tesis); distinciones éstas que tienen interés para las reclamaciones de terceros» (pág. 493), pues, en efecto, luego (pág. 517) justifica el artículo 1.533, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que «los bienes han salido ya del poder del deudor».

respectiva ejecución) (62) no parece posible excluir que su adquirente devino tercer poseedor a todos los efectos entonces posibles (v. gr. rescate de mejoras *portables* que hubiera hecho). Y entre esos efectos ya vimos en la cuestión anterior que se encontraba el de tener derecho a una citación judicial si su inscripción se producía antes de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas (como así fue por inexistencia de dicha nota). Mas como esa citación ya era procesalmente estéril surge la colisión entre dos sujetos igualmente inocentes, en principio: el tercer poseedor de última hora, por un lado, y el adjudicatario de los bienes, por otro. Y ya he apuntado que esa colisión, anómala e insólita (puesto que acaece por una incorrecta —aunque disculpable— omisión registral) la resuelve la Dirección General dando preferencia, sin razones, al pretendiente que advino por el cauce procesal, cuando, en mi opinión, se la debió atribuir por aplicación del principio de prioridad, desde el momento en que su derecho enlazaba con una inscripción de hipoteca anterior a la venta, a cuyo *ius distrahendi*, incluso no impolutamente canalizado, quedaba sujeta ésta (arts. 104 de la Ley Hipotecaria y 1.876 del Código Civil).

3. Por último, la tercera cuestión en que hubiera sido conveniente profundizar para una cabal aprehensión de todos los matices del caso sometido a la consideración del Centro Directivo, era la de la subsistencia y sentido del artículo 36 de la Ley de 1872, repetido dos veces en 1928.

Ya he expuesto la sugerencia que apunta PEÑA (en armonía con su original y argumentada idea, con la que simpatizo, de que no hay casos de asunción automática o *ex lege* de la deuda hipotecaria por transmisión de la finca hipotecada) (62 bis), acerca de que aquel precepto pudo haber sido derogado por la disposición final del Código Civil. Esa vía discursiva

(62) Ya vimos en la nota 22 cómo la Resolución de 1933, sin decidirse por ella, se hizo eco de la errónea opinión de que la nota marginal de expedición de la certificación de cargas equivalía a una anotación de prohibición absoluta de enajenar, y cómo, en cambio, la de 1943 claramente se pronunció porque dicha nota «no tiene virtualidad para provocar el cierre del Registro ni paralizar las facultades dispositivas del deudor».

(62 bis) Con lo que reverdece una antigua polémica no del todo esclarecida. Paladín de la asunción automática de las cargas preferentes a la ejecutada puede considerarse a ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, IV-1.º, págs. 427 y ss.), y en su misma línea cabe citar a JERÓNIMO GONZÁLEZ («La Memoria de este año», R. C. D. I., 1929, pág. 120, reproducido luego en sus *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, II, págs. 139 y ss.), GUASP («La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», R. C. D. I., 1942, pág. 392; el mismo, «En torno al procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles», *ibidem*, 1945, págs. 154 y ss., y el mismo, finalmente, en *La ejecución procesal*, cit. en nota 1, página 146, nota 3). SANZ («Compraventa de finca hipotecada», conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona el 21 de abril de 1944, citada por ROCA SASTRE) y LÓPEZ TORRES («Subrogación hipotecaria», R. C. D. I., 1948, págs. 14 y ss.) El principal argumento que esgrime ROCA para este supuesto de asunción *ex lege* —los de los arts. 140 y 157 de la Ley Hipotecaria son más marginales y no desciendo ahora a ellos— es el que deriva del tenor literal de las reglas 8.ª, 10.ª y 13.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cuyo criterio resulta extensible, a su juicio, al ejecutivo ordinario ex artículo 133, 2.º de la Ley Hipotecaria. En contra de la asunción automática se manifestaron BLÁZQUEZ («El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles Edictos. Precio. Liquidación de cargas. Subrogación. Principio de cobertura», R. C. D. I., 1944, págs. 364 y ss.), RUIZ ARTACHO («Cuestión resuelta por el Reglamento Hipotecario», R. C. D. I., 1947, págs. 600 y ss.) y ALFREDO REZA («La subrogación en las cargas preferentes», R. C. D. I., 1950, págs. 43 y ss.), apoyado el segundo, sobre todo, en el tenor del artículo 231 del Reglamento Hipotecario. Este torturante precepto reglamentario no resultaba, con todo, absolutamente decisivo, no tanto por su rango, cuanto por sus internas contradicciones: Para ROCA —*op. cit.*, págs. 439 y ss.— el pago hecho por el deudor o tercer poseedor que les da derecho a subrogarse en el gravamen preferente extinto se verifica, según la letra del precepto, *antes* de la subrogación (potior, asunción) del rematante o adjudicatario en la responsabilidad de las cargas anteriores. Para RUIZ ARTACHO, *después*, por lo que el artículo evidencia en su opinión que seguía siendo «deudor» el ejecutado que lo fuese también antes del remate. Hay que reconocer ecúanimemente que apoya a ROCA SASTRE:

1.º El tiempo del verbo («hubiese sido satisfecho») que denota una cierta prioridad respecto del participio inicial «subrogados», aunque quizá la comparación cronológica se debiera hacer, en estricta gramática, con relación al verbo principal «se entenderán subrogados».

2.º La analogía con el artículo 232 del Reglamento Hipotecario que se remite (acaso sin error, pese a lo que entiende ROCA) a los dos artículos anteriores —entre ellos, por tanto, el 231—, pues en

se me antoja peligrosa porque el precepto fue reglamentariamente confirmado después del Código, autoinvocando incluso el artículo 92 del Real Decreto de 3 de noviembre de 1928, su condición de reglamento ejecutivo.

Parece preferible, entonces, reinterpretarlo en sus justos términos desarrollando la otra sugerencia que, cumulativamente, también formula PEÑA, cuando recuerda que los Estatutos del Banco, aunque reproducen la norma de la Ley de 1872 dan por supuesto que el primitivo deudor sigue siendo el *deudor personal*.

En efecto el artículo 95 del Real Decreto de 3 de noviembre de 1928, después de reiterar fidedignamente el precepto legal, añade a renglón seguido:

Presentará asimismo (el adquirente) en la Secretaría del Banco certificación en forma del Registro de la Propiedad, dentro del término de tres meses que acredite que la finca hipotecada está inscrita a su nombre.

Si no cumpliera cuanto queda prevenido en este artículo, en los plazos que en él se señalan, podrá exigir el Banco el reembolso íntegro del préstamo y el pago de la indemnización del 3 por 100 del capital reembolsado. El deudor primitivo (el subrayado es mío) con quien contrató el

él el evento de no nacimiento de la deuda se ha producido, por hipótesis, antes de la subrogación por el rematante, aunque a lo mejor el plazo máximo concedido para aquel nacimiento no expiraba hasta después de la referida subrogación y así lo presupone el precepto

Y 3.º El que imagine que el pago lo efectúe no sólo el deudor, sino también el «tercer poseedor», comportamiento poco verosímil tras el remate y más lógico antes de él; pero PEÑA (*op cit* página 459, nota 15) intenta justificar el proceder de dicho tercer poseedor en que «podía estar personalmente comprometido (frente a su respectivo vendedor sólo) al pago de la deuda», es decir, podía estar vinculado con una asunción puramente interna o «inter partes» que, por lo que fuera, no le interesaba transgredir.

En cambio, respalda la hermenéutica de RUIZ ARTACHO

1.º El que la interpretación contraria conduce a la consagración inevitable en esos preceptos (artículos 231 y 232) de una hipoteca de propietario (insólita en nuestro sistema), durante el período que discurre entre el pago extintivo y subrogatorio por el dueño de la finca, sea deudor, sea tercer poseedor, y la subrogación por el rematante o adjudicatario

2.º La remisión al artículo 118 de la Ley, donde el pago es posterior a la asunción (en el voluntaria) de la deuda

Y 3.º La previsión del párrafo segundo de que se ha de manifestar en la escritura o acta de pago «que se hace uso de la subrogación», lo que de afirmarse antes del remate significaría que en el gravamen preferente satisfecho no se produciría la confusión extintiva decretada por el artículo 1.192, 1, del Código Civil.

Por todo ello, concluyo que el artículo 231 (y aún el 232 del Reglamento Hipotecario, rectamente interpretado) inclinaba más a la tesis de BLÁZQUEZ, RUIZ ARTACHO y REZA que a la menos fundada de ROCA y cooipinantes. Entre estos últimos, LÓPEZ TORRES se quedaba perplejo ante la siguiente situación que imaginaba: «el rematante o adjudicatario, posteriormente a la adquisición, con la subsistencia de las cargas preferentes, transmite la finca a título oneroso a otra persona. El tercer adquirente, está subrogado en la responsabilidad derivada del crédito, además de en la ineludible responsabilidad hipotecaria», aunque fuese tercer poseedor?, y conclufa, con arte de prestidigitador, disolviendo para ese caso la deuda en el vacío, de manera que no respondían de ella ni el primitivo deudor, ni el rematante o adjudicatario ni el tercer poseedor que adquiriera de éstos (*op. cit.*, págs. 15-16). Y el propio ROCA considera «tan absurda esta subrogación en el débito personal, cuando la hipoteca subsistente sea de las en garantía de títulos u obligaciones objeto de una emisión, que creemos que cabe sostener la improcedencia en ellas de tal subrogación en la responsabilidad personal correspondiente» (*op. cit.*, pág. 432, nota 4), sin que yo alcance a vislumbrar qué factor cualitativo y no cuantitativo de esos débitos hipotecarios le lleven a exceptuarlos del criterio que sustenta con carácter general. Mas, en fin, ahora la tesis de no subrogación automática sustentada por los tres autores citados ha experimentado un significativo respaldo merced a la incorporación de PEÑA con demoleedores argumentos a los que remito (véase la nota 18 de la pág. 460 de su libro). Todavía si se cree que es insalvable el obstáculo de las reglas 8.ª, 10.ª y 13.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria puede coherenarse las dos posturas con una solución como la que me veo obligado a admitir en el texto para las hipotecas a favor del Banco Hipotecario de España: Asunción parcial no liberatoria de la deuda por parte del rematante o adjudicatario en la que, en consecuencia, el primitivo deudor continúa siéndolo en su integridad y se le superpone como codeudor y en la cifra afectante exclusivamente a la finca (arts. 114, 120-1, etc., de la Ley Hipotecaria) aquel rematante o adjudicatario.

Banco —sin perjuicio de las demás obligaciones que tiene (idem) con arreglo a la Ley Hipotecaria y al contrato— o el que antes se hubiese subrogado en su lugar, dará igualmente cuenta a aquél de la enajenación total o parcial de la finca hipotecada, dentro del término de un mes, aunque esté al corriente en el pago de sus anualidades. Si no lo hiciere, podrá el Banco exigirle, por acción personal contra todos sus bienes, el reembolso íntegro del préstamo y el pago de la indemnización del 3 por 100 del capital reembolsado, o por acción real y personal si la enajenación de la finca hipotecada hubiese sido parcial...

Cabe inferir, pues, que la interpretación que el propio Reglamento daba de su modelo legal era la siguiente:

— En el primer párrafo del artículo 36 (*cuando la finca hipotecada cambie de dueño, quedará de derecho subrogado el adquirente en todas las obligaciones que, por razón de ella, hubiere contraído su causante con el Banco*), se decreta un efecto similar al que entiende PEÑA que ocurre según las reglas 8.ª, 10.ª y 13.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y que el artículo 133,2 extiende a toda ejecución inmobiliaria y que consiste en que, como el adquirente de la finca habrá descontado o retenido del precio el importe del gravamen hipotecario (y así lo presume el legislador en toda transmisión de finca hipotecada al Banco Hipotecario de España), asume, frente al vendedor pero en beneficio del titular del gravamen, un compromiso de pago de la obligación garantida en cuanto afecta a la finca que adquiere y no en cuanto al total importe de la obligación que pudiera afectar a otros bienes del deudor o al total patrimonio de éste. En otras palabras, la Ley da por supuesto que el comprador de la finca hipotecada se compromete por la presunta retención o descuento (presunta pero quizá sin admitir prueba en contrario) a convertirse en codeudor (o fiador solidario si no ha habido realmente retención o descuento) del débito en la fracción exclusiva que afecta al inmueble (¿con la garantía única de éste como si para el adquirente se tratase de un caso del artículo 140 de la Ley Hipotecaria?: no tiene apoyo positivo ese *desideratum*). El transmitente sigue siendo deudor por el todo, inclusive por el importe afectante a la finca enajenada, y simplemente cuenta a su favor y preferentemente frente a él (frente al acreedor hipotecario más bien constituirá una especie de estipulación legal en favor de tercero) con el compromiso de asunción parcial de la deuda a título de codeudor (o fiador) que al adquirente le imponen, en un caso, los trámites ejecutivos, y en otro, el nuestro, el privilegio legal. Como la asunción es parcial, dirigida inicialmente al transmitente y no liberatoria de éste, puede afirmarse que el adquirente es un tercer poseedor con todas las consecuencias legales antes repasadas brevemente, en especial disfrutar de los topes de los artículos 114, 120 y 121 de la Ley Hipotecaria. Así se explica el que el artículo 36,1 con su decimonónico estilo prevea la subrogación *de derecho* solo en las obligaciones que *por razón de ella*, de la hipoteca (= en la medida afectante a la finca hipotecada) hubiere contraído su causante. Y así se explica, porque estamos ante la presunción *iuris et de iure* de un simple compromiso de asunción parcial como codeudor de la deuda hipotecaria, el que el Banco pueda dirigirse contra el *primitivo deudor* que sigue siéndolo íntegro, no sólo para reclamarle el importe del débito y su sanción, si incumple su obliga-

ción de informar puntualmente de la enajenación total o parcial de la finca, sino también para reclamarle todas las demás obligaciones que tiene con arreglo a la Ley Hipotecaria y al contrato (art. 95,2 de los Estatutos (63) (64).

(63) La Sentencia de 19 de diciembre de 1972 (ponente: JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO) no coincide con mi interpretación. En ella, vendidas por precio aplazado dos fincas rústicas hipotecadas a favor del Banco se pactó con más o menos nitidez que la sociedad compradora se haría cargo, además, de las obligaciones consiguientes a la hipoteca que pesaba sobre las fincas así se declaró en un primer pleito en el que se resolvió también sobre la elevación a público del negocio en esos términos. Al no conformarse la entidad compradora, se solicitó en un segundo pleito por el vendedor la resolución del contrato ex artículo 1.124 del Código Civil, a lo que accede el Tribunal Supremo, en última instancia, afirmando en el considerando segundo de su primera sentencia que:

«El primer problema jurídico que es preciso resolver teniendo en cuenta cuanto queda expuesto es el de la naturaleza de la obligación que se discute y la determinación consiguiente del sujeto pasivo de la misma, no por lo que se refiere a la carga hipotecaria, de carácter real, transmitida con la finca a virtud de lo dispuesto en el artículo 1.876 de nuestro primer Código sustantivo, ajena, por ello, al debate de los pleitos habidos, sino en lo que implica de obligación personal derivada de los préstamos concedidos, consistente, como se ha dicho, en el pago de los vencimientos periódicos a la presentación de los recibos extendidos por la entidad prestamista siendo de tener presente a este respecto que el acreedor, es decir, la entidad referida, es el Banco Hipotecario de España, cuya Ley creadora de 2 de diciembre de 1872 dice en su artículo 36 que "cuando la finca hipotecada cambie de dueño, quedará de derecho subrogado el adquirente en todas las obligaciones que por razón de ella hubiere contraído su causante con el Banco.", disposición que se mantiene inalterada en el artículo 13 del Decreto-ley de 4 de agosto de 1928 —que aprueba el Estatuto Orgánico del Banco— y en el Real Decreto de 3 de noviembre de 1928 que contiene sus Estatutos, obligaciones que no son sólo las estrictamente hipotecarias, cuya mención a estos efectos sería intrascendente dada la inherencia del gravamen antes mencionada, en los bienes transmitidos, sino también las personales, según se comprueba en el párrafo 3.º del artículo 95 de la última de las disposiciones citadas, que permite al Banco exigir del adquirente el reembolso íntegro del préstamo más la indemnización del 3 por 100 del capital si no cumple con su deber de poner en conocimiento de la entidad la transferencia efectuada y además habla también del causante como de deudor primitivo, señal inequívoca de que aquél es no sólo el titular pasivo de la hipoteca, sino asimismo el nuevo deudor.» Pero todo lo anterior constituye un mero *obiter* por cuanto en el siguiente considerando se afirma que «las resoluciones judiciales recaídas tanto en el anterior procedimiento como en el que es precedente de este recurso, reconocieron de manera expresa que en el caso concreto que se contempla era obligación del comprador el pago de los vencimientos del préstamo, llegándose a decir en la sentencia recurrida que "el importe del préstamo fue tenido en cuenta al señalar un precio y unas condiciones de pago que bien pueden estimarse beneficiosas para el adquirente, consciente de este deber subrogatorio de asunción del préstamo", con lo que se hace entrar en juego la norma contenida en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria».

Conviene precisar en contra de los argumentos, siquiera sean a mayor abundamiento, del Tribunal Supremo que si el artículo 95 de los Estatutos prevé que el Banco pueda exigir al adquirente el reembolso íntegro del préstamo, es porque presupone que dicho importe se halla cubierto con el valor de la finca hipotecada que suele ser superior a aquél: de ahí que no haga las mismas distinciones entre acción real y personal que formula a propósito del «primitivo deudor», que sigue siéndolo, y al que se le califica así, no porque desaparezca de la escena, que para eso precisaría el consentimiento del acreedor, sino para distinguirlo del nuevo deudor parcial que, hasta el tope de la cifra de responsabilidad afectante a la finca (¿y con la garantía única de ésta?: ya he dicho que no hay pie), se sitúa a su lado. Además, si el vendedor hubiera quedado absolutamente desligado de su compromiso frente al Banco, ¿qué interés legítimo puede tener para instar la resolución de la compraventa a la que accede el Tribunal Supremo?

Es dudosa cuál es la interpretación que el propio Banco hace de su privilegio: A primera vista da la impresión de que para él, tras sus hipotecas, no puede surgir nunca un genuino tercer poseedor, pero si terceros poseedores de segundo grado que, paradójicamente, resultan más protegidos que aquél. Así de una reciente (junio de 1983) minuta de escritura de préstamo a promotor para la construcción de V. P. O. con apertura de c/c. de disponibilidad por fases constructivas, tan frecuentes en nuestras Oficinas, entresaco los siguientes datos:

Por un lado (¿protección a terceros de segundo grado?), en la cláusula 13.ª se constituye la hipoteca en garantía, entre otras cosas, de los intereses pactados, pero con el tope de cinco anualidades, y en la 14.ª se distribuye la responsabilidad entre los diversos departamentos hipotecados.

Por otro lado, y como palmarias muestras de negación del estricto tercer poseedor, destaco:

— Que en la cláusula 13.ª, a propósito de la extensión objetiva de la hipoteca, se dice «Esta hipoteca será extensiva a cuanto determinan el artículo 334 del Código Civil y los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria y, además, a los frutos, rentas y muebles a que se refiere el artículo 111 de la misma, y a las mejoras que existan o en adelante se realicen, incluso edificaciones levantadas donde antes no las hubiera, sea cualquiera la persona que las haya costado, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872».

— Y que en la 12.ª se impone a los hipotéticos adquirentes obligaciones de ocupación de la finca en tres meses, de asegurarla, etc.

Pero, finalmente, la opinión del propio Banco queda sumida en la mayor confusión cuando:

— En la cláusula 2.ª el promotor se obliga a vender necesariamente con subrogación en la deuda hasta el punto de que el incumplimiento de dicha cláusula precipita el vencimiento del préstamo.

— En el párrafo segundo (*El adquirente dará conocimiento al Banco de su adquisición dentro de los quince días posteriores al en que se consume, y si no lo hiciere le perjudicarán los procedimientos que aquél dirija contra sus causantes para el cobro de sus créditos*), el legislador de 1872, en una época en que no había, ni por-asomo, trámite alguno de nota que separase las dos fases de tercer poseedor procesal a que antes me referí, ordena a los adquirentes de fincas hipotecadas a favor del Banco Hipotecario de España que sean ellos los que se den a conocer *motu proprio* a la Entidad acreedora y dentro de un plazo perentorio a fin de gozar del derecho a ser requerido de pago que entonces concedía a los terceros poseedores el artículo 127 de la Ley Hipotecaria de 1869. Si incumplían dicha comunicación, esos terceros poseedores verían caducado su derecho al requerimiento y subsiguiente intervención y les perjudicarían los procedimientos que se dirigieran contra el deudor hipotecario principal. Claro que esto era así en un proceso, el del artículo 34 de la Ley de 1872 en que no se prevé el hoy imprescindible trámite de la solicitud de certificación de cargas (imprescindible para la adecuada valoración del inmueble); por eso cuando se le integra con el mismo (vía art. 92, *fine* de los Estatutos) el tercer adquirente de finca hipotecada al Banco pasa a gozar del derecho a ser requerido y secuelas que por ejemplo consagra el artículo 126 de la Ley Hipotecaria, incluso aunque no hubiese notificado particularmente en plazo a la Entidad prestamista, el hecho de su adquisición. El artículo 36,2 de la Ley constitutiva del Banco pertenece a una regulación procedimental hoy superada y su dictado que, con todo, conviene cumplir para el control del Banco y sus recibos, sólo puede tener interés para la fase posterior a la expedición de la certificación de cargas y su nota. Pero ahí ya están igualados los terceros poseedores de hipotecas del Banco Hipotecario de España y los de cualesquiera otras hipotecas: solo si intervienen a tiempo podrán hacer valer las facultades que antes examiné. La única diferencia, casi perjudicial para el Banco y explicable acaso por su carácter cuasi-oficial de siempre, estriba en que la existencia de un tercer poseedor en los otros casos hay que hacerla saber al Juzgado personándose en autos

— Y en la cláusula 8.ª —Normas— se afirma que «*Las partes se someten expresamente a las disposiciones reguladoras de las operaciones activas del Banco Hipotecario de España contenidas en la Ley de 2 de diciembre de 1872, Real Decreto de 3 de noviembre de 1928 y concordantes, y, conforme a lo establecido en las mismas, los adquirentes de los bienes hipotecados quedarán subrogados en todas las obligaciones que haya contraído su causante con el Banco, en los términos que aquéllas prescriben Sin perjuicio de ello, se mantendrá la obligación del promotor, que éste asume con carácter personalísimo, de cumplir cuanto se previene en la estipulación 3.ª de esta escritura (la de disposición condicionada); y también se mantendrá su responsabilidad personal frente al Banco para el cumplimiento de las demás obligaciones contraídas en esta escritura, mientras, por cualquier causa, no resulten asumidas por el adquirente. Mientras sea deudor del Banco el promotor, la deuda derivada de esta operación se considerará indivisible. Sólo cuando se hayan subrogado los respectivos adquirentes, se entenderá como deuda separada la correspondiente a cada departamento adquirido por persona distinta, conservando el Banco la facultad de no admitir pagos parciales sobre la totalidad de la deuda del promotor.*»

(64) Además refuerza mi interpretación el artículo 93 de los Estatutos del Banco, el cual al prescribir que «*el secuestro y en su caso la enajenación de las fincas hipotecadas no se suspenderá por demanda que no se funde en algún título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor, ni por la declaración en quiebra o concurso del mismo o del dueño de la finca hipotecada*», viene a contraponer las figuras del deudor y del propietario del inmueble gravado, claro que se puede circunscribir esa disociación exclusivamente al supuesto de hipotecante no deudor, pero si admitimos, como parece lógico, la posible existencia de un «fiador real» en las hipotecas constituidas a favor del Banco Hipotecario de España, S. A., la aporía a que nos conduce la tradicional interpretación del artículo 36 de su Ley constitutiva sube de punto, ya que si el dueño del inmueble lo enajena, estará transmitiendo la deuda garantida no sólo sin el consentimiento del acreedor, sino hasta sin el consentimiento del primitivo deudor!

y aquí basta con ponerlo en conocimiento privado de la Entidad acreedora, aunque no se columbra muy bien con qué consecuencias.

En suma *aterrizando* en nuestro caso, el señor Granados no pudo ser nunca deudor hipotecario (en sentido estricto) del préstamo garantizado con la hipoteca, sino a lo sumo codeudor de la cifra que afectase a su finca y por ello su posición se asemeja (si no coincide) a la de un tercer poseedor. A efectos procesales, al no constar en autos su titularidad y ser ya inútil el trámite no pudo ser citado, cual deben serlo todos los terceros *pre-nota* (como en rigor era), y al no ser advertido de la vertencia actual del procedimiento mediante la aquí omitida nota marginal de expedición de la certificación de cargas, debió al menos ser catalogado como tercer poseedor *post-nota* en el sentido de que podía haberse personado en autos si ello le hubiese reportado alguna ventaja (tras la firmeza de la subasta, quizá solo para rescatar mejoras separables ya que no para hacer valer topes). Mas como su titularidad, según vengo repitiendo, debe ceder ante aquella en que ha desembocado la prioritaria hipoteca, sus únicas posibilidades consisten en reclamar resarcimientos de quienes le situaron en su indefensa posición.

J. M. R. P.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

POR FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO
JOSÉ QUESADA SEGURA y
JOSÉ CERDÁ GIMENO

II. DERECHOS REALES

IDENTIFICACION DE MARCAS: CONFRONTACION DE ESTAS EN SU TOTALIDAD (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1981).

Hechos.—Syntex Fharmag demandó a don José María Jorba Puigsubira sobre nulidad de las marcas Penisintex, Penisintex Diclo y Penisintex Gamma, fundando su derecho en el depósito de la marca Syntex en la Oficina Internacional el 17 de abril de 1948, habiéndola transmitido a Syntex Ibérica, S. A. el 3 de abril de 1975 y notificada la transmisión posteriormente a la Oficina Internacional. Mientras el señor Jorba registró la marca Penisintex el 12 de julio de 1960 y posteriormente sus derivados, existiendo identidad de marcas. La Audiencia Territorial de Madrid desestimó la demanda por considerar inexistente la identidad estableciendo que «la comparación de las marcas en litigio debe hacerse confrontándolas en su conjunto y no aisladamente en alguno de los elementos que la integran». Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, éste fue rechazado por la causa de inadmisión novena del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero previamente en méritos a la doctrina que contiene fundamentalmente el penúltimo considerando el alto Tribunal examina qué es una marca, y cuál es la actitud que ante los problemas de identidad deben adoptar los Organos Jurisdiccionales:

«Considerando: Que el artículo 118 del Estatuto de la Propiedad Industrial define la marca como «signo o medio material, cualquiera que sea su clase y forma, que sirve para señalar y distinguir de los similares los productos de la industria, el comercio o el trabajo», siendo «enunciativa y no limitativa», la enumeración de lo que, según el siguiente artículo 119, puede constituir marca, entidad ideal de finalidad identificadora de la común procedencia de los productos y cuya virtualidad ha de buscarse en el efecto distintivo o identificador, logrando o intentando —como se com-

prueba con la lectura del último citado artículo— bien mediante una combinación de fonemas (marca dominativa) de trazos o colores, etc. (gráfica) o de elementos de aquella o esta naturaleza (mixta), pudiendo poseer un significado o bien carecer de él, ya que su naturaleza consiste en contra-señar el origen de los productos y en ese designio se agota, radicando el interés de la misma en su operabilidad para diferenciar de manera clara, eficaz y rotunda, a primera vista y con seguridad, y sin necesidad de una detenida pormenorizada investigación, ajena por completo a los usos del tráfico, de donde el que se excluyan los distintivos que no ya por su identidad, sino por su mera semejanza, pueden inducir a error o confusión respecto de otros; ... y es por ello que la jurisprudencia, atenta a la necesidad de computar, matizadamente, todas las circunstancias concurrentes en cada caso y aptas para frustrar o apelar la indicación de la comunidad de origen que las marcas garantizan, renuncia anticipadamente al establecimiento de reglas fijas que ordinariamente la Ley no le proporciona y se enfrenta siempre con las peculiaridades fácticas del concreto supuesto en cuestión para concluir acerca de la identidad o de la semejanza, fuera del caso, ciertamente excepcional, del párrafo segundo del artículo 124 del Estatuto de la Propiedad Industrial en el que la misma Ley sienta un obligado criterio de semejanza fonética.»

INFORME ASESORIA TECNICA DEL REGISTRO (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1982).

Hechos.—Don Enrique Sánchez Casadevall solicitó el registro de un modelo de utilidad, a cuya inscripción se opuso don Blas González Peñas, habiéndose concedido el registro, pese a la oposición, el señor González Peñas recurrió ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia, quien declaró no ajustado a derecho el expediente, debiendo reponerse al trámite de informe de la Asesoría Técnica del Registro de la Propiedad Industrial. Apelada la Sentencia por el Abogado del Estado y don Enrique Sánchez Casadevall, el Tribunal Supremo lo desestima en base al siguiente argumento:

«Que a tenor del artículo 311 del Estatuto de la Propiedad Industrial, es función propia de la Asesoría Técnica del Registro, ejercida por funcionarios del Cuerpo de Ingenieros Industriales, informar sobre la calificación de los modelos cuando se suscite oposición a los solicitados; y que las órdenes del Ministerio de Industria y Comercio de 13 de abril de 1946 y 29 de noviembre de 1949, especialmente en el artículo 4 de cada una de ellas, complementan aquel precepto, puntualizando que será función preceptiva de la Sección Técnica que se crea al ampliar la Asesoría, la que se determina en el precepto citado, esto es, la de emitir informes en los expedientes de concesión y en las oposiciones y recursos promovidos por terceros interesados; ... que el mencionado trámite es esencial, dado que se trata de apreciaciones referentes a objetos, formas, funcionamientos, para lo que el título facultativo determinado es garantía de acierto y capacidad, por lo que su omisión integra nulidad de las actuaciones practicadas después de incurrirse en ellas...».

ELEMENTOS FONETICOS DIFERENCIALES DE UNA MARCA (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1982).

Hechos.—Faberge Incorporated interpuso recurso Contencioso-Administrativo por la concesión a Monna Lisa, S. A. de la marca 670.663 «Brutus» para designar artículos de la clase A del mismo Nomenclátor.

Contra la resolución del Registro y la desestimación tácita del recurso de reposición se interpuso el Contencioso-Administrativo ante la Audiencia Territorial de Madrid, y, rechazado éste, se interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Supremo volviendo a ser rechazado por la doctrina contenida en el siguiente:

Considerando: Que a tenor de cuanto se ha expuesto, y teniendo igualmente en cuenta que la comparación de las denominaciones confrontadas debe hacerse en su conjunto y no descomponiéndolas en sus elementos parciales, forzosamente ello debe determinar que cuando el conjunto va acompañado de elementos diferenciales claros acusados, procede la concesión solicitada, que es, precisamente, lo que ocurre en el presente caso, toda vez que la denominación de las marcas ahora enfrentadas son suficientemente diferentes, al ser la concedida bisílaba y la opuesta monosílaba, la primera llana y la segunda aguda, existiendo también una acusada falta de semejanza fonética y gráfica entre aquéllas, derivada de la distinta terminación de ambas denominaciones, y, por último, debe igualmente destacarse que, además de que los productos amparados por las marcas en cuestión, se encuentran comprendidos en distintas clases del Nomenclátor, lo que de por sí es un factor decisivo, según tiene ya declarado reiteradamente este Tribunal, son indudables las diferencias existentes entre desodorantes de ambiente, y perfumes, esencias y cosméticos, lo que debe evitar todo riesgo de confusión o error en los consumidores de los aludidos productos, máxime cuando, insistimos, resalta a la vista y al oído la falta de semejanza de los respectivos elementos denominativos, lo que conduce a declarar la compatibilidad de las dos marcas ahora examinadas.

VALORACION DE IDENTIDAD DE MARCAS: FACULTADES DE LOS TRIBUNALES (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Hechos.—Schmidtstahwer Artengesellschaft interpuso demanda contra doña Consuelo Martínez Molina reclamando la nulidad de la marca Torsid por similitud con la marca Tor, registrada a su favor, que se resolvió por la Audiencia Territorial de Barcelona en el sentido de no haber lugar a la demanda, entablándose recurso de casación por infracción de Ley, basándose en los siguientes motivos:

1.º Que el artículo 124, párrafo 1.º, caso 1.º, del Estatuto de la Propiedad Industrial no concede facultad al Juez para apreciar similitud de denominaciones, sino que establece cuándo hay o no semejanzas entre varias denominaciones.

2.º Infracción del artículo 6 bis del Convenio de París para la protec-

ción de la Propiedad Industrial, por notoriedad internacional de la marca Tor.

3.º Infracción del artículo 124, caso 11, del Estatuto de la Propiedad Industrial.

4.º Error de hecho en la interpretación de la prueba.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso en base a la siguiente doctrina:

En cuanto al primer motivo porque como tiene ya determinado el Alto Tribunal en reiterada jurisprudencia, la argumentación del recurrente va dirigida a sustituir por su propia valoración la valoración del Tribunal, ya que en el artículo 124, párrafo 1.º, caso 1.º, del Estatuto de la Propiedad Industrial no se impone a los Tribunales un principio de obligado e insoslayable cumplimiento que haría innecesario acudir a ellos en tales hipótesis, sino que se limita a señalar determinados supuestos de semejanza fonética que no impiden que puedan tenerse en cuenta otros aspectos para apreciar si existen similitudes o diferencias de pronunciación e incluso visuales entre marcas.

En cuanto al segundo motivo el Tribunal Supremo mantiene que no existe posibilidad de anulación de una marca por semejanza fonética con otra, cuando la sílaba tónica, en este caso Tor, aparece en otras marcas con anterioridad a los registros de las hoy en litigio, ya precedida o seguida de otras sílabas. Sin que el convenio de París suscrito por España modifique esta circunstancia, pues el efecto que produce en cuanto a marcas notorias es reforzar la prioridad pero nunca reforzar la prioridad registral de estas marcas en perjuicio de las demás.

En cuanto al tercer motivo por ser adecuados los argumentos gramaticales y fonéticos del Tribunal *a quo*.

Y por último en cuanto al cuarto motivo por haber estado correctamente apreciadas por el Tribunal de instancia las certificaciones del Registro de la Propiedad Industrial que valoró este Tribunal en su momento, como prueba, adecuadamente.

F. J. F. F.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EL ERROR SOBRE LA SUSTANCIA EQUIVALE AL EQUIVOCADO CONOCIMIENTO DE LAS CUALIDADES QUE HAN DETERMINADO LA DECLARACION DE VOLUNTAD (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—El error en la sustancia, manifestación la más característica del error vicio, con ejemplos que arrancan del Derecho romano y han pasado a nuestro Derecho histórico, cobra en el artículo 1.266 del Código Civil una más amplia dirección, pues si menciona la «sustancia» ni la desliga de la motivación del contrato y por ello habrá de entenderse, con la más autorizada doctrina, que el error sobre la sustancia equivale a intelección defectuosa o equivocado conocimiento de las cualidades que han determinado la declaración de voluntad como causa con-

creta, para desvelar la cual serán de ordinario reveladoras las expresiones de los otorgantes sobre lo que constituye la finalidad del negocio, y si acomodándose al sentido inequívoco del precepto la jurisprudencia adopta una concepción subjetiva en trance de valorar la esencialidad, no por ello deberán desecharse los criterios objetivos, puesto que generalmente la común opinión del tráfico económico-jurídico sobre lo que es relevante y primordial en el bien objeto del contrato, coincidirá con lo deseado por las partes al emitir su declaración.

LOS JUECES TIENEN LA FACULTAD DE ESCOGER LA NORMA JURÍDICA APLICABLE. SI EL CONTRATO PRELIMINAR REUNE TODOS LOS ELEMENTOS DEL DEFINITIVO, PUEDE EXIGIRSE EL CUMPLIMIENTO DE ESTE ÚLTIMO (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—En nuestro ordenamiento jurídico gozan los juzgadores de la facultad de indagar y escoger la norma jurídica aplicable al caso controvertido, aunque no la hubiesen invocado las partes, como así lo reconocen los apotegmas jurídicos *jura novit curia* y *da mihi factum et ego dabo tibi jus*, si bien esta actuación de los Tribunales ha de estar subordinada a la iniciativa privada de los interesados, mas en cuanto a las vinculaciones de los hechos debidamente contrastados, siendo obligada la normas aducidas por las partes hay que combinarlas con los poderes y deberes del juzgador, y por ello la no designación de norma por la parte, o su alegación errónea, no tendrá repercusión para la eficacia de la pretensión o defensa si el hecho fijado encaja en la norma que el juzgador estime correcta.

Cuando en el contrato preliminar han quedado determinados de manera total y completa los elementos y circunstancias de la prometida compraventa, y consta de un modo indubitado en aquel contrato la decidida voluntad de las partes de celebrar una auténtica compraventa, la resistencia de una de ellas a concluir ésta no da lugar simplemente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra parte a exigir el cumplimiento, no solo de la promesa, sino también del contrato definitivo.

EL ARTICULO 1.127 DEL CODIGO CIVIL NO AUTORIZA AL DEUDOR A ACUDIR A LA LIBERACION ANTICIPADA (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—Si bien en la concepción clásica el plazo era estimado como beneficio del deudor, según puede leerse en un texto del Digesto (*diei adiectionem pro reo esse, non pro estipulare*), que parece informar nuestro derecho histórico, criterio también seguido por el artículo 1.407 del Proyecto de 1851 y por los ordenamientos positivos más modernos, a cuyo tenor el tiempo opera como limitación a la facultad de exigir por parte del acreedor, pero no constriñe la del deudor para liberarse, no puede desconocerse que el Código Civil patrio adopta distinta solución,

pues el artículo 1.127 presume que el término responde a beneficio o interés común de los contratantes y por lo tanto si descarta la posibilidad de reclamar el pago en lo concerniente al acreedor, tampoco autoriza al deudor para acudir a la liberación anticipada.

RESPONSABILIDAD POR CULPA: CRITERIOS OBJETIVISTAS (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—Como dice una autorizada doctrina, hay que estar más a la prueba positiva o negativa de la concurrencia de elementos o circunstancias concretamente señaladas por la Ley, que a la determinación de la culpa en sentido estricto, y aun más podríamos añadir, que la apreciación probatoria de las circunstancias, o bien la conducta contractual o extracontractual del demandado, será regla decisiva para estimar o no la responsabilidad exigible, una vez probado el hecho generador de ésta.

Si bien es cierto que el artículo 1.591 establece una presunción de culpa, dando a aquélla un matiz objetivista, con un fundamento social encomiable (sobre todo en la modalidad del artículo 1.909 del Código Civil), también lo es que esa presunción —por su calidad de tal, aparte de jugar con más rigor frente a tercero— admite la prueba en contrario.

DE UN DAÑO CAUSADO EN ACCIDENTE DE CIRCULACION NACEN LA ACCION EJECUTIVA Y LA ORDINARIA (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—De todo evento dañoso acaecido a causa de la circulación de vehículos de motor, pueden nacer dos acciones civiles perfectamente diferenciadas, como son la especial ejecutiva, derivada del seguro obligatorio, y la ordinaria de reclamación de daños y perjuicios, ambas compatibles, si bien ofrecen características distintas una y otra, pues la cuantía de la indemnización exigible por la primera está limitada legalmente, es de naturaleza objetiva y va dirigida contra la Compañía que responde del seguro obligatorio, mientras que la acción ordinaria tiene su base en la culpa extracontractual y se dirige contra el autor del acto causante de los daños que son objeto de reclamación o contra la persona que viene obligada a responder por los actos culposos de otra, al amparo de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, sin que la cantidad a reclamar en concepto de esa indemnización tenga limitación alguna legal, y como aun teniendo ambas acciones un origen común, su trayectoria procesal se diversifica, es indudable que la interferencia de una y otra, de seguirse al mismo tiempo, podría dar lugar a decisiones contradictorias, lo que hace haya de tener prioridad la ejecutiva, nacida del contrato de seguro obligatorio, sobre la ordinaria, de lo que se deduce la necesidad para el perjudicado de ejercitar antes aquella y agotar sus trámites hasta la resolución definitiva, a partir de la cual podrá actuarse la ordinaria en el plazo legal de un año, establecido en el artículo 1.968, 2.º del Código Civil, por lo

que, en este supuesto, el plazo de prescripción de la acción ordinaria comenzará a transcurrir a partir de la firmeza de la resolución recaída en el procedimiento ejecutivo.

LA SOLIDARIDAD NO PRECISA QUE SE EMPLEE NECESARIAMENTE ESE TERMINO (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—La Jurisprudencia de esta Sala ha puntualizado la esencia de la solidaridad contradistinguiéndola de la mancomunidad simple, pues así como la solidaridad en los deudores atribuye a cada uno el deber de prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación, pudiendo el acreedor dirigirse contra cualquiera de ellos o contra todos, simultánea o sucesivamente, hasta lograr el completo pago de la deuda, la sola concurrencia de aquéllos sin la existencia del indicado vínculo, que, como agravatorio de su responsabilidad, no es presumible, hace que la deuda se reputé dividida en tantas, distintas, iguales o desiguales (en la duda lo primero), como deudores haya, la jurisprudencia fue declarando que, para hallar la solidaridad no se precisa la utilización del término por modo necesario, conformándose con la idea de la misma; bastando que la voluntad se manifieste siquiera no sea con palabras, si los actos reveladores son bastantes a alumbrarla y darla a conocer con claridad; indagación que puede extenderse, desde la declaración de voluntad a los hechos que la acompañan y circunstancias en que se produzca, en cuanto por unos u otras se trasparente la idea solidaria; el pacto expreso de solidaridad no es exigido por la doctrina científica, ni en cierto modo por la jurisprudencia misma, dándose así una interpretación semicorrecta al artículo 1.137, como estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos, lo mismo que en la garantía de los perjudicados en actos ilícitos extracontractuales.

HAY PRESTACION DIVERSA A LA DEBIDA CUANDO EL OBJETO SEA INHABIL PARA LA FINALIDAD BUSGADA POR EL COMPRADOR (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—Sin dejar de reconocer la jurisprudencia las dificultades que ofrece en la realidad la distinción segura entre la prestación diversa y los vicios de la cosa, se orienta a entender que se estará en la hipótesis de entrega de cosa distinta o *aliud pro alio*, cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción total del comprador, que permite acudir a la protección dispensada por los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil, supuesto que no debe ser confundido con el de prestación defectuosa en la esfera mercantil por vicios en la mercadería, sometida a la regulación específica del saneamiento conforme al Código de Comercio.

LA SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA POR LA JURISDICCION CASTRENSE SOLO VINCULA AL JUEZ CIVIL EN CUANTO DESCRIBE LA ACTIVIDAD Y DEFINE LA ANTIJURICIDAD DEL HECHO (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1982).

Hechos.—Un operario, actuando con un soplete, originó por imprudencia un incendio en un cuartel que estaba en obras. Se le siguió Consejo de Guerra y fue condenado a un mes de privación de libertad y a indemnizar al Estado en quince millones. Siendo insolvente el condenado, se demanda al empresario ante la jurisdicción civil. Como solo es condenado a indemnizar en dos millones, el Abogado del Estado recurre, infructuosamente, al Supremo.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 711 del Código de Justicia Militar es indudable que por lo que respecta a la responsabilidad civil de terceras personas que puedan resultar implicadas con tal carácter como derivación de la responsabilidad criminal afectante a otra u otras, constituye una excepción a la norma general contenida en el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, norma según la que, ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar, siendo obvio que la denotada excepción, que, en definitiva, institucionaliza una reserva de las acciones que a los interesados puedan corresponder contra los terceros que puedan resultar civilmente responsables, no circunscribe el alcance del procedimiento civil que de ella pueda derivar; de habersele podido exigir al tercero presuntamente responsable civilmente en el procedimiento penal la responsabilidad que le podía afectar como tal, gozaba de las posibilidades de defensa en el periodo de instrucción sumarial que conceden los artículos 615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como en la fase de juicio oral aquellas a que se contraen entre otras, las normas contenidas en los artículos 650, 652, 692 y 700 de la propia Ley.

Todo lo que abona la conclusión de que si en el presente procedimiento civil a que se ha llegado en razón a lo imperativamente preceptuado en el artículo 711 del Código de Justicia Militar, no pudiera el demandado en su calidad de tercero presuntamente responsable civilmente, cuestionar los extremos referentes a tal presunta responsabilidad, se ocasionaría la total indefensión del mismo, y se extenderían los efectos de la cosa juzgada material a tercera persona, con infracción del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

La Sentencia condenatoria de índole penal dictada por la jurisdicción castrense solo vincula al Juez civil en cuanto describe la actividad y el resultado calificado como delito, así como en cuanto define la antijuricidad del hecho y la culpabilidad del reo, con la puntualización en cuanto al resultado que la causación prejuzgada ha de entenderse como resultado físico o natural y no como dato cuantificado que afecte sin más a tercero contra quien no se establece pronunciamiento alguno de condena.

EL MARIDO AL ADMINISTRAR NO REPRESENTA A LA MUJER SINO A LA COMUNIDAD GANANCIAL (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—La sociedad legal de gananciales constituye más que una sociedad civil propiamente dicha, un patrimonio común con un destino peculiar, adscrito a los fines económicos matrimoniales, susceptible de aumento, disminución y mejora, pero carente de personalidad jurídica en sentido estricto; a diferencia del nuevo régimen instaurado por la Ley de 1981, en el cual ambos cónyuges son coadministradores y codisponentes, el marido era por regla general el administrador y gestor de la comunidad, con potestad para administrar y enajenar a título oneroso los bienes comunes y consiguiente vinculación del patrimonio a sus actos, con las limitaciones señaladas en los artículos 1.413 y concordantes del Código Civil; el marido al administrar y disponer no representa a la mujer sino a la comunidad o patrimonio ganancial, la mujer no ha de ser demandada por lo tanto en los pleitos entablados contra el marido como gestor de la sociedad conyugal, porque no establecido un régimen de disposición de ciertos bienes, la mujer no es parte aunque consienta el acto. Si bien antes de la reforma efectuada por la Ley de 2 de mayo de 1975, era doctrinalmente discutible la clase de sanción aplicable a los actos dispositivos del marido sin consentimiento de la mujer, luego de dicha modificación, quedó el tema legal terminantemente aclarado por lo dispuesto en los artículos 65 y 1.301, último párrafo, del Código Civil, que los sancionaron con la simple anulabilidad. El contrato o acto oneroso celebrado por el marido, sin la concurrencia de la mujer (que no es lo mismo que sin o contra su voluntad), no supone arrogarse una representación de la que aquel carece sino un acto cuando se refiere a bienes gananciales aquejado de un defecto subsanable, en cuanto pudo, antes o después, ser consentido o ratificado por la mujer.

J. Q. S.

IV. FAMILIA

RECONOCIMIENTO DE FILIACION NATURAL.—Artículo 135-2.º del Código Civil, artículo 1.249 del Código Civil: *actos integrantes de la posesión de estado, valor de la prueba de presunciones: CARRASCO c. CARRASCO y otros* (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Antecedentes.—Los tres hermanos demandantes —uno de ellos, además, como representante legal de una hija menor— entablaron demanda contra los herederos del fallecido don Juan. La demanda se fundamentaba en los siguientes hechos, que quedaron probados ya ante el juzgador de primera instancia:

1. En 1941 doña E. entró al servicio de don J. en la casa de éste en una pequeña localidad, siendo *ambos viudos*. La convivencia durante largos

años origina unas relaciones íntimas, fruto de las cuales es el nacimiento de tres hijos, nacidos en 1944, 1948 y 1950, que *son los demandantes*.

2. Las relaciones entre doña E. y don J. son continuadas y normales, atendiendo el padre don J. a aquélla y a sus hijos en todos los aspectos, sufragando los gastos de alimentación, vestido y educación de los citados hijos, pagando las facturas de colegios y comercios que se le pasaban y figurando incluso inscritos en los colegios con su mismo apellido como sus hijos y sin oponerse a ello.

3. Dicha relación y situación entre ambos fue mantenida a lo largo de muchos años, desde el nacimiento de los hijos hasta 1964, alcanzando un estado de opinión pública de ser tales niños hijos de don J.

4. Interrumpidas tales relaciones en 1964, al siguiente año 1965 es demandado de conciliación don J. por doña E., celebrándose el acto sin asistencia de aquél.

5. En 1968 fallece don J., en estado de casado con doña A. y dejando hijos del matrimonio.

6. En 1969 se interpone por doña E. demanda de conciliación contra la hija doña A., que no asiste al acto.

La demanda se entabla contra la referida doña A. como única hija y heredera de su fallecido padre don J. y —por muerte de doña A.— contra su hijo don A. como heredero de la finada. Termina con la *súplica* de que se dicte sentencia por la que se declare que don .. (los tres demandantes) son hijos naturales de don J., que tienen derecho a usar como primer apellido el de éste, y que son herederos del mismo en la proporción y forma que para los de su clase establece el Código Civil, así como que tienen derecho a alimentos en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia. Con condena a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y al pago de las costas.

La parte demandada no compareció, por lo que se la declaró en rebeldía.

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia de 11 de agosto de 1971 en la que, estimando en parte la demanda, declaró: 1. Que don... (los demandantes) son hijos naturales de don J.; 2. Que, como consecuencia de ello, tienen derecho a usar como primer apellido el de C.; 3. Que también tienen derecho a percibir la porción hereditaria que se determina en los artículos 840 y 942 del Código Civil en la herencia de don J. Al mismo tiempo se desestima la pretensión deducida respecto al derecho de los mismos a percibir alimentos. Se condena a los herederos del citado don J., que lo son también de la demandada originaria doña A. hija de aquél, a estar y pasar por tales declaraciones. Sin especial pronunciamiento en costas.

La Audiencia Territorial dictó Sentencia el 27 de noviembre de 1972 en la que confirma totalmente la sentencia apelada, sin declaración de costas. De entre sus argumentaciones, en el *cuarto* de sus Considerandos trata de la prueba de presunciones y habla de «la posibilidad de hacer uso de ella cuando los hechos básicos en que la presunción se funda están acreditados...» Al tratar de la prueba testifical, saca la consecuencia, que dice evidente, de que «en el lugar de residencia de la madre de los actores, por todo

el vecindario se tenía al señor C. como padre de los hijos habidos de su unión con su antigua sirvienta» (1).

Por los demandados se interpuso recurso de casación por infracción de ley, basándolo en los siguientes motivos:

1. Con base en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de las pruebas: cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero y 24 de marzo de 1927, 2 de marzo de 1929, 7 de noviembre de 1896, 26 de mayo de 1920 y 8 de octubre de 1951. Porque si bien es cierto que la posesión de estado de hijo natural constituye una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde a la Sala sentenciadora, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en las Sentencias citadas, también corresponde al propio Tribunal Supremo examinar los hechos que se dan como probados, para definir si el padre hizo el reconocimiento tácito (arg. art. 135-2 del Código Civil). Al aplicar en este motivo el error de hecho al transcrito número segundo del artículo 135 del Código Civil, destaca el término «continua», porque cree que aquí ha estado el error de la Sala de Instancia, ya que las relaciones han de ser continuas y «nunca interrumpidas». Examina las pruebas practicadas en primera instancia y estima que la posesión de estado de hijo natural no se ha acreditado por prueba directa, que no han existido actos reiterados que por su naturaleza y circunstancias determinen una situación de hecho de carácter permanente y que ni siquiera han existido actos demostrativos más o menos ostentosos, permisibles de por sí para el dictado de una Sentencia tan acorde con el *petitum*.

2. Con base en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida del número segundo del artículo 135 del Código Civil, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1931, 31 de diciembre de 1902, 16 de enero de 1932, 8 de abril de 1915, 24 de marzo de 1927, entre otras. Dicho precepto mal aplicado exige «posesión continua», lo que significa *no interrupción*: esto no ha ocurrido jamás en este caso, ya que a lo sumo podría apreciarse una consideración, atención o deferencia con determinada persona que prestó unos servicios, en tanto que los actos de don J. sólo revelan un interés con la madre que puede dimanar de otras causas y por sí no acreditan la posesión de estado. Además, existe un silencio inicial de quince años (hasta 1959 no aparece prueba documental alguna), con lo que el concepto de «continuidad» —que exige a su vez el de «iniciación»— no aparece de ninguna forma.

El supuesto padre no solo no realizó «actos directos» acreditativos del estado de hijo natural, sino que lo negó al ser demandado en pobreza. Y si quien pudo reconocer no lo hizo, no se puede dar valor a manifestaciones contrapuestas, producto del chismorreó pueblerino. Podría haberse interrogado a los médicos o matronas que asistieron a doña E. en sus partos y preguntarles quién les pagó los honorarios.

Se alega finalmente que en este pleito falta «un certificado de buena conducta de la señora E.» (*sic*).

3. Con base en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida del artículo 1.252 del Código Civil en relación con el artículo 135-2 del Código Civil, aplicación indebida

(1) Tales argumentaciones vienen transcritas en el Considerando 2, de donde se extraen

del artículo 1.249 del Código Civil, e infracción de la Jurisprudencia que los interpreta (cita Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1954, 24 de febrero de 1966, 8 de febrero de 1971 y 19 de enero de 1931): porque no procede correctamente el Tribunal sentenciador cuando, aun admitiendo el hecho de que los testigos no fueron concordes y se manifestaron contrariamente, da crédito a unos y desprecia a los otros que actuaron con la plena garantía de la Ley Procesal.

Fue Ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, que sienta en sus Considerandos la siguiente doctrina:

1. *El primer motivo del recurso no puede prosperar y ha de ser desestimado, porque para que «el error de hecho en la apreciación de la prueba» que se denuncia pudiera tomarse en cuenta —dando por supuesto que el mismo se concreta en cuanto que la sentencia estima la posesión de estado de hijos naturales de don . (los demandantes), lo que no se expresa en el motivo— sería preciso que de documentos o actos auténticos obrantes en autos, individualmente especificados, se evidenciara la equivocación sufrida por el juzgador, por existir una clara e irrefutable contradicción entre el hecho que se afirma en la sentencia —deducido del conjunto de la prueba practicada o de algún elemento singular de la misma— y el que dichos documentos o actos auténticos patentizaron. Como en el supuesto de autos, frente a aquel hecho que la sentencia da por probado no se acude a determinado o determinados documentos o actos auténticos, sino que lo que hace el recurrente es ir analizando conforme a su subjetivo e interesado criterio la prueba documental, la testifical y la de confesión, para deducir sus propias conclusiones, que intenta hacer prevalecer sobre las objetivas del juzgador de Instancia.*

Tal desestimación ha de aparejar la del *segundo motivo*, porque en el mismo el recurrente hace supuesto de la cuestión, ya que —prescindiendo de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida— da por sentados los que deduce de aquel error, que ha resultado inexistente.

2. En el *motivo tercero* se denuncian... (2).

Se hace caso omiso en cuanto a la *primera infracción denunciada* (3), por su extemporánea, improcedente e inconsistente alegación, en este momento y por dicha vía.

Con exclusiva remisión a la *segunda infracción denunciada*, es lo cierto que la *conclusión a la que llega el juzgador* de mediar aquella posesión de estado es consecuencia de los hechos que el de primera instancia da por probados y que íntegramente acepta el Tribunal «a quo», y que se pueden concretar en que. (4). Ese estado de opinión pública de ser los actores hijos de don J., al ser aceptado por éste, revela una voluntad firme y espontánea de tratarlos como hijos, «tractatus» o «reputatio» que, como elemento de hecho, caracteriza a la posesión de estado.

(2) El Considerando recoge seguidamente en este lugar todos los artículos que se citan como infringidos y el concepto en que se denuncian.

(3) Así, en el Considerando, sin referirse a cuál sea esta infracción del contexto parece desprenderse que se refiere al artículo 1.252 del Código Civil.

(4) En este lugar se recogen los hechos sentados como probados por el Juez de Primera Instancia, en la misma forma que más arriba he presentado en los números 1 al 3 (ambos inclusive) de los Antecedentes.

(En cuanto a la *tercera infracción denunciada*, sobre la prueba de presunciones) (5) ... Sin que, por tanto, se haya acudido por el juzgador a la prueba de presunciones, pues, aun *rebatiendo* las conclusiones formuladas por la parte demandada y *en contra* de la alegación de «no haber presentado los actores sino una serie de testigos que en junto han manifestado que conocen por referencia, por rumores o incluso de forma notoria que el señor C. tuvo tres hijos con la señora C.»— la sentencia recurrida trata en el cuarto de sus Considerandos... (6). Por lo que por el juzgador no se ha hecho uso de la prueba de presunciones, con lo que mal puede decirse que haya aplicado indebidamente el artículo 1.249 del Código Civil.

Teniendo, por tanto, este motivo que ser *desestimado*, al igual que los anteriores.

3. Al declararse no haber lugar al recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede condenar al recurrente al pago de todas las costas y a la pérdida del depósito constituido.

Fallo.—No ha lugar.

NOTAS.—1. *Ideas previas.*—La particularidad más notable del supuesto de hecho subyacente a este litigio —a diferencia del de *Albareda c. Pérez* resuelto por la *Sentencia de 13 de julio de 1973*, por mí comentada en esta REVISTA— es la que se deriva de su *presentación fáctica*. Los hechos se producen en una pequeña población rural de media sierra, con todos los requisitos de la *constancia* y la *continuidad* en la situación fáctica, y sus secuelas de un conocimiento directo e inmediato por los vecinos —llamados luego como *testigos*— y de una inmediatez en el conocimiento y percepción del juzgador de primera instancia. A mi manera de ver, es el dato fundamental y relevante en el caso que resuelve la presente Sentencia.

La segunda particularidad, consecuencia directa de la otra señalada, es la de la posibilidad de una *valoración* social y jurídica adecuada al sentido común y a la justicia. La notoriedad de la situación y las circunstancias son apreciadas, en primer lugar, por los testigos y, en último lugar, por el juzgador de instancia. Esa valoración conduce a una apreciación directa de la prueba, que resultará decisiva en el litigio.

2. *El tema de la posesión de estado.*—Me he referido sucintamente a este punto en mis *notas* a la Sentencia citada de 13 de julio de 1973, recogiendo las aportaciones más interesantes de la doctrina patria y parte de las orientaciones jurisprudenciales. A dicho lugar y a las imprescindibles notas bibliográficas allí presentadas, me remito ahora.

De las consideraciones presentadas en dicho lugar me interesa resaltar aquí los requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia en cuanto a la constancia y a la continuidad de esa posesión de estado, se dan con notable claridad en el caso de autos. También se da en el caso la *especial circunstancia* de que el recurrente plantea en su *motivo 1.º* la denuncia del error de hecho en la apreciación de la prueba *por la vía* del núme-

(5) Introduzco aquí *toda la frase entre paréntesis* como nexo o hilo conductor del razonamiento y clarificador del sentido de la decisión, ya que en la abigarrada *redacción* literal de la sentencia viene todo el argumento sin interrupción alguna, de tal forma que el inciso «sin que, por tanto», con el que empieza este apartado viene a continuación de la frase precedente que termina con «poseción de estado».

(6) En este lugar recoge el Considerando la argumentación de la Sala de la Audiencia, en la misma forma que he presentado en su lugar, en nota 1 precedente.

ro 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como reiteradamente venía exigiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo para estos supuestos de denuncia.

De las consideraciones doctrinales, interesa retener aquí la idea de A. M. LÓPEZ LÓPEZ (7) de rechazar la equiparación usual jurisprudencial entre posesión de estado y reconocimiento tácito y la consideración usual prevalente del *tractatus* o comportamiento del padre hacia el hijo natural, y de entender como fundamental el elemento de *fama* o *reputatio*.

En las particularidades del litigio resuelto por el Tribunal Supremo resalta el dato básico de que el considerando 1.º rechaza el motivo 1.º aludido porque ese pretendido error de hecho *no se concreta* y, además, *es preciso deducirlo* de documentos auténticos que evidencien el error del juzgador. Lo que, como inevitable efecto reflejo, lleva al resultado de rechazar también el motivo 2.º —en el que se prescinde de los hechos ya probados y se dan por sentados otros que deduce el recurrente— en el que denunciaba la indebida aplicación del artículo 135-2.º del Código Civil porque a los actos *directos* del padre faltaban la iniciación y la continuidad de la posesión de estado, lo que obviamente iba *contra* la prueba evidente practicada.

En el motivo 3.º se denuncia —como segunda infracción— la indebida aplicación del artículo 135, párrafo 2.º, del Código Civil en cuanto a la posesión de estado y la jurisprudencia que lo desarrolla —entre cuyas Sentencias cita la de 8 de febrero de 1971 (8)—. Motivo rechazado en el considerando 2.º al precisar que la *conclusión* a la que llega el juzgador es *consecuencia de los derechos probados* y que tales hechos *son el tractatus o reputatio que caracteriza a la posesión de estado*, y revelan una *voluntad* firme y espontánea de tratarlos como hijos. Son estas argumentaciones finales las que inducen a una cierta reflexión y las que suscitan alguna duda.

Una primera observación es que me parece cuando menos discutible que sean una misma cosa el *tractatus* y la *reputatio*. Precisiones semánticas a un lado, el *tractatus* equivale al comportamiento y viene seguidamente incapsulado en un elemento voluntarista en la sentencia, muy en línea tradicional del Alto Tribunal. Esa equiparación, ya denunciada por LÓPEZ LÓPEZ como dije antes, parece incidir en el viejo tema del reconocimiento tácito, en detrimento de la otra idea implícita en la *fama* o *reputatio* ínsita en todo fenómeno posesorio o de apariencia jurídica en función del caso concreto.

Una segunda observación es la derivada de la cita por el recurrente de la *Sentencia de 8 de febrero de 1971*, por mí recensionada y anotada en esta REVISTA. Un examen de la misma nos llevaría a postular que no tiene nada que ver con el presente litigio, dado que se trataba de una situación concubinaria o —como gusta llamarse modernamente (9)— de pareja es-

(7) Cfr. *La posesión de estado familiar*, Sevilla, 1971, págs. 134 y ss.

(8) Véase mi presentación, anotación y recensión en esta Revista, núm. 493, 1972, págs. 1387 y ss.

(9) En la doctrina jurídica patria nadie se había ocupado del tema, al parecer por inexistencia del mismo (!). Recientemente, cfr. FOSAR BENLLOCH «La Constitución de 1978 y la unión libre», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, págs. 887 y ss. De entre los grandes tratadistas, tan sólo el profesor LACRUZ BERDEJO ha dedicado su atención al tema en el epígrafe VIII de su recentísimo libro sobre *Derecho de Familia (Conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)*. Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 575 y ss. Para una visión de conjunto dentro de un mayor contexto, y para Europa, es indispensable la consulta del «Raport» final del XI Coloquio de Derecho Europeo de Messina (días 8 al 10 de julio de 1981), coordinado por el profesor A. FALZEA en torno al orden del día sobre *Les problèmes juridiques posés par les couples non mariés*, ed. Conseil de L'Europe, Strasbourg, 1982, y allí los informes de MÜLLER-FREIENFELS (pág. 62) y FALZEA (pág. 152), y la nota de MERINO HERNÁNDEZ (pág. 230).

table no casada, unión extramatrimonial o libre. Y en dicha sentencia se valoraba de modo fundamental la *reputatio* o *fama* aunque no fueran actos *ostensibles* del padre. De otra parte, en el recurso no se hacía referencia a otra Sentencia de posible aplicación al caso —la de 4 de mayo de 1964 (10)—, quizá porque no interesaba al recurrente, dada la similitud entre ambas actuaciones de hecho y el resultado final idéntico de cambio de comportamiento del padre de forma súbita y desaparición para contraer matrimonio con otra mujer. Pero es evidente que lo que en esta Sentencia de 1964 se califica como *tractatus* o comportamiento del padre para con el hijo es la misma situación que la que aquí contemplada en el caso de autos. E idéntica es la situación fáctica de la Sentencia de 22 de mayo de 1969 (11).

Una tercera observación es la posible proyección *hacia adelante* de esta sentencia anotada, o sea, en cuanto al futuro. ¿Será considerada como un paso en la postulada línea aperturista en tema de filiación no matrimonial? ¿Se seguirá la habitual línea voluntarista y prohibitiva tradicional? ¿Se entenderá que la Constitución de 1978 impone una vigencia inmediata y directa de los nuevos principios en ella proclamados?

Una observación final en este tema impone una exigencia de atender al caso concreto planteado y sobrevalorar el elemento fáctico de la *reputatio* como directamente caracterizador de la situación posesoria derivada de la apariencia jurídica.

3. *El tema de la prueba de presunciones.*—En este punto no cabe sino la remisión a la muy reciente aportación doctrinal de M. SERRA DOMÍNGUEZ, en su comentario a los artículos 1.249 a 1.253 del Código Civil (12) y sus consideraciones acerca de las presunciones, poniendo de relieve las discrepancias doctrinales en torno a la presunción, la hipovaluación de la la presunción, su distinción de la prueba de indicios, los principios determinantes de la presunción y el carácter procesal probatorio de la presunción. A dicha obra me remito para todo lo relacionado con el tema, a salvo las especiales connotaciones en el caso de autos.

Recoge dicho autor la idea del viejo aforismo según el cual «las presunciones se pesan y no se cuentan», demostrativo a su juicio de la extraordinaria importancia de la *convicción judicial* en la formación de las presunciones. Distingue entre la actividad presuntiva del Juez y las restantes actividades valorativas de la prueba y considera que la presunción constituye un sistema normal de elaboración de hechos por el Juez que opera forzosamente cualquiera que fuere la regulación legal. Entiende que los principios determinantes de la presunción son los de normalidad —íntimamente enlazado con el de causalidad— y el de oportunidad, principios que se proyectan en todas y cada una de las esferas naturales (mundo físico, mundo animal, mundo racional). Siguiendo a CARNELUTTI distingue entre fuentes de prueba y fuentes de presunción, entre la presunción y las reglas de apreciación de la prueba, y entre la presunción y las reglas sobre la carga de la prueba, finalizando con la consideración de la sustantividad

(10) Véase en PUIG BRUTAU: *Fundamentos del Derecho Civil*, tomo IV, vol. 2.º, Ed Bosch, Barcelona, 1970, págs. 126 y ss.

(11) Véase mi presentación, anotación, recensión y comentario en esta Revista, núm. 480, 1970, páginas 1275 y ss.

(12) Véase *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1981, tomo XVI, volumen 2.º, págs. 543 y ss.

de la presunción en el ámbito probatorio, como elemento vital del mecanismo de la prueba (13).

Una vez presentada esta síntesis de las recientes ideas de nuestra doctrina en tema de presunciones, al examinar la vertiente de la aplicabilidad del tema al supuesto de hecho contemplado en el litigio examinado, la primera observación aparente es que no parece tener nada que ver todo lo expuesto con los hechos tal como se presentaron en el litigio, ni con las argumentaciones del recurso, ni con las consideraciones de las sentencias de primero y segundo grado.

Efectivamente, en el *motivo* 3.º del recurso se denuncia —por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— la aplicación indebida del artículo 1.252, en relación con el 135-2.º y el artículo 1.249, todos ellos del Código Civil, pero todo ello de forma genérica, sin deslindar y sin desarrollo del motivo, con unas ligeras alusiones incidentales y con una referencia final a la prueba *testifical*. Y a mi modo de ver, nada de ello tiene que ver con las presunciones, ni con las sentencias de primero y segundo grado recurridas.

Por todo lo cual, es perfectamente natural y lógico que el considerando 2.º de la Sentencia del Tribunal Supremo rechaze globalmente dicho motivo 3.º, distinguiendo en su argumentación *las tres infracciones denunciadas* por el recurrente. A la *segunda* infracción denunciada, en cuanto al artículo 135-2.º del Código Civil y la posesión de estado, me he referido en el epígrafe 2 precedente. La *primera* infracción denunciada es la del artículo 1.252 del Código Civil, en relación con *la cosa juzgada*, presunción que no parece tenga que ver con el litigio, y de ahí su inadmisión. Y en la *tercera* infracción denunciada, en orden al artículo 1.249 del Código Civil y la prueba de presunciones, es evidente que de la exposición hecha por el relator del litigio no aparece ninguna utilización de las presunciones —a salvo la ligerísima alusión en el considerando 4.º de la Sentencia de la Audiencia— y sí la valoración de la prueba *testifical*.

De todo ello se desprende con notable claridad que el juzgador no había hecho ningún uso de la prueba de presunciones y, por contra, había valorado muy directamente —por su inmediatez— el hecho de la prueba *testifical* practicada con vecinos del lugar conocedores de la notoriedad de los hechos.

En resumen, es la valoración sociológica efectuada por el juzgador de instancia el elemento básico, infraestructural, en este litigio.

4. *Resumen*.—Es hora de finalizar estas breves notas con unas consideraciones finales como sigue:

○ Es fundamental en el litigio la valoración sociológica y jurídica de la prueba *testifical* por el juzgador de instancia, dejando probados los hechos.

⊕ La indistinción entre *tractatus* y *reputatio* en la sentencia no puede hacer olvidar que es fundamental el elemento fáctico de la *fama* o *reputatio* como directamente caracterizador de la situación *posesión de estado* derivada de la apariencia jurídica.

⊖ La caracterización del *tractatus* o comportamiento del padre como

(13) Véase *op. cit.*, especialmente págs. 557 y ss. y 569 y ss., y el comentario al artículo 1.249 del Código Civil en págs. 575 y ss., especialmente 578 y ss., y 585 y ss. (indicios, prueba de la afirmación base de la presunción, etc.).

reveladora de *una voluntad firme y espontánea* —en la dicción de la Sentencia— parece incidir en el viejo tema del reconocimiento tácito, hoy abandonado por nuestra mejor doctrina.

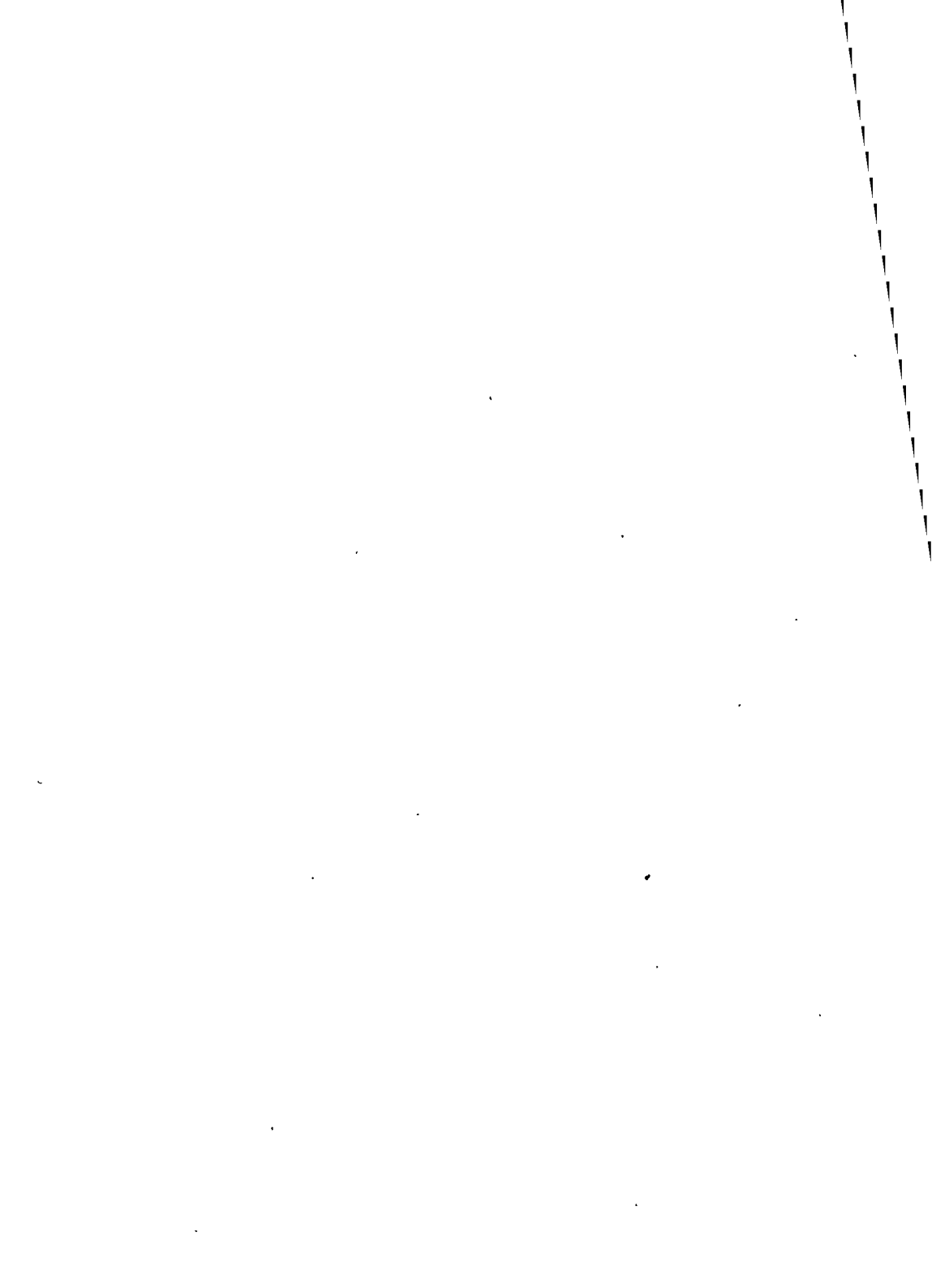
● El tema de la prueba de presunciones no tenía nada que ver con el litigio.

● La decisión de esta Sentencia puede valorarse positivamente en función de los resultados a que llega, aunque sean discutibles algunas de las razones determinantes de la decisión.

Parece posible el encuadre de esta sentencia dentro de la línea de evolución moderadamente aperturista de nuestra habitual jurisprudencia, tan restrictiva en este tema. Al menos, en cuanto a *la posesión de estado*, es una decisión moderna y elogiable.

La decisión del Tribunal Supremo, basada en una prueba testifical calificada por la inmediatividad y la vecindad, es formal y materialmente justa.

J. C. G.



LIBROS

SOTO SÁNCHEZ, OSCAR-DAVID: *Nociones fundamentales de Derecho Económico y Social*. Universidad de Carabobo. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. 3.^a edición, Valencia (Venezuela), 1981, un tomo de 190 páginas.

El Derecho y la agricultura son dos materias tan unidas que entre ellas se da una auténtica simbiosis. En efecto, la agricultura tiene su base casi exclusivamente en la tierra y precisa del Derecho, que ha de establecer las normas de su llevanza. Por otro lado, la regulación jurídica atiende a sujetos, bienes y actos que en la mayoría de los casos pertenecen al llamado sector primario, que es el agro. Su vida separada sería impensable.

El autor, profesor de la Escuela de Relaciones Industriales de la Universidad venezolana de Carabobo, ha sabido captar esa realidad y la consiguiente necesidad que para el profesional o el técnico constituye el conocimiento de ciertas instituciones jurídicas. Si hay un desarrollo económico y social, es imprescindible que los distintos profesionales que participan en el mismo conozcan las normas indispensables por las que se rige la comunidad a la que sirven.

También resalta el autor, y le damos plenamente la razón, el vacío que los estudiantes de las distintas carreras encuentran en la búsqueda de conocimientos jurídicos. Tal como nos explica, en Venezuela ocurre algo muy parecido a España, donde a nuestros muchachos se les infla en el bachillerato de griego, integrales y otras materias extrañas que les serán poco o nada útiles y, en cambio, no se les dice qué es una ley o un arrendamiento, una letra de cambio o un contrato de compra, asuntos que van a tener que afrontar e incluso protagonizar múltiples veces a lo largo de su vida. Aunque «en todas partes cuecen habas», que se dice en España, también hay otro refrán que asegura que sólo los tontos se consuelan con el mal de muchos.

Por esto hemos de celebrar que exista un libro como el que comentamos, elemental, pero denso y claro; un verdadero *vademecum* jurídico para los futuros profesionales que han de trabajar en esferas técnicas, tratando de imbuirles los conocimientos jurídicos necesarios para ejercer sus carreras e incluso simplemente para vivir y evitar tropezones. Ya se sabe que la ley se cumple a pesar de su ignorancia, lo que origina a veces gastos y disgustos.

El libro está dividido en tres partes, refiriéndose la primera a los conceptos básicos del Derecho, de manera que desde el inicio la persona profana en conocimientos jurídicos adquiere una idea clara sobre conceptos, terminología y caracteres que van a ser necesarios para entender el posterior desarrollo de la materia.

En la segunda parte se examina la legislación mercantil, cuyas últimas derivaciones han dado origen a lo que algunos llaman Derecho de la economía. Por último, se estudian las instituciones que integran el llamado Derecho social, principalmente las cooperativas y las leyes agrarias que contribuyen al desarrollo de la riqueza agrícola. No parece preciso advertir que dado el destino específico de la obra, para aplicar las doctrinas expuestas se acude al Derecho positivo vigente en Venezuela; pero de todos modos esos principios son homologables no sólo por su relativa generalidad, sino porque el Derecho hispanoamericano está basado en su mayor parte en el español, cuya esencia permanece de modo bien perceptible.

Entrando ya en el resumen del libro, diremos que en el capítulo I se desarrollan las nociones generales sobre legislación, partiendo de diferenciar el Derecho de la Moral; puesto que la norma jurídica se caracteriza por la posibilidad de la coerción, se contempla al Estado como órgano básico, se entra en la discutida distinción entre Derecho público y privado y se estudian las fuentes del Derecho y su jerarquización.

La teoría de la personalidad ocupa el capítulo II, esbozando el concepto de la persona, la dicotomía de personas físicas o naturales y jurídicas, con sus clasificaciones y figuras distintas.

En los capítulos III al VII se exponen los aspectos generales de la legislación mercantil, que nos hacen recordar los elementos que pasaron a Hispanoamérica a través del viejo Código de Comercio español de 1829, que tuvo gran influencia en aquellas tierras hermanas, ya que recogía normas que en ellas habían regido con anterioridad. Por eso nos suenan como familiares las actuales normas venezolanas sobre los actos de comercio, los conceptos del comerciante y sus auxiliares, destacando la tradicional figura del factor o *alter ego* de su jefe; se estudian las bolsas de comercio, las ferias y mercados, sus contratos específicos y la actuación de los corredores de comercio y agentes mediadores. Se exponen claramente el concepto de sociedad, la diferencia entre civiles y mercantiles, los requisitos constitutivos de éstas y su clasificación en colectivas, comanditarias, anónimas y de responsabilidad limitada. Lo que nuestro maestro GARRIGUES llama «títulos valores», en una terminología que se ha generalizado, se contempla en la legislación venezolana con el apelativo parecido de títulos de crédito, clasificándose también en títulos nominativos, a la orden y al portador. Se explica la letra de cambio y los elementos que configuran su contenido, así como los avatares posteriores, tales como el endoso, el aval, la aceptación, el vencimiento y el pago. También se expone la esencia del cheque y sus diferencias con la letra; a este respecto recordamos que en nuestros ya lejanos tiempos de la Universidad Central de Madrid, el profesor GARRIGUES explicaba el tema de modo gráfico y concluyente: el que firma un cheque —decía— tiene dinero, mientras quien firma una letra es que lo necesita. ¿Cabe mayor jûsteza y síntesis?

La parte dedicada a lo que el autor llama Derecho social comprende dos importantes instituciones, que son la cooperación y el reformismo agrario.

En el capítulo VIII se estudia el origen de las cooperativas. De la revolución industrial en Inglaterra surge el enfrentamiento entre la poderosa burguesía y la naciente clase obrera. La lucha por las reivindicaciones de éstos adopta diversas formas, pero ahora nos interesa la que tuvo por protagonistas a los llamados «Pioneros de Rochdale», grupo de 28 trabajadores que en 1844 fracasan en una huelga y ante su precaria situación económica

deciden constituir una organización para satisfacer sus necesidades perentorias de consumo. Los principios cooperativos de aquellos trabajadores de la franela del «Callejón del Sapo» se han extendido a todo el mundo, y actualmente se calcula el número de cooperativistas en unos 300 millones, existiendo cooperativas en prácticamente todos los países del universo.

Se han puesto de moda, por su originalidad, las cooperativas agrícolas de Israel, consideradas algo así como la panacea a los problemas del campo, y que presentan tres tipos principales:

a) El Moshav, donde los medios de producción son de propiedad individual, pero la prestación de servicios sociales, financieros y económicos se realiza mancomunadamente.

b) El Kibutz, que supone una asociación extremadamente colectiva, con una comunidad de propiedad, producción, trabajo, consumo y sistema de vida que evita, o pretende, al menos, la formación de distintas clases sociales.

c) El Moshav Shitufi quiere combinar las ventajas de los dos anteriores mediante la fórmula: «producción en común, pero satisfacción particular de las necesidades individuales».

En el último capítulo del libro se estudia la reforma agraria, que si bien se enfoca principalmente a su regulación en Venezuela, contiene ideas válidas en general. Tras hacer una breve evolución histórica de la estructura agraria venezolana, de la que resulta que el campesino de aquel país se encuentra en situación marginal, el autor acomete el concepto de reforma agraria, entendiendo por tal el conjunto de medidas destinadas a corregir los defectos de la estructura agraria y, por supuesto, implica cambios destinados a la creación de un régimen jurídico y socioeconómico justo y de aprovechamiento racional de la tierra. Creemos, sin embargo, que este concepto es demasiado restringido y se ciñe pura y simplemente a un reparto de latifundios, con todos sus inconvenientes, porque el campesino no puede vivir sólo con el suelo; repartir tierra a secas es repartir pobreza. Por eso el autor mismo dulcifica la idea inicial al apuntar una diferenciación entre reforma agraria y reforma de la agricultura, idea ésta ya más generalmente aceptada. Así, mientras el concepto reforma agraria está desfasado por inaplicable, goza de mayor predicamento la reforma de la agricultura, de fines más amplios y ambiciosos, puesto que supone no sólo la reestructuración de las fincas, sino también y principalmente la de la empresa agraria, la conversión en regadíos, capitalización del campo, apoyo a la cooperación y prestación de ayudas económicas, fiscales y técnicas que elevan el nivel de vida de los agricultores. Cuando el agricultor consigue ser propietario de su explotación y se encuentra con medios suficientes y adecuados de cultivo, supone un factor fundamental de desarrollo y contribuye a la creación de riqueza.

El doctor SOTO SÁNCHEZ explica que el concepto peyorativo de latifundio no se produce tan sólo por la gran extensión de una finca, sino además porque está cultivada irracionalmente, con métodos anticuados, o sólo explotada parcialmente. El autor recoge la doctrina de la función social de la propiedad y la explica desde el prisma de la Ley de Reforma Agraria de Venezuela, en cuyo texto se garantiza el uso, goce y disfrute de la tierra al propietario que cumpla con dicha función, mientras que, por el contrario, trata de suprimir los latifundios que no rindan a la nación su verdadero

beneficio potencial. Por ello, el artículo 20 de dicha ley considera contrario al principio de la función social la existencia y mantenimiento de fincas incultas u ociosas, especialmente en las regiones de desarrollo económico. A continuación, en el libro se resumen las normas de afectación de tierras a la reforma agraria, su distribución en adjudicaciones de diversos tipos y el régimen de éstas. ^o

Termina el libro con unas nociones sobre el crédito agrícola. Este tipo de crédito, dice el autor, está sometido a innumerables riesgos que dificultan el establecimiento de una verdadera garantía de recuperación, porque la agricultura está sometida a diversas contingencias y su rentabilidad es menos remunerativa que en otros sectores; estos factores, dice, alejan la inversión de capitales y exigen la intervención del Estado para capitalizar la agricultura. Sin embargo, por nuestra parte, debemos opinar que el agricultor es hombre escrupulosamente cumplidor de sus obligaciones y sólo falla en el pago en caso de verdadera catástrofe o ruina total; a lo largo de nuestra experiencia profesional hemos constatado que el porcentaje de incumplimiento del hombre del campo es mínimo, como resultado de su esmerado sentido de la honradez.

Como hemos visto, aunque ceñido en cuanto al Derecho positivo a Venezuela, la exposición de las nociones del libro es clara y los conceptos fundamentales están perfectamente planteados. Ojalá tuviésemos en España un manual de parecidas características para que los profesionales de los distintos campos pudieran conocer las ideas básicas necesarias para solucionar los problemas que a cada paso se les van a presentar en el ejercicio diario de sus diversos trabajos. El libro es breve, pero bueno, o sea, dos veces bueno.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La institución de heredero bajo condición*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1983. Un tomo de 173 páginas.

Las disposiciones testamentarias, todos lo sabemos, pueden hacerse bajo condición, salvo cuando alteren los intangibles derechos de los legítimos. Y también sabemos, sobre todo los profesionales, que la gama de condiciones que algunos testadores quieren imponer a sus herederos o legatarios va desde las lógicas, explicables y basadas en razones de peso, hasta las retorcidas, inmorales o imposibles de cumplir, pasando por las pintorescas, extravagantes y contradictorias, que a veces se dan de bofetadas con el más mínimo sentido común, que de todo hay.

Como una de mis experiencias, aún recuerdo vivamente, aunque de esto hace ya bastante tiempo, un extraño y larguísimo testamento ológrafo que, ya con las bendiciones formales subsiguientes, hube de calificar en un Registro de Extremadura que por entonces servía. Entre sus bastantes estrafalarias disposiciones, había una rotunda condición que se imponía a varios sirvientes, a cada uno de los cuales la señora testadora legaba cien mil pesetas (¡de las del año 1925!), con tal de que aquéllos vigilasen su cadáver

atentísimamente y de modo ininterrumpido, al menos durante tres días completos a partir del fallecimiento, en los que se prohibía el sepelio, con el fin de atisbar, si se producía, alguna señal de vida, para evitar que la enterraran sin estar muerta «de verdad».

Por supuesto, los legatarios se ganaron a pulso los veinte mil duros de plata a base de no perder de vista ni un minuto el cuerpo inmóvil de la testadora, lo que supuso estar sin pegar ojo durante las setenta y dos horas del plazo establecido en la tajante condición. Para ello, según me refirieron después, necesitaron recurrir a copiosas libaciones que, sin duda, les «alumbrarían» algo más que los solemnes y tristes cirios del túmulo. Ignoro si este último detalle fue real o simple brochazo de humor negro del narrador. Como me lo contaron, lo cuento.

El tema de la institución hereditaria condicional suscita interés no sólo por su fondo doctrinal, sino por sus indudables aplicaciones prácticas, ya que el profesional con frecuencia ha de tomar postura ante el supuesto concreto que se le presenta como base de su trabajo.

Pero no fue sólo éste el motivo de que el salón de actos de la Academia de Jurisprudencia se llenase a tope el pasado 2 de mayo. Lo era sobre todo el nombre y el prestigio del nuevo académico, que no necesita presentaciones por ser bien conocida su brillante trayectoria docente y su obra en el campo del Derecho. En mi caso, además, tanto la asistencia como este comentario se han basado en razones personales de admiración y gratitud, pues el Profesor ALBALADEJO, como Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense, dirigió magistralmente y con la más exquisita atención mi tesis doctoral, llevándomela hasta buen fin por el adecuado camino, por lo que me cumple manifestarle de nuevo el más profundo agradecimiento.

El nuevo académico centró su discurso en la institución condicional de heredero, excluyendo el estudio de las aplicaciones de la teoría general de la condición y los temas de si la institución bajo condición suspensiva retrasa la delación o si la condición resolutoria resuelve con efectos retroactivos, cuestiones todas que daba por supuestas y conocidas. Dejó también fuera el tema, que calificó de manido, de la transmisibilidad del derecho del heredero condicional.

Haciendo un esquema de la regulación legal, dice que según el Código Civil se puede instituir heredero bajo condición (art. 790), rigiendo como supletorias las normas establecidas para las obligaciones condicionales (artículo 791).

El sistema del Código se puede centrar en tres extremos:

1.º La condición puede ser cualquiera, con tal que sea posible, lícita y no contraria a las buenas costumbres, pues en otro caso se ha de tener por no puesta (art. 792). Así, no es lícita y se tiene por no puesta la condición absoluta de no casarse (art. 793); tampoco lo es la condición captatoria, pero en este caso su resultado es anular la disposición (art. 794).

2.º Si la condición es potestativa debe cumplirse por el heredero una vez enterado de ella y después de morir el testador (art. 795); en cambio, siendo casual o mixta, puede cumplirse en cualquier tiempo (art. 796).

3.º Estando la condición pendiente de cumplimiento, si es potestativa negativa, se puede dar la herencia al instituido que preste caución; en otro caso, se pondrá la herencia en administración (arts. 800 y 801).

Desarrollando el contenido de estos puntos, el Profesor ALBALADEJO divide la exposición de su discurso en las tres grandes partes que resumimos a continuación.

PRIMERA PARTE.—LA CONDICIÓN EN LA INSTITUCIÓN

La especialidad de la condición impuesta a la institución de heredero, cuando tal condición es imposible, ilícita o atentatoria a las buenas costumbres, es la de que se tendrá por no puesta, a diferencia de los actos *inter vivos*, en cuyo caso produciría la nulidad. El autor señala que el artículo 793 del Código mantiene la regla para cuando se trata de poner al instituido la condición absoluta de no casarse, que excepcionalmente debe considerarse válida cuando la condición en cuestión haya sido puesta al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éstos. A continuación recoge varias sentencias del Tribunal Supremo sobre supuestos diversos referentes al tema, de las cuales, dice, no siempre se pueden obtener reglas generalizables que formen jurisprudencia. En su opinión, hay que estudiar la condición concreta sobre matrimonio que se haya puesto en cada caso para ver si es o no contraria a las leyes o a las buenas costumbres; por tanto, no considera correcto el argumento de que si el artículo 793 rechaza tan sólo la condición absoluta de no contraer matrimonio, son admisibles en cambio las genéricas de contraerlo, contraerlo con determinada persona y de no contraerlo con persona cierta; opina en cuanto a estas últimas que cuando las condiciones sean inadmisibles según las circunstancias del caso no vale acudir al artículo 793, sino al prevalente 792 que las considera no puestas.

El criterio de admisibilidad o no de las condiciones sobre matrimonio, según ALBALADEJO, resultará por tanto de sopesar todos los datos concurrentes; habrá que tener en cuenta objetivamente los hechos puestos como condición, apreciar quién la pone y a quién le es puesta, sus relaciones y las circunstancias concretas, según la conciencia social del momento.

Lo que sí está claro es que la condición de no matrimoniar rechazada por el Código es sólo la absoluta, es decir, la de no casarse con nadie, nunca y en ningún caso; la puesta al viudo o viuda por su difunto consorte, sus ascendientes o descendientes, es una excepción que debe admitirse exclusivamente al disolverse el matrimonio sólo por muerte, pero no por anulación, divorcio o cualquier otra causa distinta. También dice el autor que la prohibición alcanza incluso a los matrimonios que por falta de forma u otros motivos no llegaran a alcanzar plenos efectos civiles.

En cambio, considera más discutible la cuestión de si la condición excluyente del matrimonio comprende también el hecho de las relaciones extramatrimoniales; aunque siempre habrá de interpretarse la voluntad del testador, parece que, en principio, la condición de no unirse de hecho va implícita en la absoluta de no casarse impuesta por el cónyuge testador, y así lo entendió la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1961, afirmando que los mismos resultados resolutorios que el matrimonio lleva consigo «el hecho de la unión ilícita que pone de manifiesto la concepción de un hijo reconocido como natural por la viuda, como implícitamente afectado por la misma voluntad que consignó la mencionada condición».

La disposición testamentaria hecha bajo condición captatoria es nula según el artículo 794 del Código al suponer un evidente peligro de que se intente conseguir como contrapartida una determinada disposición testamentaria del instituido, ya sea en favor del mismo testador o de persona distinta. El Profesor ALBALADEJO estudia ampliamente la figura, resaltando que aquí la Ley establece un claro régimen de nulidad de la disposición afectada en lugar de seguir la norma general en las sucesiones de tenerla por no puesta. Con el examen de los distintos casos posibles, estudia los criterios propuestos para juzgarlos y considera que el citado artículo 794 constituye la frontera de la posible influibilidad en la voluntad testamentaria de otro como límite tolerable.

Sentada como regla general la nulidad de la disposición captatoria, se discute en cambio cuál debe ser la efectividad de la disposición realizada en virtud de la captación; hay argumentos tanto para sostener su validez como para considerarla nula, y ALBALADEJO, ante la duda, considera preferible decidirse por la validez, pues el artículo 767 del Código, en su párrafo segundo, establece que la expresión de una causa contraria a derecho se tendrá por no escrita; además, no es necesariamente seguro que el espíritu de la Ley que prohíbe la disposición captatoria, englobe también la de la disposición captada, ya que puede estimarse que no es tan grave promover como aceptar el toma y daca en materia testamentaria.

SEGUNDA PARTE.—EL TIEMPO DE CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN

Nos dice el Profesor ALBALADEJO que para precisar el tiempo de cumplimiento ha de manejarse no sólo la idea de cuándo, sino también la de qué es el cumplimiento, y por ello analiza en qué consiste dicho cumplimiento para la Ley y en qué momento debe tener lugar.

En la práctica puede haber problema de precisar si el hecho condicionante aconteció total y verdaderamente, o si fue exactamente o no el pedido por la cláusula condicional; pero en la teoría está claro que el cumplimiento consiste en el acaecimiento del hecho de que se trate. Ahora bien, además del cumplimiento real está el llamado ficticio o legal, que se da cuando no acontecido el verdadero, sin embargo, la Ley da por cumplida la condición, como si lo hubiese sido efectivamente. No hay duda que nuestra Ley, tanto en el artículo 791 como en el 1.119 del Código, admite para las condiciones testamentarias la sustituibilidad del cumplimiento real por el ficticio, pero ¿qué ocurre si el testador dispone expresamente que se dé un cumplimiento real con exclusión del ficticio? ALBALADEJO cree que, por un lado, no estando limitada la facultad del testador de dejar sus bienes a quien quiera bajo la condición efectivamente cumplida, y, por otro, que el causante de la imposibilidad puede ser obligado a resarcir el daño que ésta produjo, es preferible inclinarse por la suprimibilidad por el causante de la equivalencia del cumplimiento ficticio y el real cuando la establezca la Ley. Aclara que el único caso en que nuestra Ley admite el cumplimiento ficticio de la condición es cuando el interesado en que se incumpla impide a propósito el cumplimiento real, mediante una conducta contraria a la buena fe.

Las condiciones cuyo cumplimiento ficticio admite el Código son cuales-

quiera, sean casuales, potestativas o mixtas; en cambio, la conducta obstaculizadora que provoca el incumplimiento real debe provenir no de cualquiera, sino precisamente del contrainteresado; proviniendo de otro originaría la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.902, pero no habra cumplimiento ficticio. Por la misma razón que la Ley acoge el cumplimiento ficticio, debe acogerse el incumplimiento ficticio si el interesado en que la condición se cumpla provoca tal cumplimiento con conducta contraria a la buena fe.

Aclarada la cuestión previa del «cómo», estudia el «cuándo», o sea, el tiempo del cumplimiento, entendiendo que la regla aceptable es que la condición debe cumplirse en el tiempo querido por el testador, el cual puede señalarlo expresamente o bien habrá de averiguarse su voluntad por datos que permitan deducirla, tales como las circunstancias o detalles que concurran en la condición. Si ni expresa ni tácitamente aparece que el testador haya querido que la condición deba cumplirse en un tiempo determinado, vale cualquier tiempo, porque al testador sólo le importa que se cumpla, de modo que cualquier tiempo es bueno y puede esperarse indefinidamente la espera del cumplimiento.

El cualquier tiempo de cumplimiento si la condición es casual o mixta se extiende a todo período, vivo o muerto el testador (art. 796, 7.º), porque, tratándose de que éste somete la institución a la producción de cierto hecho con cuya realización se da por satisfecho, lo mismo le da que se verifique durante su vida o después. Mientras que si la condición es potestativa, el cualquier tiempo de su cumplimiento se reduce al que corra a partir de la muerte del testador y una vez enterado de la condición el instituido (art. 795, 1.º); luego no sirve el cumplimiento antes de la muerte, ni después ignorando la condición.

Como excepciones a las precedentes reglas deben señalarse: para la condición casual o mixta, si el hecho puesto como condición se hubiese realizado antes de otorgarse el testamento y el testador lo ignorase o, sabiéndolo, no pudiese repetirse, pues entonces se tendrá por cumplida; para la condición potestativa, si ya estuviese cumplida y no puede reiterarse; tales casos equivaldrían a una institución pura.

TERCERA PARTE.—MEDIDAS DE GARANTÍA PENDIENTE LA CONDICIÓN

Las medidas de garantía de los intereses de las personas involucradas en la institución condicional son de dos tipos: en la condición potestativa negativa, exigirle que afiance la devolución de la herencia recibida para el caso de hacer lo que la condición le prohíbe; para cualquier otro caso, poner la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse.

A continuación, el Profesor ALBALADEJO examina las particularidades del afianzamiento prescrito por el artículo 800 del Código Civil, que no es ni más ni menos que la versión actual de la «Caución Muciana», de origen romano, acogida por nuestras Partidas y demás leyes precedentes del Código, con textos prácticamente iguales.

Hay dos maneras de asegurar las expectativas posibles:

- Una, la normal del artículo 801, según la cual como hasta que la condición no se cumpla el instituido no recibe delación ni hace suya la herencia, ésta se pone en administración.
- Otra, la excepcional del artículo 800, se permite tomar la herencia, dando garantía de devolución para si realmente no llegase a ser heredero en su momento.

Al estudiar la administración de la herencia condicional, el Profesor ALBALADEJO opina que el testador puede ordenar que la herencia no se ponga en dicha administración, entregándose al heredero, sin más garantías. Si puede lo más, que es dejarle la herencia puramente, puede lo menos.

El orden de preferencia para ser administrador determinado por los artículos 802 y 803 es detalladamente contemplado, así como la obligación de prestar fianza y los demás supuestos.

Termina el Profesor ALBALADEJO su documentada e interesantísima exposición con el estudio de las reglas a que ha de ajustarse la administración de la herencia condicional; equiparada por el artículo 804 a la administración de los bienes del ausente, tiene, sin embargo, algunas especialidades derivadas del hecho de que sólo pueden aplicársele las normas de la representación dativa del ausente, pero no otras como el artículo 186 del Código. Por ello, entiende ALBALADEJO que para el caso de la administración hereditaria sólo es aprovechable el artículo 185 y ni siquiera entero, pues sería precisa su adaptación a las peculiaridades del caso.

CONTESTACIÓN DEL PROFESOR BELTRÁN DE HEREDIA

Como está mandado en tales solemnidades, el discurso de ingreso que hemos resumido fue contestado, en nombre de la Real Academia, por el también Catedrático y académico don JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, el cual de entrada trazó una cariñosa semblanza humana del beneficiario. «En todas partes —dijo— ha dejado y continúa dejando huella firme de su gran personalidad, como estudioso agudo e infatigable, espléndido escritor y expositor, capaz de enfrentarse con los problemas más complicados para resolverlos con ingenio, haciéndolos asequibles a todos.» Resaltó la labor científica del Profesor ALBALADEJO afirmando que es grande por el número de obras publicadas y magnífica por la calidad intrínseca de las mismas.

Terminada la semblanza personal, el Profesor BELTRÁN DE HEREDIA contestó y comentó el discurso de ALBALADEJO estudiando, desde el punto de vista de los antecedentes y el Derecho comparado, los diversos apartados de la condición en general, las condiciones concretas referidas al celibato y a la viudedad y el cumplimiento de la condición, para concluir con las repercusiones de la condición en la configuración jurídica de la delación hereditaria.

Sólo nos falta adherirnos a los encomios de BELTRÁN DE HEREDIA cuando dice que en la gran producción de ALBALADEJO es de destacar no sólo la formación doctrinal combinada con el ingenio del autor, que permite obtener una visión científica completa, sino también el estudio que continuamente hace de la realidad a través de la Jurisprudencia del Tribunal Su-

premo. «Con ello —dice— su obra, aparte del valor doctrinal, tiene una indiscutible importancia a los efectos de la práctica del Derecho.»

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CANO TELLO (C. A.): *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*. Editorial Civitas, Madrid, 1982.

Llega hasta límites insospechados mi afición a la recensión de libros, pues en vez de rechazar aquellos que ofrecen «tropiezos», dificultades o recomendaciones de «no te metas en esa materia», yo sigo fiel a lo que un día dijera un jurista famoso —CASTÁN, por más señas—: «No hay que confundir la interpretación con la dificultad que ella encierra, todas las leyes deben ser interpretadas», como todos los libros recensionados. Y no es porque el libro que traigo hoy a recensión trate sobre materia que me sea extraña, pues yo ya empiezo a doblar la esquina de mi madurez hipotecaria, ni porque en su contenido, distribución y sistemática no me parezcan bien, sino porque mi memoria retrocede en el tiempo y recuerdo que hace años, 1968 o por ahí, en la *Revista de Derecho Notarial* hice una recensión de una obra que se titulaba igual que ésta, *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario*, y su autor era un Registrador de la Propiedad que en su prólogo decía algo semejante a lo que el autor de ésta que traigo ahora dice: «Todo lo publicado hasta ahora no es apto para el fin de la preparación», y yo, junto con BONILLA entonces, peregrinaba en ese camino incierto del éxito con nuestra obra *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*. No tuve compasión y a la demanda que el autor pedía de que se le reconociese que su libro era algo importante, notable y sobre todo mejor que cualquier otro, le revolqué y creo que no pudo agotar su primera edición de muy pocos ejemplares y eso que contaba con la ayuda de la Editorial Revista de Derecho Privado.

Entonces tenía menos años y era más impulsivo. Por eso no voy a repetir lo que entonces hice y me voy a limitar a ver si la obra que recensiono cumple o no el reto (que nunca debió ponerse) que el autor ofrece en la justificación de la misma: «Al tratar de recomendar a nuestros alumnos de la Facultad de Derecho un texto de Derecho Hipotecario, nos hemos visto en la dificultad de no encontrar ninguno adecuado al nivel requerido para este primer contacto con una disciplina tan técnica y especializada. Existen, por supuesto, espléndidos tratados, pero su extensión resulta, a nuestros fines, desmesurada; existen también magníficas obras breves, mas su contenido suele ser incompleto y fragmentario a nuestros efectos. El presente libro pretende ocupar este vacío». Traducido al lenguaje de la calle quiere decir: «lo de los demás es muy bueno, pero lo mío es lo mejor».

Yo ya no suelo ir a bautizos, primeras comuniones ni confirmaciones, pues aún no he llegado a la época del nietazgo y me mantengo bastante bien en bodas de hijos e hijas de compañeros. También asisto a funerales, pero a entierros no, ya que ni al cementerio ni a la Delegación de Hacienda

voy por propio impulso, sólo si me llevan. Con eso quiero decir que esa zona joven que me rodea está en época universitaria y muchas —ellas y ellos— me suelen decir: «José Mari, hoy he fardado un disparate, pues al recomendar tu libro el catedrático le he dicho que te conocía». Yo de CANO TELLO no espero ni esa cita, pues repasando su trabajo veo que no me incluye ni en las obras generales ni en las monografías de sus citas bibliográficas, lo cual excluye mi obra de esos «espléndidos tratados» que por su extensión resultan desmesurados: ¡Bendito sea Dios y su santo nombre!

Y vamos ya con el reto que el autor lanza en la justificación, al que debe añadirse la finalidad que aparece en la portada posterior. Como advertencia general noto en la introducción que el autor se dirige al lector en plural, como es costumbre en los momentos actuales en los que la democracia de los partidos obliga a éstos a postergar el singular. Para el examen de la obra lo conveniente, a mi juicio, es destacar estos puntos:

a) EL CONTENIDO Y SU CLARA EXPOSICIÓN

La condensación que se hace de lo que se puede llamar «parte noble» del Derecho hipotecario creo que está hecha con esa pulcritud y seriedad que caracteriza al que se dedica a la labor docente. Lo que ya sería aventurado decir es si lo que se expone es suficiente para dar noticia cierta de los temas que se tratan. Quizá sea una cuestión que es preciso aplazar hasta que aparezcan los frutos. En todo caso hay que tener en cuenta que estas obras no suelen servir para «todos», lo mismo que esos apuntes que se utilizan en oposiciones, pues las memorias y los entendimientos de los alumnos no suelen alcanzar los mismos niveles. No obstante, como la publicación se ciñe mucho al texto de la ley, el universitario puede considerar este trabajo como una buena herramienta para el suyo, es decir, como un texto legal ilustrado. Quiero destacar que el texto que se brinda es claro y eso ya, aparte la cortesía que supone con frase de ORTEGA, es una buena andadura para que el no iniciado acepte en principio el libro como ayuda en el desbroce de conocimientos.

b) SU EXPOSICIÓN SISTEMÁTICA

El autor explica la razón de apartarse de las exposiciones tradicionales (ajustadas generalmente al temario de oposiciones o de comentarios por orden gradual de artículos) y parte de unas ideas básicas y fundamentales referidas a la publicidad, al concepto, contenido y naturaleza del Derecho inmobiliario registral, a los sistemas hipotecarios, a la interpretación y aplicación de la legislación hipotecaria y a los principios hipotecarios. Luego, adopta el criterio de seguir la trayectoria del título o documento presentado a inscripción exponiendo el procedimiento, la relación jurídica inscribible, los asientos que se practican en el Registro y los efectos de la inscripción, para luego terminar con el tema de la concordancia del Registro con la realidad y brindar al lector un conjunto de Resoluciones de la Dirección General cuyas fechas oscilan entre 1970 y 1979.

A mi juicio es irreproachable la forma de exposición, máxime cuando yo utilicé ya la misma hace tiempo en un libro hecho en colaboración, basándome en la teoría de PASCUAL MARÍN sobre la relación jurídica inscribible, que luego expone en forma más amplia AMORÓS GUARDIOLA. No obstante, y a fuer de ser sincero, debo confesar que, entre otras cosas, no creo que esté bien colocado ni responda a su epígrafe el principio de inscripción. Una cosa es el valor que la inscripción tiene y proyecta y otra la inscripción como una de las formas de lograr la concordancia entre el Registro y la realidad. Igualmente, forzada me parece la materia destinada al valor interpretativo de la Exposición de Motivos y a los órganos de interpretación, sobre todo en ese equivocado tratamiento que les da al citar la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

c) ACTUALIZACIÓN DE LA MATERIA

Una obra de este tipo que solamente toca conceptos generales es muy difícil que no esté al día en el momento de su publicación. En efecto, recoge la reforma del Reglamento Hipotecario en simple esquema. Igualmente recoge esa serie de Resoluciones de la Dirección General que autorizan la utilización de libros con hojas móviles con objeto de facilitar medios mecánicos de escritura, que, sin embargo, no refleja cuando el autor habla del uso de la máquina de escribir, ni cuando trata la publicidad formal de las certificaciones. Cito estos casos como podría citar la materia de fincas, tan conflictiva en el aspecto urbanístico, etc.

d) LOS DESTINATARIOS DE LA PUBLICACIÓN

La obra está escrita con dos destinatarios: los universitarios y los juristas no especializados. Claro está que sería a ellos a los que habría que preguntar si la obra les sirve, partiendo de lo que se dice y no lo que se omite, que para ellos es totalmente desconocido. Mi experiencia de preparador de opositores a Notarías y a Registros me hace concebir pocas esperanzas en torno a la eficacia de la publicación en el campo universitario, aunque tal y como se están poniendo los sistemas de acceso a estos cuerpos cualquier publicación, larga, corta, buena o mala, servirá, ya que van a entrar a «empujones», haciendo descender alarmantemente los niveles de conocimiento de los cuerpos en cuestión. Al jurista no iniciado creo que el libro no le sirve, pues lo que el jurista va buscando en los libros de materias que no domina es la solución de su caso concreto y ése casi ningún libro de Derecho Hipotecario se lo resuelve, y si quiere afrontarlo tendrá que profundizar en el estudio del principio o de los principios que se aglutinan en torno a su caso.

La monografía que recensamos no generará torcidas interpretaciones, pero sí convendrá que el autor cuide algunos pequeños detalles en su divulgación hipotecaria. Al niño hay que enseñarle a andar, después de ponerlo en pie, con las dos piernas y no solamente con una, pues se corre el riesgo que si ésta es la izquierda el día de mañana sale socialista. Digo esto porque al hablar de las anotaciones dice el autor que son asientos

transitorios porque hacen tránsito a otros distintos (inscripción o cancelación), y él mismo sabe, como yo, que también una anotación preventiva, la de suspensión, puede dar lugar a otra anotación. Lo mismo le sucede, aunque en esto inciden mucho otros autores, cuando al hablar de la cancelación dice que es un asiento accesorio. Y eso el autor sabe que no es cierto, puesto que si lo fuera deberíamos considerar a la segunda inscripción como «accesoria» de la primera. No, la cancelación no es accesoria y no depende de la inscripción, sino que la inscripción depende de ella, pues anulada una cancelación revive la titularidad de la inscripción que se había cancelado.

Debo añadir algún otro punto por vía de ejemplo. Va a ser muy difícil, a todos aquellos que han aceptado la tesis del autor en cuanto a la materia inscribible, convencerles de que la frase «relación jurídica inscribible» sólo es utilizada para una exposición sistemática, pues el autor sigue a LACRUZ en el punto conflictivo del objeto de la inscripción: se inmatriculan fincas, se inscriben títulos y se publican derechos... Claro que dirá el universitario: ¿Cómo es posible que se inscriba una cosa y se publique otra? Quizá el autor, que está más en contacto en la actualidad con el universitario y el profesional no iniciado en el Derecho hipotecario, haya tenido en cuenta todo esto y lo haya marginado por no tener la trascendencia que a mí se me ocurre darle en estos momentos. Para mí sería una satisfacción sentirme equivocado.

c) FINALIDAD PERSEGUIDA CON LA OBRA

Ya lo dijimos al comienzo. La obra pretende llenar el vacío que parece existir en esta clase de obras para universitarios y profesionales no iniciados. Aquí sí que tengo que discrepar y no como parte interesada, sino como «tercero de buena fe». No es cierto que exista vacío. Una cosa es que al autor no le gusten las obras en circulación análogas a las suyas por las razones que sean y otra que se diga que hay vacío. Pecaría si me pudiese a citar las que conozco, algunas recensionadas en estas y en otras páginas de revistas, y además podría caer en falta al dejar de citar alguna de ellas. Aquí ni hay que creer en los vacíos, como en las brujas (meigas), ni los hay. La frase del autor debe ser entendida a semejanza de aquella famosa «adjudicación en vacío» de la conocida Resolución del año 1958.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CARPINTERO BENÍTEZ, FRANCISCO: *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Ediciones Universidad de Salamanca, 1977.

Quizá uno de los males que padecemos en Derecho es el de la excesiva especialización y el de la consideración de las asignaturas como compartimentos estancos. Los especialistas vivimos encerrados en una cáscara de

huevo, sin relación ninguna con el mundo que nos rodea. Los positivistas, en general, solemos olvidar, con demasiada frecuencia, los orígenes y el fundamento del Derecho vigente. Por eso, el libro de CARPINTERO BENÍTEZ es uno de los pocos libros (de entre los que he leído de materia jurídica) que pueden calificarse sin exageraciones de genial. De una forma sutil, y sin aspavientos, pone en relación la fundamentación jurídica e ideológica del Derecho con el Derecho positivo. El libro huye de la filosofía del Derecho como un conjunto de palabras nuevas, usadas en sentido nuevo, para un selecto grupo de iniciados que se reúnen en una proclamación ritual de una verdad *a priori*, y logra ser un libro de filosofía del Derecho como fundamentación filosófica del Derecho, que hace del Derecho una unidad orgánica desde su fundamentación ética hasta su vigencia efectiva.

A mí del libro lo único que no me gusta es su título. Por poco comercial. No tiene atractivo ni gancho. Evoca un sesudo estudio de una materia objetivamente incomprensible. Y es que, a mi juicio, el contenido del libro no se ajusta exactamente a su título. El libro nos cuenta, en realidad, una apasionante historia jurídica del impacto de la reforma protestante en el Derecho privado. El tránsito de un derecho natural escolástico, fundado en SANTO TOMÁS, a un derecho natural racionalista fundado en última instancia en LUTERO. De la ley como resultado necesario derivado de la naturaleza de las cosas, a la ley como norma imperativo-racional emanada de poder político. VÁZQUEZ DE MENCHACA está allí, en el centro de esta evolución, como gozne de una puerta que se cierra (o que se abre: según se mire). La conclusión está clara: el llamado pensamiento europeo del ius-racionalismo protestante se fundamenta en el pensamiento jurídico español de nuestro Siglo de Oro y no en HUGO GROCIO, y ello aunque el pensamiento español no tenga el exclusivismo protestante de fundamentar el derecho exclusivamente en la razón y en el poder.

Y es que sin LUTERO no se puede comprender el mundo moderno. En el tránsito de la fundamentación del derecho desde el derecho natural medieval al derecho natural racionalista está latiendo una nueva fundamentación última del conocimiento; y sólo en la época contemporánea estamos llegando a sus últimas consecuencias. LUTERO deslinda razón y fe como materias dicotómicas, y hace de la naturaleza un ser en sí, sin relación directa con un Dios (que se proclama incognoscible). Por la predestinación a la salvación y por la identidad e igualdad de todos ante la gracia, se tiende a una sociedad no retributiva (donde no se va a tener en cuenta el valor de las obras). Por derivarse del pecado original la naturaleza esencialmente mala del hombre, se tiende a crear un poder político fuerte (que libere al hombre de sus malos instintos y haga posible la vida social); y, finalmente, fundada la autoridad civil directamente en el derecho divino, la razón última trascendente e inapelable del derecho y de la historia es la razón de Estado (soberanía política).

En ese contexto histórico, CARPINTERO nos presenta a VÁZQUEZ DE MENCHACA y a la doctrina jurídica de la época como no sistemática, agrupando cuestiones como casos prácticos interrogativos, pero prestando especial atención a la filosofía escolástica e introduciendo las humanidades en la ciencia del Derecho. El ius-racionalismo protestante, tomando principios nominalistas provenientes principalmente de GUILLERMO DE OCKHAM, con-

sidera el derecho como lo legal frente a la consideración del derecho como lo justo. CARPINTERO destaca, sin embargo, que la corriente imperativista está ya muy extendida entre los juristas españoles del siglo XVI. VÁZQUEZ DE MENCHACA, muy influido también por el nominalismo, identifica derecho civil con derecho positivo, y equipara *ius* y *lex*. Es especialmente interesante, en este contexto, el estudio de CARPINTERO sobre el doble fundamento del derecho (natural) en la razón y en la naturaleza (a lo largo de la época medieval), que acabará conduciendo, en el siglo XVII, al triunfo de la razón como única fuente del derecho. Lo característico de VÁZQUEZ DE MENCHACA, y en general de la doctrina española de la época frente a los autores protestantes, es considerar la libertad natural como subsistente en la vida social. En la sociedad civil no se produce una novación del derecho natural por el derecho civil positivo y los individuos siguen conservando su libertad natural (el llamado derecho natural permisivo).

VÁZQUEZ DE MENCHACA aparece, como digo, muy influido en algunos puntos por el nominalismo. Por ejemplo, en contra del pensamiento tomista, mantiene que lo bueno y lo malo no lo es en sí, sino porque Dios lo ha legislado; rechaza también cualquier tipo de relación entre el derecho y la teología moral (fundando el derecho en la recta razón). En OCKHAM, la propiedad privada es una derogación del derecho natural; para VÁZQUEZ, el poder político y la propiedad privada dependen de la voluntad de los sujetos; del mismo modo, la ley positiva se fundamenta en el pacto de adhesión a la sociedad y el príncipe puede imponer por sí mismo la ley, sin necesidad de consultar a los ciudadanos (con lo que se abandona la concepción medieval del origen pactado de la ley, y se aproximan los planteamientos de VÁZQUEZ a los protestantes). Existen, por tanto, importantes analogías entre el pensamiento de VÁZQUEZ y el iusracionalismo protestante, basado en la influencia que en ambos ejerce el nominalismo. Esto explica la gran estima que de VÁZQUEZ tendrán después autores como GROCIO y PUFFENDORF. Por eso también, para algunos, VÁZQUEZ es el fundador de la doctrina del derecho natural laico.

En el capítulo II estudia CARPINTERO la legitimación y la ideología política en el tránsito del derecho natural medieval al derecho natural moderno. SANTO TOMÁS había mantenido que la sociedad política se funda en la natural sociabilidad del hombre y, desde luego, en la familia. Por el contrario, del nominalismo y de las luchas de las investiduras va a surgir una concepción del poder político que lo entiende derivado de un pacto (para así poder romper los lazos de dependencia política con el papado). En VÁZQUEZ, y en esto también se aproxima a la concepción luterana del poder político, aparecen contrapuestas la naturaleza y la razón; los hombres nacen naturalmente libres; la comunidad política, en cuanto que genera desigualdades, es contraria al derecho natural; la fundamentación última del poder y de su existencia es el pecado y la corrupción. Estamos, pues, cerca de la concepción de HOBBS, que parte de la naturaleza asocial del hombre; y de los planteamientos de LOCKE y ROUSSEAU sobre la artificialidad del poder político. Sin embargo, donde VÁZQUEZ, y en general la doctrina jurídica española de la época, se va a distanciar de los protestantes es en la concepción de la limitación institucional (jurisdiccional) del poder político. No existe propiamente una recepción del concepto de soberanía como poder absoluto *a priori* e irrevocable. El príncipe es mandata-

rio del pueblo. El poder del príncipe es esencialmente revocable. Por eso mismo, en VÁZQUEZ, frente al *iusracionalismo* de GROCIO, el príncipe está sometido a las leyes positivas.

En el capítulo III CARPINTERO estudia la incidencia de las teorías políticas en las instituciones jurídico-privadas. Examina principalmente el derecho de propiedad y la prescripción. VÁZQUEZ es calificado, en la exposición del derecho de propiedad, como individualista. Define la propiedad transcribiendo literalmente la definición de libertad del *Digesto* (D. 1, 5, 4). En este lugar expone CARPINTERO una interesantísima síntesis de las discusiones medievales sobre el derecho de propiedad. Para VÁZQUEZ, en el derecho natural y de gentes positivo, la tierra era esencialmente común a todos los pueblos, y la propiedad privada procede del derecho civil positivo. La concepción del derecho de propiedad como derecho natural indeterminable es principalmente obra de LOCKE y va a pasar a fundamentar el liberalismo económico. Sobre la prescripción expone CARPINTERO cómo hasta el siglo XIX se considera a la prescripción como una institución fundada en el derecho positivo, y contraria al derecho natural y de gentes; por el contrario, VÁZQUEZ, desde un planteamiento más moderno, considera a ésta una institución paralela y similar al derecho de propiedad.

En el capítulo IV examina CARPINTERO la relación entre ideología política y comunidad internacional. Refiere CARPINTERO cómo VÁZQUEZ es preferentemente conocido y estudiado por los internacionalistas por las citas que de él hará, ochenta años después, HUGO GROCIO. VÁZQUEZ fue el autor español de la época que más extensamente se ocupó del problema del Imperio y el que más radicalmente negó el pretendido poder universal del emperador. Quizá esto explique la gran estima que de VÁZQUEZ tenía el *iusracionalismo*.

Y hasta aquí esta pequeña, y necesariamente insuficiente, síntesis del libro de CARPINTERO BENÍTEZ; no puede decirse que sea un libro de rabiosa actualidad, pues vio la luz hace ya casi seis años; sin embargo, creo que ha sido injustamente postergado. El libro es un libro clave para comprender el derecho del Estado moderno. Para un civilista es de especialmente grata lectura, pues se centra, de forma cuidada y detallada, en la trascendencia y aplicación jurídico-positiva de las teorías fundamentadoras de la sociedad política. Diré, por último, que el libro es de redacción elegante y de lectura fácil y sencilla.

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPI

Etudes dédiées à Alex Weill. Ed. Dalloz-Litec, París, 1983.

En honor del que fue Decano de la Facultad de Derecho de Estrasburgo durante muchos años, y cuya amplia actividad científica, que abarca de 1938 a 1973, tuvo por eje su Universidad, se publica este volumen que comprende treinta y seis aportaciones, la inmensa mayoría de universitarios franceses, a los que acompañan otros de Bélgica, Madagascar, Si-

ria y Líbano. Las materias son muy variadas, como fue la actividad del homenajeador y su relación de cargos y honores: el Derecho civil, el penal, procesal, laboral y mercantil están ampliamente representados. En la imposibilidad de recensionar uno por uno los trabajos de referencia nos limitamos a seleccionar algunos de ellos con temas que pueden considerarse más atractivos para los habituales lectores de esta publicación.

ANDRÉ TUNC, de la Universidad de París y de notorio relieve por sus incursiones en el ámbito mercantil anglo-sajón, estudia «La nueva estructura de la Sociedad Anónima en Estados Unidos», advirtiéndonos no sólo contra el prejuicio europeo respecto a la ciencia jurídica americana, sino también de la calidad de sus profesionales. Con gran número de Estados, muchos de ellos con su singular legislación, se comprende fácilmente no sólo la ingente cantidad de revistas jurídicas, sino que el número de los profesionales del Derecho deba cifrarse en el medio millón. Y como, dado su estado económico, bastantes de los asuntos objeto de debate son de no escasa importancia y la *quota litis* o *contingent fee* se practica sin desdoro alguno, en las formaciones de *Lawyers* pueden hallarse soberbias élites que efectúan verdaderas exhibiciones de imaginación y competencia, y que acaso puedan clasificarse como las mentes más sutiles y profundas del ámbito profesional, aparte de las mejor retribuidas. El ardor de su actuación contribuye a la evolución del Derecho, a la que no es ajena la postura escasamente pasiva de la Justicia. El Derecho se encuentra en constante movimiento y TUNC, comentando las quejas de los juristas franceses de las excesivas reformas legales, manifiesta que éstos no conocen su estado paradisíaco. En Estados Unidos la reforma no es frecuente, es permanente.

Dos instituciones controlan el funcionamiento del Derecho de Sociedades sugiriendo y hasta decidiendo las reformas pertinentes. Una es la famosa «Securities and Exchange Commission» (S. E. C.), que aunque teóricamente sólo tiene a su cargo el control y reglamentación de los valores mobiliarios, de hecho se entromete en la organización y actuación de las sociedades. La otra, meramente oficiosa, es la conocida «American Bar Association» (A. B. A.), en cuyo organigrama aparece una «Section of Corporation, Banking and Business Law», dentro de la que actúa el «Committee on Corporate Laws» publicando una revista de considerable influencia: *The Business Lawyer*.

El citado Comité de A. B. A. no sólo está atento a todo el movimiento de la vida social propugnando las alteraciones procedentes, sino que incluso en vistas a la uniformación legislativa ha llegado a publicar un «Model Business Corporation Act» con varios suplementos. También editó en 1978 un conocidísimo *Corporate Director's Guidebook*, verdadero catecismo de reglas fundamentales, indicaciones útiles y consejos valiosos, una interesante norma de conducta para unos altos funcionarios sociales, a los que en todo momento se les recuerda la trascendencia de su misión y la importancia de sus responsabilidades.

En la típica sociedad tipo anónima americana se distinguen claramente dos órganos: el de los «Directors», con su Consejo o «Board», su Presidente y cargos complementarios, y el de los «Officers», que constituyen el «management», también con su «Chairman», o Presidente del «Board», y el Gerente principal o «Chief Executive Officer». Los primeros, los «Directors» o consejeros, pueden o no formar parte del «management», clasificándose en «inside» o «outside Directors». Si deben o no participar en el mismo es materia discutida y enjuiciada desde diversas perspectivas; la Bolsa de Nueva York exige que las sociedades que en ella cotizan tengan en su «Board» por los menos dos «outside Directors», cargos que acostumbran a cubrirse con elementos relacionados con la sociedad: bancos, proveedores, asesores jurídicos o fiscales, aunque no falten los simples amigos o parientes.

Los Directores acostumbraban a ser elementos fundamentalmente decorativos, encargándose sólo de la alta dirección o inspección. Incluso MACE llegó a publicar una obra con el título *Directors. Myth and Reality*. Pero por influencia de la S. E. C. se ha procedido a asignarles funciones efectivas y la «Foreign Corrupt Practices Act» de 1977 trató de evitar, entre otras corruptelas, la cooptación en base a proposiciones del «management», en algunos casos encaminada a obtener un ineficaz control de su gestión administrativa.

El «Guidebook», citado anteriormente, detalla los diversos comités en que puede subdividirse el «Board» de Directores y sus concretas misiones: el «Nominating Committee», los nombres de las personas encargadas de cubrir los altos cargos; el «Compensation» tendría a su cargo las retribuciones; el «Audit», la censura de cuentas, bien directamente, bien a través de tercero; los «Financing», «Executive» y otros las indicadas en sus denominaciones.

Sobre estas bases TUNC realiza una detallada comparación de la estructura y funcionamiento de las sociedades americanas y francesas, fácilmente ampliable a las del ámbito de la «civil law», así como de los resultados alcanzados y atribuibles a las respectivas estructuras.

La profesora de Lille DOMINIQUE RANDOUX efectúa una profunda meditación sobre el problema de la especialización de las sociedades. Estas, normalmente, no tienen un objeto «omnibus», sino que se constituyen para una precisa finalidad, un objeto determinado; incluso la indeterminación es considerada por doctrina y legislación como característica impropia. Pero ciertamente también se admite que para terceros el valorar la adecuación, directa o indirecta, de las actuaciones de los órganos en relación con el objeto social es prácticamente imposible; tal juicio queda reservado a la esfera interna, donde podrá dar lugar a las responsabilidades procedentes. En su vida externa las sociedades se desenvuelven como carentes de objeto determinado y aun en ocasiones constituyen complejos grupos, formaciones de estructuración totalmente antitética a la especialidad objetiva.

Junto a estatutos que podríamos denominar abiertos, aptos para toda clase de fines, hallamos personas jurídicas o estatutos con construcción

prefabricada en vistas a su fin: cooperativas, sociedades de participación obrera, sociedades públicas. Pero desde hace unos lustros este movimiento de especialización se está multiplicando en forma alarmante; en ciertos casos por voluntad de los fundadores, pero con mucha más frecuencia por imposición legal que con privilegios fiscales o administrativos, por lo general, tiende a orientar a los ahorradores hacia sectores deprimidos, o a protegerlos simplemente, o a atender razones de orden público o interés general.

Se constata en los últimos años la aparición de normas relativas a las GAEC, agrupaciones de explotaciones poco rentables; las agrícolas, que permiten desde la mecanización indispensable hasta abarcar el completo ciclo que va desde el inicio de la producción a la distribución a los consumidores directos; las de construcción, en especial las sociedades civiles de atribución, construcción-venta o alquiler; las sociedades civiles profesionales con sus múltiples subgrupos que comprenden las que han adquirido un extraordinario desarrollo, como las de laboratorios, hasta aquellas en que han resultado eficaces, pese a su reducido desarrollo, las sociedades notariales, pasando por aquellas otras en las que se ha procurado conjugar el ejercicio común con las exigencias de la ética y la titulación profesional: las de arquitectos, expertos contables, asesores jurídicos, agentes de cambio, farmacéuticos. El etcétera es muy extenso y quedan en un aparte tampoco menguado aquellas otras que tradicionalmente vienen siendo objeto de regulación especial: las bancarias, aseguradoras, de inversión, en especial las de inversión en títulos extranjeros; las de capital variable y otras muchas.

RANDOUX apunta las ventajas de la especialización, sin duda importantes, pero reseña también sus inquietantes peligros. Fuerzas centrípetas invitan al mantenimiento de un fondo común, una unidad jurídica del mundo social en el que ya obran normas dimanantes de la experiencia que protegen a asociados y a terceros y, aún, los intereses de la sociedad en general; divisas de mucho valor, principios que deberían considerarse imperecederos. Frente a ellas otras fuerzas centrífugas impelen a dar importancia primordial a materias que acaso sólo debieran considerarse secundarias, banales, accidentales e invitan a que el Derecho de las Sociedades estalle en mil fragmentos y deje de ser un coordinado sistema planetario.

El fenómeno se observa en la multiplicidad de reglas que en muchos casos abarcan la totalidad del esquema social; en las dudas que suscitan las previas autorizaciones, los estatutos-tipo, el control inicial; la duplicidad de registros, administrativos y comerciales; las dudas que se originan respecto al momento inicial de la personalidad jurídica; la presencia de tipos tan especiales o inasimilables que su fusión o transformación con o en otros equivaldría al «mariage de la carpe et du lapin», cuando tradicionalmente se ha considerado fundamental la evolución de la vida social al compás de los avatares de la vida: el retorno a las normas comunes mediante la renuncia a privilegios, la posibilidad de nuevos objetivos mediante una simple variación de los fines sociales consignados en los Estatutos, acompañada de la denominación, domicilio y capital, prácticamente una nueva sociedad. Finalmente, la denuncia se centra en los probables males de la hiperespecialización, no sólo la dispersión del derecho

general, sino la rápida atrofia o esclerosis de los tipos acentuadamente singulares o híbridos.

En su estudio sobre «Abstracción y realismo en la determinación del objeto de la propiedad inmobiliaria», GILLES GOUBEUX, de la Facultad de Nancy, pone a prueba una reciente creación de la práctica: la división de la propiedad inmobiliaria en volúmenes. Es de interés la cita bibliográfica relativa a la materia que, esquemáticamente, reproducimos:

CHAMBELLAND, GINGRÁS y HALOCHE: *Les ensembles immobiliers complexes*, de 1975; SOMMIER: *La division de la propriété immobilière en volumes cessibles*, 1976; BEZOMBES-SINGLA: *Droit de superficie et construction en volumes*, 1976; SAVATIER: *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, 1976; ALLINE: *Domainialité publique et ouvrages complexes*, 1977; GAUDEMET: *La superposition des propriétés privées et du domaine public*, 1978; LABAUDÈRE: *Réflexions d'un publiciste sur la propriété du dessus*, 1978; MORAND-OLIVIÉ: *Organisation juridique des complexes immobiliers*, 1980.

El montaje jurídico que ha atraído la atención de los estudios citados y otros posiblemente aparecidos con posterioridad se basa en los conjuntos inmobiliarios complejos, en los que se superponen, yuxtaponen y entrecruzan diversas construcciones: garajés y áreas de estacionamiento, galerías comerciales, vías de circulación, oficinas, escuelas, zonas verdes o deportivas y parques infantiles, en espacios que de cuando en cuando permiten contemplar el azul del cielo o la caída de la lluvia. Todo ello originado por la escasez de espacio disponible en las grandes poblaciones.

Como inciso añadamos por nuestra cuenta la existencia en Francia de la llamada «cota» de «Nivelación General» (N. G. F.), que permite la perfecta delimitación de espacios aéreos o subterráneos con independencia del suelo, lo que se complementa con una plataforma catastral que permite obtener los datos necesarios en relación con edificabilidad, destino y características de los inmuebles a construir, lo que ha permitido los citados artificios jurídicos en los que se han basado construcciones como la Torre-Marne, de Montparnasse; el barrio de La Défense, en París, y aún poblaciones totalmente nuevas como las de Evry y Marne-la-Vallée, así como la renovación del centro de Epinay. Sobre ello puede consultarse la recensión de una obra de PIERRE WALET obrante en el número 117-8 de la *Revista de Derecho Notarial*.

Con los volúmenes espaciales se pasa de la geometría plana a la espacial; estamos ante una concepción desmaterializada y estilizada de la propiedad territorial, en frase de SAVATIER; tal vez ante una nueva delimitación del objeto del Derecho inmobiliario y un nuevo concepto de su propiedad que deja de coincidir con el que historian protocolos y registros, en el que aparecen personas y títulos, cultivos y edificaciones. La propiedad se hace abstracta, llevando hasta increíbles extremos el principio en que se fundamenta la nueva elucubración jurídica, el *usque ad caelum et inferos*. Es una propiedad desencarnada, en la que la posesión, la prescripción e instituciones tradicionales quedan apartadas; más asimilable a la propiedad intelectual o literaria que a la territorial con su ensorbecido e independiente titular, presto a la defensa de su dominio.

Pero GOUBEAUX estima que todo ello no pasa de ser una loca ambición. El suelo es siempre la base esencial, y cuando el aprovechamiento del mismo excede de límites elementales hay que contar siempre con el favor de la Administración; realmente se trata de concesiones administrativas, urbanísticas. El volumen por sí solo, sin una relación con el suelo, no es una propiedad territorial. Realmente es un derecho inmaterial, administrativo y sobre el mismo se negocia como sobre derechos futuros. El volumen no queda aniquilado por un cataclismo, es perpetuo, mientras cuenta con la benevolencia de la ley. Separado del suelo, no coincidente con la soberanía tradicional del propietario territorial como derecho de propiedad, es simplemente un mito. Sólo la interrelación suelo-volumen puede ser objeto estricto de propiedad.

La propiedad de volúmenes exige siempre la presencia de un sindicato de titulares que coordine la interdependencia de los respectivos derechos. El derecho de superficie sin el suelo es una simple especulación, y aún tal derecho más que de superposición en el espacio es una sucesión de propiedad en el tiempo, como muestra CHARLES GOYET en tesis citada por GOUBEAUX. De ahí las profundas reservas con las que hay que contemplar estas creaciones jurídicas que parecen apartarse excesivamente de los esquemas tradicionales.

Finalmente, y para no extendernos demasiado, una simple referencia a un maravilloso estudio de PIERRE GODE, de la Universidad de Niza, en relación con «La mentira en el proceso civil».

Justicia y verdad son inseparables, por lo menos aparentemente; las decisiones judiciales ordinariamente se apoyan tanto en hechos como en normas. El recuerdo de Salomón es imperecedero, aunque no pueda afirmarse, en términos absolutos, que dilucidara perfectamente la verdad. Pero la primera misión del Juez es eliminar la mentira.

Generalmente el estudio de la mentira como fenómeno procesal se elude prudentemente, y aunque el Juez cada vez aparece investido de mayores poderes discrecionales en orden a la determinación de la verdad, normalmente sólo se obtiene una verdad objetiva, oficial, sobre la que dicta su decisión.

Analizar la mentira equivale a plantearse el *Quid est veritas*? Hay una verdad subjetiva: el chirriar del frenado es siempre para la víctima signo evidente de un exceso de velocidad, mientras que la conducta del atropellado es siempre imprevisible y suicida para el conductor. La realidad se expresa como la han visto las partes, y en muchos casos con toda sinceridad. Y sobre esta materia, sobre las mentiras piadosas que permiten alcanzar el fin deseado, obra en ocasiones del propio Juez, y sus remedios reflexiona profundamente, con sutileza de artista, PIERRE GODE. Es un estudio excelente, de sabrosa lectura que invita a la meditación. Todo antes que dejar la decisión a la suerte de los dados, como se atribuye al Juez BRIDOYE.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

FUEYO LANERI, F.: *Teoría general de los Registros*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982.

A la vuelta del Congreso de Roma el autor de esta monografía dejó para mí un ejemplar de la misma con el encargo de que le hiciera una recensión en nuestra Revista. A FERNANDO FUEYO LANERI creo que se le pueden negar muy pocas cosas y entre ellas, por supuesto, no están las recensiones de sus publicaciones. FERNANDO es amigo de sus amigos, en la gran extensión que la palabra lleva, y creo que a mí me cuenta entre ellos. Aún recuerdo con auténtica emoción la recepción que nos dio a un grupo de españoles en su residencia de Santiago de Chile, donde tuve el placer de ver su biblioteca, su fichero y la vida jurídica que de todo ello emanaba. También entiende, y esto creo que es ocioso decirlo, de «piscos», de vinos y de sabrosos platos.

FERNANDO es un gran jurista y como «caballero andante» suele estar presente en toda esa serie de manifestaciones que tanto en América como en Europa se celebran en lo que ha constituido una obsesión suya: el Derecho notarial y el registral. El libro, por ello, no viene a ser más que un resumen de sus conocimientos en torno a la institución registral. Creo que en Chile, con o sin Pinochet, será preciso contar con FERNANDO para cualquier movimiento legislativo que trate de ordenar la legislación de origen.

Y dicho todo esto vamos a pasar a lo que puede ser el contenido de la idea que motiva la publicación. Advierto al que leyere que yo no estoy de acuerdo con el autor en su arranque aunque él diga que «no intento en esta primera ocasión formular una teoría completa de los registros». Ni se te ocurra, FERNANDO, hacerlo en ninguna otra ocasión si no partes de una idea clave que es la diferenciación entre el Registro administrativo, puro fichero o archivo, y el Registro jurídico, o que produce efectos jurídicos. Ambos tienen publicidad, pero uno es publicidad noticia y otro publicidad efecto. Tú eso lo sabes tan bien como yo o mejor que yo, pero no lo quieres reconocer en tu monografía, pues tu intención es brindar al lector un conjunto de disposiciones legales que estructuran y regulan un conjunto de registros, y para clasificarlos «escurres el bulto», que decimos por aquí, y atiendes a otros criterios que no son primordiales, sino derivados de la clasificación anterior.

Digo todo esto porque, como tú bien sabes, aquí hubo un peligroso intento de «tratamiento unitario de la actividad registral» por parte de un tal MONTORO PUERTO que, basándose en tesis un tanto indisciplinadas de LÓPEZ MEDEL, AMORÓS GUARDIOLA, GONZÁLEZ PÉREZ, etc., permitieron esbozar una especie de teoría general de los registros, cosa que luego tuvo una prolongación curiosa en una de las aportaciones españolas al Congreso Registral de Puerto Rico por parte de JOSÉ MENÉNDEZ y a la cual ya le he dedicado la crítica en algún otro sitio. Date cuenta que esta tesis en este momento en que España ha comenzado a «echar a andar» su Constitución no cabe admitirla. El artículo 105 de la misma habla de registros administrativos y el 149 de registros jurídicos, y todo lo que se aparte de eso comienza a ser anticonstitucional. Debemos en todo caso aceptar que los

autores de la Constitución sabían algo de esta distinción, aunque les saliera intuitivamente.

El empeño del autor lo resume en sus primeras páginas al decir que busca los puntos de convergencia entre registros, la distinción por sus caracteres, encasillarlos ante la autoridad que les corresponda, hablar de todos y si se habla de uno es para llegar a una idea global sobre ellos, llegar a la conquista del concepto de igualdad global sobre ellos, de lo que se derivarán reglas comunes a todos. Estos anhelos, que son auténticamente legítimos, sólo pueden servir si se parte de un grupo homogéneo de registros: o son jurídicos y para los jurídicos sí podemos encontrar todo eso que se intenta, o son administrativos y también para ellos, pero en otra esfera, pueden lograrse esos anhelos citados. Bueno, ésta es mi postura, pero no la del autor, que intenta con la asimilación del concepto de protocolo a registro, con el concepto de certeza, con el concepto de publicidad y con la acepción «derecho registral» llegar a sus metas. Recuerdo todavía cuando NÚÑEZ LAGOS, en el año 1949, en uno de los primeros Congresos del Notariado Latino, provocó la división doctrinal ibérica al hablar de registros de hechos, de documentos, de actos y contratos, de títulos y de derechos reales... y eso que todos eran jurídicos.

A través de lo que el autor llama el acto del registro, al cual destina el primer capítulo, y que estudia en su sentido amplio dependiente de la concepción amplia de los registros, que no descarta el principio de fe pública, resume los caracteres y efectos del mismo diciendo que es acto jurídico formal, conexo con un registro, público o privado, unilateral, imperativo o voluntario, patrimonial o extrapatrimonial, causal, producirá efectos plenos o restringidos, solemne y esencialmente impugnabile. Sería muy difícil ir penetrando en cada uno de los puntos que el autor utiliza, pero sí me quiero fijar en una afirmación categórica del mismo que es cierta, pero que es incompleta: el registro, dice, cualquiera que sea su nivel o categoría, genera una creencia notoria o manifiesta, bien venga ésta impuesta de arriba hacia abajo o un fenómeno receptivo del pueblo hacia la autoridad. Esa es la esencia de la publicidad: dar noticias y que la gente crea en ellas, pero con eso no se logra la seguridad jurídica: además de dar noticias hay que mantenerlas en función del que cree en ellas y en aras justificantes del principio de seguridad en el tráfico jurídico. Ahí es donde está la clave.

Como la obra tiene ocho capítulos y el que he comentado es el primero, ahora nos quedan los otros siete, que estructuraré a mi modo para dar una noticia amplia de los mismos al lector.

A) RECUENTO DE REGISTROS PUBLICOS O PRIVADOS

El autor advierte que en su enumeración ha partido de la legislación chilena, pero que también ha tenido en cuenta otros países. Su clasificación es más enumerativa que sistemática y, por ello, la respetamos:

- a) Registros connaturales y tradicionales en un sistema registral. Sitúa el Registro del estado civil de las personas, el de la propiedad inmueble y el Registro o protocolo del Notario.

- b) Registro de automotores o vehículos motorizados. Resulta difícil encajar este registro en nuestro sistema, siendo propio del chileno y el argentino, a quien Moisser dedicó varios trabajos. Por estas latitudes habría que conjugar las ideas y hablar de un registro administrativo en las Jefaturas de tráfico y dos registros jurídicos: el de ventas a plazos y el de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.
- c) Registro municipal y registro nacional de conductores de vehículos motorizados.
- d) Algunas prendas vinculadas con el registro. El autor, con diversas legislaciones citadas, incluye la hipoteca mobiliaria, la prenda sin desplazamiento, la prenda agraria, prenda sobre cosa mueble vendida a plazo, prenda industrial, sobre valores mobiliarios, hipoteca de naves, hipoteca y créditos privilegiados sobre aeronaves, prenda de fondo mercantil o de comercio, prenda sobre bienes sustituibles o prenda flotante, etc.
- e) Registro central de testamentos.
- f) Registro de accionistas de la sociedad anónima.
- g) El «leasing» o contrato de arrendamiento financiero y su registro público. DE LA VIÑA MAGDALENO, citado por el autor, presentó en Puerto Rico en 1977 una ponencia para incorporar a la Ley uniforme de los registros jurídicos de bienes este posible registro.
- h) Registros destinados a proteger creaciones de la inteligencia y, en general, derechos o fondos extrapatrimoniales. Señala, entre ellos, el Registro de la propiedad intelectual, el de la industrial y el registro de museos.
- i) La Ley de prehorizontalidad de la Argentina y el Registro de la Propiedad Inmueble. La inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble es fundamentalmente preparatoria de un acto registral futuro y un control integral de un contrato de tracto sucesivo, sobre cosa generalmente futura y que es necesario garantizar con el auxilio de múltiples medidas cautelares que la ley señala.
- j) Registro de letras de crédito hipotecario destinadas a la adquisición de inmuebles.
- k) Empresa individual de responsabilidad limitada.
- l) El Registro Municipal de Solares de España.
- m) Registro de Universidades privadas.
- n) Registro de asociaciones o gremios que reúnen a sujetos dedicados a una actividad igual o semejante. Incluye el de profesionales, el de comerciantes, el de viajantes, comerciantes de ferias libres, ambulantes y estacionados, y el registro nacional de empleados de farmacias.
- o) Registros para la publicidad y control de profesionales que contratan con la Administración pública. Se incluyen el de contratistas, contratación de trabajos de consultorías.
- p) Registros destinados a la publicidad y control de objetos, sustancias, personas o grupos que acusan peligrosidad (pesticidas y armas).

- q) Registro nacional de telecomunicaciones.
- r) Registro de publicidad y control de conductas ilícitas (habitantes y general de condenas).
- s) Registro de caballos de sangre pura de carrera.
- t) Registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre.
- u) El «Gran Registro» de la proclamación de la independencia de Chile.

B) CLASIFICACION DE LOS REGISTROS Y PRINCIPIOS

Para lograr esa clasificación posterior a la enumeración de los registros el autor utiliza los siguientes elementos: la jeraquía, el sujeto encargado del registro, el efecto jurídico de la fe pública, la materialidad en donde se practica la inscripción, los fines y la clasificación del argentino GARCÍA CONI, basada en la de NÚÑEZ LAGOS.

Después de precisar el concepto, el valor teórico y eficacia práctica, determinación y clasificación de los principios, estudia el de seguridad jurídica, el principio de fe pública, el de publicidad, el de legalidad, el de orden público, el del control, de la autoridad, el dinámico o del fin, el de la corporeidad o corporalidad y otros que se excluyen. Su estudio lleva consigo la aplicación a los registros enumerados. GARCÍA LORCA me viene a la memoria, y yo, que soy fiel a la amistad, tengo que recordar uno de sus últimos versos: «la luz del entendimiento, me hace ser muy comedido».

C) OTRAS CUESTIONES

El autor estudia el orden público en cuanto contribuye a fijar el número, clase y funciones de los Registros. Igualmente afronta la distinción entre el sistema latino registral y las ideas que presiden el sistema anglosajón. También trata de los medios modernos (microfilmes y ordenadores) en la materialización de los trabajos registrales y, por último, la necesidad de la enseñanza de las disciplinas registrales en la Universidad.

Termina el autor su obra con una serie de conclusiones, entre las cuales está la reserva que hace de su legítimo derecho de complementar o corregir más adelante lo que aquí ha escrito, pues igual derecho les asiste a los «terceros de buena fe»... Es decir, está invocando el posible derecho, que en propiedad intelectual llamamos del «arrepentimiento», y yo entiendo no solamente como tercero de buena fe, sino como segundo y primero, que la obra ofrece un gran perfil constructivo, pero que necesita una estructuración basada en una concepción del registro como institución, en la diferenciación de registros jurídicos y administrativos y en un entendimiento de la seguridad jurídica con su doble proyección: seguridad del derecho y seguridad del tráfico. Es básico el concepto de publicidad noticia y publicidad efecto... El autor lo sabe mejor que yo, lo que quiere es que se

lo digamos para ejercitar su derecho al «arrepentimiento» y publicar cuanto antes una segunda versión de su monografía.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

LACRUZ BERDEJO, J. L., Díez PICAZO, L., SÁNCHEZ AGESTA, L., LUNA SERRANO, A., PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., SANCHEZ REBULLIDA, F. DE A., DE LOS MOZOS, J. L., VALLE RODRÍGUEZ, M., MENDOZA OLIVÁN, V., SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., ALMANSA PASTOR, J. M., COBO DEL ROSAL, M., CASADO RUIZ, J. R. y NASARRE GOICOECHEA, E.: *Protección jurídica de la familia*. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1982.

Debe ser ya el cuarto libro sobre el Derecho de Familia el que traigo a estas páginas como objeto de recensión. Mientras en el ambiente político se persigue a la familia, aquí parece que la familia me persigue a mí. Y es que la familia sigue siendo una importante institución de difícil destrucción. Se sigue teniendo en pie aún y a pesar de esos ataques solapados que se dirigen a su base, para que una vez destruida ésta caiga y se desmorone el resto. Es algo así como «adorar al santo por la peana». La forma de acabar con un cuerpo de profesionales no es la «supresión radical», sino la multiplicación rápida de sus escalafones que bajan su nivel y lo igualan en conocimientos con los que están fuera. Es como quitarle el bordillo a la acera: todo se hace calle.

Conforta, por ello, ver cómo un grupo de juristas agrupan sus trabajos bajo el denominador común de la protección jurídica de la familia. Digo conforta porque frente a lo que estudiamos en su día, dicho magistralmente por CASTÁN, aparece a veces en el periódico frases e ideas en las que no se sabe qué es peor: si su publicación o su lectura. CASTÁN, ese magisterio jurídico de toda una época, había dicho «que en todo tiempo ha sido y es la familia la verdadera célula de la sociedad, base y piedra angular del ordenamiento social, no sólo porque constituye un grupo natural e irreductible que tiene por especial misión la reproducción e integración de la humanidad a través de las generaciones y de los siglos, sino además porque es en su seno donde se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad, las tendencias altruistas, las fuerzas y virtudes que necesita, para mantenerse saludable y próspera, la comunidad política». Por eso los antiguos, con frase muy conocida, llamaron al matrimonio *principium urbis et quasi seminarium reipublicae* (Cicerón). Frente a esto, en un «dominical» de un diario madrileño se publica una frase de un tal PEDRO ALMODÓVAR que dice, refiriéndose a la institución familiar: «Habría que destruirla absolutamente. Es una de las invenciones más diabólicas de la sociedad, inventar algo más natural, tal y como están las cosas la familia es una fábrica de neuróticos, toda tu vida te sientes unido a las figuras del padre o de la madre, el fantasma particular de cada uno».

Entiendo que la familia todavía tiene poder de convocatoria para sus

miembros, y aunque no sea negociable como la OTAN (lo cual supondría un robustecimiento inmediato), volverá a recuperar todo lo que se la ha intentado quitar. Es la vuelta del hijo pródigo. Así también lo cree LACRUZ BERDEJO en ese magnífico prólogo que encabeza la publicación: de todas las colaboraciones podríamos extraer un factor común: la creencia en el valor y la fe en el futuro de la familia, como único medio normal y razonable de socialización inicial de los hijos y de soporte psíquico y afectivo de todo el cuerpo. Creencia y fe, en particular, en la familia constituida a partir del matrimonio: en la que hasta ahora ha venido llamándose «familia legítima».

En estas obras colectivas, pero con partes diferenciadas por aportaciones específicas de diversos autores, se plantea siempre al recensionista el tema del criterio a seguir para la exposición de materias, y mi costumbre ha sido siempre el agruparlas sistemáticamente sin orden preferencial y atendiendo a la afinidad de materias que comprenden. Por ello, ahora y sin licencia concreta, las someto a la siguiente clasificación:

A) LA FAMILIA, EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO

Cubren, como se dice ahora (aunque a mí la palabra cubrir no me gusta nada en cuanto de una parte me recuerda la yeguada militar y de otra la tremenda orden escuchada miles de veces durante el servicio universitario de la milicia), la materia tres autores que abordan estos temas: «Familia y Derecho» corresponde a DÍEZ PICAZO; «La ordenación de la familia en la Constitución de 1978» lo escribe LUIS SÁNCHEZ AGESTA, y «Matrimonio y divorcio» corre a cargo de AGUSTÍN LUNA SERRANO.

DÍEZ PICAZO, con su inimitable estilo, pone en relación la Familia con el Derecho, y para eso arranca de las dos concepciones de juristas y sociólogos. Para los primeros la familia es una institución jurídica; para los segundos, una institución natural. La familia, sin embargo, no está regulada íntegramente por el Derecho, ya que existe un derecho interno que nace de las órdenes, las costumbres y la manera de entender la jerarquía y la convivencia. Expone y desarrolla las dos tesis de la familia como institución exclusivamente jurídica y la total separación entre familia y Derecho, matizado todo ello con ejemplos y casos reales curiosísimos. Se refiere a las tesis intermedias y a la posible funcionalidad del Derecho en relación con los institutos familiares, terminando con unas puntualizaciones de lo que la Constitución entiende por familia, que no es más que la «nuclear» que no va más allá de la pareja y de los hijos. El texto recoge a continuación el coloquio que se sostuvo con diversas intervenciones.

SÁNCHEZ AGESTA, en su proyección constitucional, abre en el estudio un amplio portillo histórico en el que nos relata cómo la familia no fue incorporada a las Constituciones hasta la de WEIMAR, a la que sigue la nuestra de 1931 con el propósito de reformar el grupo familiar, favoreciendo su proceso de secularización y definiéndolo como una relación personal fundada en el consentimiento. Con un apeadero en el Fuero de los Españoles afronta ya la institución familiar en la Constitución de 1978, en la que estudia el principio de protección que plasma el artículo 39 y las relaciones que el mismo presenta con el 32 sobre derecho a contraer matrimonio, con

el artículo 50 en su protección a la tercera edad, con el 27 al derecho de vivienda y con algunos otros más. Seguidamente se incluye el coloquio que suscitó la exposición.

LUNA SERRANO se adelanta en su exposición sobre matrimonio y divorcio a la reforma que estaba a punto de producirse y, por ello, toda su aportación se realiza sobre la base de un anteproyecto o proyecto de modificación. Fundamentalmente los tres puntos claves que desarrolla son los del sistema matrimonial, con las alternativas del sistema latino, el anglosajón y el híbrido, las innovaciones que se pueden producir en la forma de celebración, nulidad y separación de los cónyuges y la materia del divorcio.

B) FILIACION, TUTELA Y MINORIA DE EDAD

Tres también son aquí los autores y las aportaciones a los temas enunciados. El «Régimen de la filiación y protección jurídica de la familia» lo desarrolla MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS. «La tutela» corre a cargo de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, y la «Protección jurídica del menor» se expone por MATÍAS VALLES RODRÍGUEZ.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS toca tres puntos sobre el tema de la filiación y destaca la posición tradicional en la que los hijos no matrimoniales quedaban marginados de la familia y de algunas otras posibilidades (clérigos y militares). Igualmente se refiere a las nuevas tendencias en materia de filiación, en las que se destacan la disminución de las discriminaciones y la facilitación de la determinación de la filiación verdadera. Hace una serie de citas legislativas y de jurisprudencia y pasa a referirse a las repercusiones que todo ello tiene en el Ordenamiento español. El tercer punto es el que plantea el tema de la posible crisis de la familia. En sus conclusiones hay una alentadora: el posible nuevo régimen —aún en proyecto cuando se pronuncia la conferencia— será el que organiza la familia al servicio de todos los hijos. A continuación se recoge el coloquio celebrado con motivo de esa ponencia.

SANCHO REBULLIDA al estudiar la tutela señala en su iniciación dos conclusiones: es una institución de Derecho de Familia y es la céntrica de dicha parte del Derecho. Pasa al estudio de la tutela en el Código Civil y en las legislaciones forales, así como en la legislación del Registro civil, para luego descender a la crítica del criterio mantenido por el Código. Por último, y con vistas a una posible reforma del sistema legal, aporta el estudio sobre la tutela de familia y tutela de autoridad, la tutela de los subnormales, y termina con sus tres criterios reformistas: simplificación del organismo tutelar, mantenimiento del sistema de tutela de familia y principio de subsidiariedad intervencionista del Estado. Igualmente se acompaña en la publicación el coloquio sostenido por el autor y asistentes.

MATÍAS VALLES desarrolla el amplio tema de la protección jurídica del menor, estructurando el mismo en los dos campos en que se mueve: el privado y el público. Dentro del primero hace unos comentarios a la patria potestad. En el segundo se refiere a las llamadas competencias administrativas concurrentes que van desde la educación hasta el organismo del

Consejo Superior de Protección de Menores y Tribunales Tutelares. Es precisamente de estos organismos de los que se ocupa preferentemente en cuanto a través de los mismos el ámbito de la protección del menor se desarrolla en la vía administrativa. En el mismo sentido que las demás ponencias, ésta es objeto de coloquio que se reproduce a continuación de ella.

C) REGIMEN ECONOMICO Y SUCESORIO

El conjunto de aportaciones sobre la materia citada se reduce a dos: «El régimen económico del matrimonio» lo aborda JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS y «Las repercusiones del Proyecto de reforma del Derecho de familia del Código Civil en el derecho sucesorio» lo expone LACRUZ BERDEJO. Ambos, miembros o vocales de la Comisión General de Codificación, aportan el adelanto de lo que había de ser la reforma del Código Civil en estos puntos.

DE LOS MOZOS explica el inevitable cambio sufrido y la necesidad imperiosa de la reforma. Va recorriendo los principios que son pauta de la reforma, la libertad de capitulaciones matrimoniales, los tres diferentes tipos de regímenes económicos, el principio de igualdad o «paridad» de los cónyuges, las donaciones *propter nupcias* y la conservación del hogar familiar. Se sigue la ponencia del coloquio celebrado.

LACRUZ BERDEJO arranca del principio general que guía a la reforma del Código cual es la igualdad y la conyugalidad: igualdad entre los cónyuges y entre los hijos. Va recorriendo en su estudio la legítima de los parientes en línea recta, el problema de la conmutabilidad de la legítima del hijo extramatrimonial, la mejora, el cónyuge viudo, la preterición, la sucesión intestada, la reserva y la fiducia sucesoria. Se acompaña el coloquio sostenido posteriormente a la ponencia.

D) OTROS ASPECTOS DEL DERECHO DE FAMILIA

Cuatro temas importantes en torno a la familia se brindan al lector, todos ellos seguidos de su correspondiente coloquio. El primero trata del «Sistema fiscal y familia», en el que su autor, VÍCTOR MENDOZA OLIVÁN, analiza el problema de la elección de la unidad contribuyente en la imposición personal, las fórmulas correctoras para dar un tratamiento fiscal adecuado a la institución familiar y el examen crítico de la legislación española que discrimina negativamente a la familia. «La familia y el derecho del trabajo» es el tema que expone JUAN ANTONIO SAGARDOY a través de la vigente Ley de Contrato de Trabajo con agudas y acertadas observaciones de carácter teórico y práctico. «La familia ante la Seguridad Social» es la ponencia a cargo de JOSÉ MANUEL ALMANSA PASTOR, en la que se contempla la situación actual y la posibilidad futura de la misma. «Aspectos penales de la protección familiar» tiene como autores a MANUEL COBO DEL ROSAL y JOSÉ RAMÓN CASADO RUIZ, que brindan su exposición en dos vertientes: la actual situación en el Código vigente y la futura en el proyecto de reforma.

La publicación termina incluyendo el coloquio que siguió a la ponencia

presentada por EUGENIO NASARRE sobre «Matrimonio canónico y su proyección civil», sin que se recoja la misma.

Entiendo que es un gran acierto el hecho de esta publicación, en la que si bien no se recoge la legislación vigente, es de suma utilidad para ver las razones históricas de la reforma y el ambiente previo donde ya se planteaban los problemas que la misma lleva consigo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

